

EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL NUEVO DERECHO PENAL SEXUAL (p. 51)

José Luis Díez Ripollés

Sumario: *I. Libertad sexual. II. Modalidades de atentados contra la libertad sexual. III. Indemnidad sexual de los menores e incapaces. IV. Moral pública y corrupción de menores. V. La intimidad y feminismo*

I. Libertad sexual

La ilustrativa evolución de los contenidos del derecho penal sexual en los cinco últimos lustros ha estado condicionada, en un grado difícilmente apreciable en cualquier otro grupo de delitos, por el debate sobre cuál deba de ser el bien jurídico.

Sin duda, la libertad sexual se ha consolidado como el objeto de protección que justifica las intervenciones jurídico-penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos¹. Con su tutela no se aspira simplemente a garantizar a toda aquella persona que posea la capacidad de autodeterminación sexual su efectivo ejercicio, (p. 52) sino que el objetivo es más ambicioso: Se quiere asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o, más brevemente, se interviene con la pretensión de que *toda persona ejerza la actividad sexual en libertad*. Ello explica que no haya obstáculo en hablar de que el derecho penal tutela también la libertad sexual de aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla, por la vía de interdecir los contactos sexuales con ellos. En suma, pasan a ser objeto de

¹ Comparten la idea de que el Título VIII del código penal se estructura en torno a la protección de la libertad sexual, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, (1996), p. 229, 248; MAQUEDA ABREU, (1998), p. 79-80; DEL ROSAL BLASCO, (1992), p. 161-162; QUERALT JIMÉNEZ, p. 125; CARBONELL MATEU, (1995), p. 88 y s., 95; ASÚA BATARRITA, p. 47, 75; TAMARIT SUMALLA, (1999), p. 3,4; LAMARCA PÉREZ, p. 50, 57; Díez Ripollés, PE, p. 187-188; Díez-Maroto Villarejo, p. 101, 103, 115, 127; Sánchez Tomás, p. 15 y ss, 27, 34.

atención del derecho penal todas aquellas conductas que involucren a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad².

El concepto de libertad sexual propuesto es coherente con la idea, plenamente asentada, de que los bienes jurídicos protegen situaciones o relaciones de la realidad social, y no meros derechos o facultades subjetivos o, dicho de otro modo, intereses sociales y no simples pretensiones subjetivas³. Sin embargo, parecen ignorar tal idea los autores que impugnan la libertad sexual como objeto de protección estructurador de todo el Título VIII, con el argumento de que difícilmente se puede proteger la libertad sexual de menores o incapaces en cuanto que éstos no la pueden ejercer efectivamente, sea porque carecen de los presupuestos cognitivos o volitivos para ello, sea porque, aunque los posean, todavía no se les reconoce jurídicamente su ejercicio⁴.

La elección de la libertad sexual como objeto de tutela del derecho penal sexual se relaciona con una determinada percepción de lo que supone la dimensión sexual en la vida humana y de la misión que le corresponde jugar al derecho penal en este campo. En el primer sentido, presupuesto de la actual regulación es una valoración claramente positiva de la sexualidad, que obtiene por constituir una de las dimensiones vitales más intensamente relacionadas con los plantea (**p. 53**) mientos de autorrealización personal del individuo. El motivo por el que logra tal aprecio hace, por otra parte, que la efectiva posibilidad de desarrollar las diferentes opciones personales en este ámbito personalísimo se constituya en el punto de referencia fundamental. En ese contexto valorativo no ha de extrañar que un derecho penal que interviene frente a ataques sustanciales contra los presupuestos básicos de un orden social entre cuyos fundamentos se encuentra el libre desarrollo de

² Véase, más ampliamente, DÍEZ RIPOLLÉS, (1985), p. 28-29; (1991), p. 47. Parten de un concepto de libertad sexual equivalente, ASÚA BATARRITA, p. 78 nota 58; MAQUEDA ABREU, (1998), p. 80; *DEL ROSAL BLASCO*, 162; GARCÍA ALBERO, p. 48 y s.; LAMARCA PÉREZ, p. 57; QUERALT JIMÉNEZ, p. 125 y s.

³ Véase mi punto de vista en DÍEZ RIPOLLÉS, (1997), p. 17-18.

⁴ En ese sentido, partiendo de un concepto de libertad sexual cuya tutela presupone estar en condiciones efectivas de ejercerla, CARMONA, p. 300, 303; GONZÁLEZ RUS, p. 324, 325; MUÑOZ CONDE, (1999), p. 195, 196; ORTS BERENGUER, (1995), p. 30; 1995. 212; (1999), p. 905; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, p. 2159, quien sostiene que así opina "la totalidad de la doctrina"; LATORRE LATORRE, RAMÓN GOMIS, p. 58. También, desde una postura defensora de la libertad sexual como objeto de protección, SÁNCHEZ TOMÁS, p. 16, y y ss.

la personalidad (art. 10 ConstE.), tenga como objetivo vedar aquellos comportamientos que determinan a los ciudadanos a un ejercicio de su sexualidad carente de libertad, que proteja, en suma, la libertad sexual⁵.

La libertad sexual se configura como una concreción de la libertad personal, autonomizada a partir de la variable atinente a la esfera social en la que se desenvuelve, la propia de los comportamientos sexuales⁶. En ello coincide con otros objetos de protección de nuestro código, como la libertad ambulatoria o la libertad de conciencia, que también se sustraen al régimen general de protección de la libertad personal a través de los delitos de coacciones y amenazas.

El fundamento de tal especialidad se encuentra en tres planos diversos⁷: En primer lugar, la ya señalada especial vinculación de la esfera vital de que se trata con la autorrealización personal, algo que comparte con los delitos contra la libertad de conciencia, y que hace que estos atentados a la libertad conlleven una peculiar cualidad de injusto que no se captaría adecuadamente con su integración dentro de los delitos genéricos contra la libertad personal⁸. En segundo lugar, la notable diferenciación de sus formas comisivas, tanto por lo que se refiere a las diversas conductas sexuales realizadas como por lo que concierne a las diversas modalidades de atentado a la libertad consideradas, que quedarían desdibujadas dentro de los delitos genéricos contra la libertad personal, con la correspondiente difuminación de los respectivos contenidos de injusto. En tercer lugar, los significativos condicionamientos normativos presentes en estos delitos, que no se dan en las coacciones o amenazas. Esto último es perceptible singularmente en tres aspectos:

(p. 54) -El hecho de que se proteja la libertad sexual exclusivamente en la medida en que se involucre a una persona en un comportamiento sexual no deseado (libertad sexual negativa), sin que en ningún caso se aspire a proteger frente a comportamientos que impidan a la víctima llevar a cabo un

⁵ Véase Díez RIPOLLÉS, (1985), p. 23 y ss.

⁶ Véanse también MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, (1996), p. 228, 231; SÁNCHEZ TOMÁS, p. 13; ORTS BERENQUER, (1999), p. 905; 1995, p. 212; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, p. 2160; QUERALT JIMÉNEZ, p. 125.

⁷ Véase al respecto, más ampliamente, Díez RIPOLLÉS, (1981), p. 218-226.

⁸ En la misma línea, aunque acentuando su cercanía a los delitos genéricos contra la libertad personal. SÁNCHEZ TOMÁS, p. 13 y ss; MAQUEDA ABREU, (1998), p. 80.

comportamiento sexual con otra persona consintiente o en solitario (libertad sexual positiva)⁹.

Desde luego, hay suficientes motivos para justificar tal decisión político-criminal en un contexto de protección de la libertad sexual: Ante todo, porque la progresiva despenalización registrada en los últimos años de conductas sexuales que no atentan a la libertad de los demás ha sido la vía, indirecta, más eficaz de promoción del ejercicio de la libertad sexual en su vertiente positiva. En segundo lugar, porque el carácter fragmentario del derecho penal contradice las pretensiones de exhaustividad en la protección de un bien jurídico: Tampoco en los otros tipos protectores de la libertad personal se aspira a que en cada ámbito social abarcado, o respecto a cada objeto de ataque, se cubran todas las posibilidades¹⁰. En tercer lugar, porque en los atentados al ejercicio de la vertiente positiva de la libertad sexual no se aprecia especificidad de las formas comisivas¹¹. Y en cuarto lugar, porque, asumido lo anterior y lo que sigue, tales comportamientos resultan debidamente tutelados a través de los delitos de amenazas y coacciones. Ahora bien, la argumentación precedente no debe encubrir que detrás de la decisión político-criminal que nos ocupa hay también una opción valorativa, muy ligada a la presunción que se alude en el siguiente párrafo, y que se expresa en el sentido de que se considera más grave ser forzado a

⁹ Aluden a los dos aspectos comprensivos de la libertad sexual y a la exclusiva protección del aspecto negativo en el Título VIII, entre otros, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, (1996), p. 231-232; ASÚA BATARRITA, p. 83 y s.; ORTS BERENGUER, (1995), p. 212; GONZÁLEZ RUS, p. 33; SÁNCHEZ TOMÁS, p. 14 y s.; MAQUEDA ABREU, (1998), p. 80; LÓPEZ GARRIDO- GARCÍA ARÁN, p. 107-109.

¹⁰ Piénsese, entre otros ejemplos, en la reconducción de la libertad ambulatoria al concepto de libertad de abandono, en la limitación de las amenazas en cuanto al ámbito de los daños implicados, titulares de los bienes jurídicos..., o en las restricciones a los medios violentos en las coacciones.

De todos modos, el enfoque defensivo, que no promotor, de actuaciones del derecho penal haría que éste, a la hora de proteger específicamente la libertad positiva debiera limitarse a evitar intromisiones en el ejercicio de la sexualidad ajena y no a fomentar actividades sexuales.

¹¹ Sin que ello deba concretarse en que no hay contacto corporal sexual entre los sujetos del delito, pues tampoco se exige éste en otros delitos protectores de la libertad sexual negativa. En sentido contrario, GONZÁLEZ RUS, p. 333.

integrarse en un contexto sexual no deseado que ser impedido de llevar a cabo una actividad sexual¹².

(p. 55) - La constatación de que las formulaciones típicas de los delitos sexuales parten en todo momento de la presunción de que una relación sexual con otra persona no se desea mientras no se haya manifestado el consentimiento, descartando partir de la alternativa contraria, a saber, de que toda relación sexual es en principio deseada a no ser que se manifieste una oposición a ella¹³.

Con ello se está admitiendo un condicionamiento socio-cultural significativo, aquel que expresa que el comportamiento sexual pertenece al ámbito íntimo de las personas, por lo que cualquier relación sexual con otra persona exige su previa admisión en esa esfera reservada, en contraposición al que pudiera entender la sexualidad como una actividad humana que es en principio siempre bienvenida y que sólo se descarta cuando concurren circunstancias especiales¹⁴. Esta disyuntiva, sin embargo, no es exclusiva de estos delitos, pudiéndose apreciar en otros muchos, optándose según los casos por una u otra alternativa, sin que ello suponga, como tampoco aquí, cuestionar la identidad del bien jurídico inicialmente adoptado¹⁵.

- La peculiar insistencia con que determinadas concepciones éticas sobre los comportamientos sexuales correctos pugnan por condicionar el ámbito de aplicación de estos preceptos, con frecuencia a través de sus ocasionalmente imprescindibles elementos normativos¹⁶.

¹² Se apuntan algunos de los argumentos precedentes en Díez RIPOLLÉS, (1985), p. 23; (1991), p. 41; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, (1996), p. 231-232; SÁNCHEZ TOMÁS, p. 14 y ss; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, p. 107 y s.

¹³ La manifestación jurídico-positiva más clara, aunque no la única, de lo que digo es la referencia del art. 181.1 a que será abuso sexual todo acto sexual con otra persona que se realice "sin que medie consentimiento" del afectado. Véase otra referencia al hablar de las modalidades de atentado a la libertad.

¹⁴ Véase ampliamente sobre esta problemática.

¹⁵ Véase, por ejemplo y citando delitos contra bienes jurídicos personales, el distinto modo de proceder en los capítulos I y II del Título X, o la interpretación mayoritaria en relación con el delito de detención.

¹⁶ Vengo llamando la atención sobre este aspecto desde Díez RIPOLLÉS, (1981), p. 224-226; véase también (1985). 24; (1991), p. 45-50. Igualmente, entre otros, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, (1996), p. 229 y s.

Este hecho, sin embargo, no debe ser sobrevalorado hasta el punto de relativizar la libertad sexual como objeto de protección: En primer lugar, porque no estamos ante una característica exclusiva del derecho penal sexual, ya (p. 56) que los condicionamientos socioculturales pueblan todo el derecho penal, sin que ello desnaturalice los muy diversos objetos de protección implicados¹⁷. La posible réplica de que ese fenómeno se da de forma especialmente intensa en este grupo de delitos debe también matizarse: El derecho penal sexual ha venido registrando desde 1978 una evolución constante, sólo levemente alterada en 1999, encaminada a despojar los tipos de elementos normativos que constituyan meras remisiones genéricas a determinadas concepciones éticas sobre lo que se considera o no sexualmente correcto¹⁸; de hecho, en estos momentos se puede estimar que tales referencias normativas se limitan a caracterizar figuras delictivas que pertenecen a la periferia del derecho penal sexual¹⁹. Es

¹⁷ Por citar unos pocos ejemplos de bienes jurídicos personales, piénsese en la admisión limitada de la disponibilidad de la propia vida en torno al suicidio u homicidio consentido, en la regulación del aborto lícito, en la configuración de la esterilización de incapaces, o en la utilización de menores para el ejercicio de la mendicidad, que en ningún caso se piensa que desnaturalicen los respectivos bienes jurídicos de la vida humana, independiente o dependiente, la salud o integridad personales o la seguridad personal. En el mismo sentido GARCÍA ALBERO, p. 33.

¹⁸ Sobre la evolución hasta 1995, véase Díez RIPOLLÉS, (1985), p. 18 y ss.; (1991), p. 44 y s.

¹⁹ En efecto, desaparecidos con el nuevo código conceptos como el de “tráfico inmoral” o “casas o lugares de vicio”, sólo restan como elementos normativos con proclividad a ser entendidos en clave ética los de “obscenidad”, “corrupción” y, en mucha menor medida, el de “pornografía”. Es más, el propio concepto de “corrupción”, reintroducido en 1999, y que propiamente sólo constituye elemento normativo del tipo del art. 189.4, parece claro que dispone en el art. 189.3 de una concreción que, sin desnaturalizar desde luego su vinculación a una determinada concepción ética, pone un freno a interpretaciones en exceso moralizadoras. Comparten la idea de que los elementos normativos éticamente condicionados han perdido un peso notable en estos delitos, MAQUEDA ABREU. (1998), p. 79; CARBONELL MATEU, (1995), p. 86, 93; LATORRE LATORRE, RAMÓN GOMIS, p. 52, 56.

MUÑOZ CONDE, (1999), p. 199, 223, 225 considera inevitables las connotaciones valorativas de raíz moral a la hora de interpretar los elementos típicos de obscenidad, pornografía, corrupción y atentado a la libertad sexual, y las ve

cierto, sin embargo, que existe una continua presión para que esas concepciones globales de lo sexualmente correcto condicionen de forma determinante la configuración e interpretación de ciertas formulaciones delictivas, incluso si están desprovistas de referencias normativas explícitas, como sucede en muchos preceptos que protegen la libertad sexual de los menores o incapaces²⁰; sin embargo, la existencia de esas tendencias no supone sin más que deban de ser satisfechas o que no puedan ser mantenidas dentro de límites muy estrictos.

(p. 57) En suma, la libertad sexual sigue constituyendo, con más motivos que nunca tras la aprobación del nuevo código penal²¹, el punto de referencia valorativo más esclarecedor del contenido de los delitos sexuales, y el criterio sobresaliente para la interpretación teleológica²².

presentes en la interpretación psiquiátrica y jurisprudencial del exhibicionismo. Menciona en el mismo sentido los conceptos de obscenidad y pornografía, GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, p. 2250, 2257. Creo, sin embargo, que en todos esos casos es posible una interpretación con una escasa, cuando no nula, vinculación a concepciones globales sobre lo sexualmente correcto. Véase respecto a parte de los casos aludidos, Díez RIPOLLÉS, (1991), p. 48 y s.

²⁰ Sobre las posturas doctrinales que sostienen que en los delitos sexuales afectantes a menores o incapaces se protege un bien jurídico distinto al de la libertad sexual, véase *Infra*.

MUÑOZ CONDE, (1999), p. 199 alude también a las agresiones y abusos sexuales, en virtud de su agravante de parentesco, y al conjunto de los delitos relativos a la prostitución (aunque 233). Menciona estos últimos GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, p. 2159. Por el contrario, una buena parte de la doctrina destaca que la nueva regulación de la prostitución de adultos, al excluir determinadas conductas y elementos normativos, se ha configurado nítidamente en torno a la libertad sexual: CARBONELL MATEU, (1995), p. 84, 95, 96; GARCÍA ALBERO, p. 33; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, p. 111 y s.; ASÚA BATARRITA, p. 60; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, p. 514, 543; ORTS BERENGUER, (1999), p. 966; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, p. 264, 266; MAQUEDA ABREU, (1998a), p. 180-183.

²¹ Reconocen expresamente tal cosa, entre otros, ORTS BERENGUER, (1999), p. 903-904; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, p. 514 y s.; CUERDA ARNAU, p. 200; DEL ROSAL BLASCO, p. 161. Sobre su validez ya anteriormente, véase Díez RIPOLLÉS, (1985), 18 y ss; (1991), p. 43 y ss.

²² Sin embargo, MUÑOZ CONDE, (1989), p. 19-30 se ha servido durante un tiempo de esta indudable presión de los condicionamientos socioculturales sobre el derecho penal sexual para mantener que seguimos estando en estas figuras ante delitos atentatorios contra la moral sexual colectiva, concepto bajo el que se

Esta singularidad de la libertad sexual dentro del marco de protección de la libertad personal no puede en ningún caso ignorar las estrechas conexiones que estas figuras mantienen con los restantes delitos contra la libertad de nuestro código, lo que debería quedar claramente reflejado en su estructura sistemática²³.

(p. 58) II. MODALIDADES DE ATENTADOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Asumido el concepto de libertad sexual expuesto, procede a continuación que detallemos de manera genérica las diferentes modalidades de atentado a esa libertad que son objeto de consideración en el Título VIII²⁴.

En primer lugar podemos citar las conductas que se realizan *venciendo la voluntad contraria* de la víctima, que opone algún tipo de resistencia. El supuesto más característico lo encontramos en las agresiones sexuales

cobijarian, junto a la libertad sexual, otros bienes jurídicos distintos o no coincidentes con ella; de esta forma la libertad sexual no pasaría de ser una directriz político-criminal a utilizar como criterio de interpretación de los tipos. Recientemente ha modificado su punto de vista y, retomando una afirmación aislada anterior (véase "Derecho penal. Parte especial". 8ª ed. Tirant. 1990. p. 416 y s.), ha invertido la relación entre ambos conceptos, sosteniendo que la libertad sexual, junto a la indemnidad, son los dos bienes jurídicos autónomos característicos del Título VIII, mientras que la moral sexual colectiva se limita a ser un imprescindible criterio de interpretación de estos tipos. Véase MUÑOZ CONDE, (1999), p. 194-200, 223 y ss. Una crítica a su postura precedente se encuentra en Díez RIPOLLÉS, (1991), p. 45-50.

²³ Por medio, cuando menos, de la colocación en epígrafes consecutivos de todos ellos, algo respecto a lo que el nuevo código ha realizado progresos respecto a su precedente, sin que la situación sea del todo satisfactoria.

²⁴ El orden de exposición no pretende reflejar una escala de gravedad del atentado a la libertad. La clasificación que sigue supone una profundización en una distribución de los diferentes atentados a la libertad sexual contemplados por el derecho penal que he venido formulando desde 1985. Véase al respecto Díez RIPOLLÉS, (1985), p. 28 y s.; (1991), p. 43 y ss.. Han utilizado esa clasificación a la hora de interpretar las figuras del nuevo código, DEL ROSAL BLASCO, p. 162; SÁNCHEZ TOMÁS, p. 15 y s., si bien éste introduce una modificación que pasará a analizar en seguida. Véanse otras clasificaciones que se fundan en la presencia de otros bienes jurídicos además del de la libertad sexual en ORTS BERENGUER. (1995). 212; GIMBERNAT ORDEIG, (1995), p. 16, 19.

violentas del art. 178 y ss., pero también en algunas conductas relativas a la prostitución del art. 188²⁵.

En segundo lugar cabe mencionar aquellos comportamientos que se realizan contando con un *consentimiento viciado* de la víctima, el cual puede deberse a la concurrencia de una intimidación, un prevalimiento de superioridad, un engaño, o al aprovechamiento de una situación de necesidad o de vulnerabilidad. Si la víctima es un menor de cierta edad el engaño se extiende a más supuestos, y si se trata de una persona mentalmente trastornada se incluye además un supuesto genérico de concreto abuso de su limitada capacidad cognoscitiva o volitiva.

Entre los supuestos intimidatorios se encuentran las agresiones sexuales de tales características de los arts. 178 y ss., algunas conductas relativas a la prostitución del art. 188 y la segunda hipótesis de la figura de acoso sexual agravado del art. 184.2²⁶. Entre las hipótesis de prevalimiento de superioridad se hallan los abusos sexuales del art. 181.3, algunas conductas relativas a la prostitución del art. 188 y la primera hipótesis de acoso sexual agravado del (p. 59) art. 184.2²⁷. A una conducta engañosa se refieren ciertas conductas relativas a la prostitución del art. 188 y, restringido a víctimas entre 13 y 16 años de edad, el abuso sexual del art. 183. El aprovechamiento de situaciones de necesidad o vulnerabilidad se tiene en cuenta en algunas conductas relativas a la prostitución del art. 188. El abuso sexual no consentido del art. 181.2 en su último inciso alude al concreto abuso de las limitaciones intelectuales de un trastornado mental²⁸.

En tercer lugar aparecen las conductas que cuentan con un *consentimiento inválido* de la víctima, en la medida en que se considera que ella carece de la capacidad para comprender el sentido y la trascendencia de su decisión en este ámbito. Esta exigencia de validez del consentimiento en la lesión de un

²⁵ Sin que puedan excluirse ciertos supuestos de violencia insertables en principio en los arts. 185, 186, 189.1a), e incluso 189.3 y 4.

²⁶ Por más que las consecuencias de la intimidación en esta última figura trascienden al tipo. SÁNCHEZ TOMÁS, p. 16, incluye los supuestos de agresión sexual intimidatoria en el apartado anterior.

²⁷ Con la misma salvedad que antes.

²⁸ Por lo demás, y al igual que en el supuesto anterior, no cabe excluir ciertos supuestos de intimidación, prevalimiento de superioridad, engaño o aprovechamiento de situaciones de necesidad o vulnerabilidad insertables en principio en los arts. 185, 186, 189.1a), e incluso 189.3 y 4.

bien jurídico del que se es titular, habitual en derecho penal²⁹, viene en estas figuras marcada por tres elementos relevantes: Ante todo, por el establecimiento de unos límites fijos de edad -los 13 o los 18 años- o una caracterización morbosa -la cualidad de incapaz- cuya no superación será la que determinará *ope legis* la invalidez del consentimiento³⁰. A continuación, por la presencia de dos condicionamientos socio-culturales significativos: El primero de ellos, reflejo del presupuesto valorativo antes señalado que prima la oposición frente a la aceptación de una relación sexual con otra persona³¹, hace que el consentimiento del menor a una relación sexual persista como inválido hasta que el menor alcance los límites de edad indicados, mientras que su oposición a un contacto sexual se considere válida desde que aquel posee capacidad volitiva natural en el ámbito de la libertad de obrar externo, incluso cuando no está en condiciones de captar plenamente el significado o trascendencia de su oposición en el ámbito sexual³². El segundo de ellos se conecta al último de los condicionamientos (**p. 60**) socio-culturales antes mencionados³³, e implica que el momento de la validez del consentimiento de los menores se aplaza hasta el límite de la mayoría de edad -los 18 años en lugar de los 13 exigidos en otros tipos-, o indefinidamente en los incapaces, cuando la conducta sexual de la que se trate se aparte notablemente de lo que son las conductas sexuales mayoritarias: el carácter socialmente comprometido de tales comportamientos sexuales aconseja

²⁹ Véase por todos CEREZO MIR., p. 329.

³⁰ Una técnica semejante se utiliza en las lesiones corporales.

³¹ Véase en subapartado precedente el segundo de los tres condicionamientos socioculturales de la libertad sexual mencionados.

³² Ello hace que la validez del *consentimiento* esté en función de una mínima comprensión de lo que significa socialmente el ejercicio de la sexualidad, mientras que la validez de la *oposición* no exige tanto, conformándose con que el menor esté en condiciones de ejecutar libremente decisiones de obrar externo en el marco de las relaciones sociales interindividuales, en el sentido en que esto se entiende en el delito de coacciones. Sobre la relevancia típica y punitiva de esta importante distinción en la validez de las decisiones de los menores en el ámbito de la sexualidad me remito a lo que diré en seguida en este apartado al detenerme en la polémica sobre la protección de la libertad sexual en los menores.

³³ Véase supra subapartado precedente.

reforzar los requisitos mínimos de capacidad para comprender el sentido y trascendencia de la decisión³⁴.

Dentro de esta modalidad de atentado a la libertad sexual se encuentran, por un lado, los abusos sexuales con menores de 13 años del art. 181.2 y, por otro, las conductas relativas a la prostitución de menores e incapaces de los arts. 187 y 189.4, las conductas sexuales provocadoras de los arts. 185 y 186 y las conductas de utilización de menores e incapaces del art. 189.1.a)³⁵. Más discutible, como tendremos ocasión de ver, es la inclusión de las conductas de corrupción de menores e incapaces de los arts. 189.3 y 189.4³⁶.

En cuarto lugar procede mencionar las conductas sexuales que se realizan *sin el consentimiento* de la víctima. Ello sucede, desde luego, cuando se da una mera negativa a la acción sexual sin resistencia posterior ni vicio del consentimiento que explique la ausencia de esta última, pero también cuando simplemente falta el consentimiento sin haberse manifestado, pudiendo hacerlo, una oposición. Aquí han de considerarse igualmente los casos en que el sujeto afectado, dada su corta edad o profundo trastorno mental, carece incluso de la capacidad volitiva natural en el ámbito de la libertad de obrar externo.

³⁴ Apunta una idea semejante en relación a la prostitución de menores e incapaces, CARBONELL MATEU, p. 89 y s.

Las objeciones de LATORRE LATORRE, RAMÓN GOMIS, p. 58-60 a considerar la libertad sexual el objeto de protección en los arts. 185 y 186, porque el art. 185 no exige que el sujeto activo actúe contra la voluntad del sujeto pasivo e incluso el art. 186 parte de un previo interés del menor o incapaz, porque es incoherente que se tutele libertad de menores e incapaces y no de adultos, y porque no tiene sentido que en art. 185 sea delito lo que, de no existir tal figura, sería una falta de coacciones, ignoran, respectivamente, cómo se configura el concepto de libertad sexual en menores e incapaces, la necesidad de extremar la validez del consentimiento en ámbitos de ejercicio de la sexualidad socialmente comprometidos, y la necesidad de reforzar la tutela de este bien jurídico frente a la libertad genérica de obrar debido a su estrecha vinculación con la autorrealización personal.

³⁵ Véase, con todo, la salvedad que se hace inmediatamente infra respecto a menores de muy corta edad e incapaces profundos en el último grupo de atentados a la libertad sexual aludidos.

³⁶ Véase infra en este mismo apartado.

(p. 61) Los primeros atentados, que plantearán problemas de prueba especialmente difíciles de resolver, podrán surgir en el marco del abuso sexual del art. 181.1, con especial mención de los casos denominados de incapacidad de resistencia, y en el acoso sexual del art. 184.³⁷ Los referidos a menores de corta edad e incapaces profundos serán susceptibles de incluirse en los abusos sexuales del art. 181.2 y en la utilización del art. 189.1.a), siendo escasamente imaginables supuestos de los arts. 185, 186, 187 y 189.3 ó 4.

Finalmente se encuentran las conductas sexuales que se realizan *sin dar a la víctima oportunidad de manifestar su voluntad* ³⁸. Entre ellas se encuentran las conductas sorprendidas incluidas en los abusos sexuales del art. 181.1 y los abusos sexuales sobre persona privada de sentido del art. 181.2³⁹.

III. INDEMNIDAD SEXUAL DE LOS MENORES E INCAPACES

Estimo que la clasificación precedente da cuenta adecuadamente de la práctica totalidad de las figuras delictivas contenidas en el Título VIII⁴⁰, reafirmando por consiguiente la corrección de adoptar como punto de referencia a la libertad sexual.. Sin embargo, la apresurada reforma de estos preceptos realizada en 1999 ha tenido como una de sus pretensiones dejar bien establecido que el bien jurídico protegido en estos delitos no se reduce

³⁷ Sin que tampoco quepa excluir su aparición en los arts. 185-186, 187, 189.1.a) y 189.3 y 4.

³⁸ En ellas, como en buena parte de los casos del grupo anterior, se vuelve a apreciar el segundo condicionamiento sociocultural mencionado en el subapartado precedente.

³⁹ Así también, ASÚA BATARRITA, p. 80; SÁNCHEZ TOMÁS, p. 16, aunque incluyendo aquí todas las conductas del art. 181.1.

⁴⁰ He dejado fuera de consideración por razones de claridad expositiva, aunque se acomodan igualmente a la clasificación precedente, las circunstancias agravatorias específicas alusivas a modalidades de atentado a la libertad (vulnerabilidad, diversos prevalimientos...) que, con frecuencia con una defectuosa técnica, se refieren a las figuras básicas o agravadas de agresiones, abusos, acoso o prostitución, así como las figuras típicas complementarias de estas últimas, y cuya naturaleza veremos en su momento, como los arts. 188.2 y 189.1.b). En cuanto a la excepción constituida por el art. 189.3 y el inciso correspondiente del art. 189.4, surgida tras la reforma de 1999, la analizo en el apartado III.4.

a la libertad sexual, sino que incluye además destacadamente el de la indemnidad sexual de los menores e incapaces⁴¹. A tales efectos, ha insertado tal mención en el epígrafe del Título y (p. 62) utiliza igualmente el término para definir la acción sexual relevante en los abusos sexuales⁴².

El concepto de indemnidad sexual es, sin embargo, uno sobre cuyos contenidos nunca ha existido acuerdo⁴³ y que posee, además, una preocupante tendencia a intercambiarse con otros términos que se pretenden, al menos en principio, semánticamente distintos⁴⁴.

Un claro precedente del término ahora legalmente acuñado es el de *intangibilidad sexual*, introducido en la doctrina española por influencia de la italiana a fines de los setenta e inicios de los ochenta, y que expresaría una extendida opinión social en virtud de la cual ciertas personas, dadas las cualidades en ellas concurrentes o la situación en la que se encuentran, son sexualmente intocables, esto es, deben permanecer completamente al margen de experiencias sexuales. Este concepto perdura en algunas posturas doctrinales que sostienen que en estos momentos existe un consenso cultural sobre la conveniencia de mantener a los menores de 13 años y a los incapaces libres de todo contacto con la sexualidad, opinión que se hace extensiva, aunque matizada en función de la edad o nivel de

⁴¹ La Exposición de motivos de la LO 11/99 habla también de la dignidad de la persona, los derechos inherentes a ella y el libre desarrollo de la personalidad, pero sólo refleja jurídicopositivamente el de la indemnidad sexual, a la que también denomina "integridad sexual".

⁴² De este modo el legislador ha prestado oídos a una corriente doctrinal que viene defendiendo desde hace tiempo la insuficiencia de la libertad sexual para expresar el objeto jurídico protegido en todo el derecho penal sexual. Lo han puesto de relieve tras la aprobación del nuevo código penal, MUÑOZ CONDE, (1999), p. 194 y s.; CARMONA, (1996), p. 300; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, p. 2160, 2165, 2220; GONZÁLEZ RUS, (1996), p. 324.

Sobre los orígenes en España del término indemnidad, y su precedente de intangibilidad, véase Díez RIPOLLÉS, (1985), p. 24-27.

⁴³ Aluden también a su imprecisión, ORTS BERENGUER, (1995), p. 213, 234; CUERDA ARNAU, p. 216.

⁴⁴ Señala los riesgos de confundir el concepto de intangibilidad con el de indemnidad, GARCÍA ALBERO, p. 52.

afectación psíquica, a los menores entre 13 y 18 años, los mentalmente trastornados, y los privados de sentido⁴⁵.

Este concepto, no obstante, se ha ido paulatinamente estimando, de un modo no del todo correcto, sinónimo del de *indemnidad sexual*⁴⁶, que es el que (p. 63) finalmente ha predominado⁴⁷. Con él se quiere reflejar el interés en que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad. A la hora de identificar los perjuicios susceptibles de causarse, en relación a los menores se destacan las alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado y normal desarrollo de su personalidad o, más específicamente, de su proceso de formación sexual, o las perturbaciones de su equilibrio psíquico derivadas de la incomprensión del comportamiento; en cuanto a los incapaces o mentalmente trastornados, el énfasis se coloca en las repercusiones negativas que tales contactos sexuales pueden tener en su normal proceso de socialización, dada su incapacidad para controlar los instintos y su fácil conversión en meros objetos sexuales para disfrute de otras personas⁴⁸.

⁴⁵ Véanse MUÑOZ CONDE, (1999), p. 196-199, 224, quien no deja de reconocer que tal punto de vista social está condicionado por diversos tabúes que no siempre se ven avalados por las opiniones científicas sobre los efectos del ejercicio de la sexualidad por menores e incapaces; CARMONA, (1996), p. 300, quien lo extiende exclusivamente a menores de 13 años y trastornados mentales; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, p. 2159, 2165, 2220, 2256, 2259, 2271.

⁴⁶ Parten de la sinonimia, MUÑOZ CONDE, (1999), p. 196-199, 224; CARMONA, (1996), p. 300, 303, 321-322; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, p. 2159, 2160, 2165. En realidad, de ella parte la propia Exposición de motivos de la LO. 11/99 de reforma del Título VIII cuando equipara "indemnidad" con "integridad" sexual.

⁴⁷ Aluden a este concepto MUÑOZ CONDE, (1999), p. 196-199, 223, 224, 225; CARMONA, (1996), p. 300, 321 y s.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, CP, 2159, 2160, 2165, 2256, 2259, 2271; GONZÁLEZ RUS. (1996), p. 324, 354, 356, 359, 361; GIMBERNAT ORDEIG, p. 19.

⁴⁸ Sin perjuicio de que la doctrina intercambie con facilidad el elenco de daños respecto a unos sujetos u otros. Por lo demás, es destacable que la doctrina rehuya precisar tales daños respecto a los privados de sentido.

Véanse CARMONA, (1996), p. 300, 338, 341, 348; MUÑOZ CONDE, (1999), p. 196-199, 223, 224, 227, 231; ORTS BERENGUER, (1999), p. 937, 967; PE, p. 213, 259, 262, si bien con algunas reservas sobre la adecuación del concepto de

El concepto ha registrado evoluciones ulteriores cuyo común denominador parece ser la preocupación por desvincularlo de interpretaciones que pudieran considerarse demasiado apegadas a ciertas concepciones éticas sobre lo sexualmente correcto. Es así como ha surgido un concepto que se reclama puramente negativo, *el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de la personalidad*, con lo que se quiere dirigir la atención al hecho de que se produzcan intromisiones en el proceso de formación del menor, y no a la cualidad de éstas⁴⁹. En un sentido muy cercano se ha empezado a utilizar el término de *bienestar psíquico*⁵⁰.

(p. 64) No está justificada, sin embargo, la necesidad del concepto de indemnidad y sus equivalentes para identificar el objeto de tutela en determinados delitos sexuales que pretendidamente no serían reconducibles al bien jurídico de la libertad sexual⁵¹:

indemnidad para abarcar todos estos efectos; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, p. 2165, 2250; GONZÁLEZ RUS, (1996), p. 324, 347, 354 y ss.

⁴⁹ En esa línea, LATORRE LATORRE-RAMÓN GOMIS, 59 y ss; CUERDA ARNAU, p. 216, 218 y ss, quien, sin embargo, parece atribuirle un cierto contenido positivo al objeto de protección. Parece asumir este bien jurídico en ocasiones ORTS BERENGUER. (1999), p. 958, 962.

⁵⁰ Inserta el bienestar psíquico dentro de la indemnidad CARMONA, (1996), p. 338, 341, 348. Lo vincula a la ausencia de interferencias en la formación, ORTS BERENGUER, (1999), p. 937, 958, 962; (1995), p. 30-31.

⁵¹ Debe en cualquier caso mencionarse que el concepto de libertad sexual, en claro contraste con lo que era habitual hace un par de décadas, está plenamente asentado en doctrina y jurisprudencia -hasta el punto de que huelgan citas al respecto-, como objeto de tutela de todos los delitos sexuales que no afectan a menores, incapaces, trastornados mentales o privados de sentido.

Optan expresamente también por él en estos últimos supuestos MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, p. 228-229, 248-249, 264, 266; CARBONELL MATEU, p. 88 y ss; DEL ROSAL BLASCO, p. 164 y ss; LAMARCA PÉREZ, p. 57; ASÚA BATARRITA, p. 70, 78 y s.; GARCÍA ALBERO, p. 32-33, 48-49; SÁNCHEZ TOMÁS, p. 14-22, 26, 27, 34; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, p. 115-116, 127, 130, aunque p. 131, 132; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, p. 111 y s.; MAQUEDA ABREU, (1998), p. 82; QUERALT JIMÉNEZ, p. 125, 158; Díez RIPOLLÉS, PE. 208, p. 212. Las Y ss. del TC 10-4-81 y 129/96 se han manifestado claramente a favor del bien jurídico libertad sexual individual en un caso de raptó con fines sexuales de menores y de tercería locativa inclusiva tanto de la prostitución como de la corrupción.

Resulta por lo demás significativa la constatación hecha por GARCÍA ALBERO, p. 12 y ss., de las escasísimas menciones que en los debates parlamentarios se hizo

Ante todo, porque el concepto de libertad sexual del que se parte, estrictamente limitado a los casos en que la víctima está en condiciones fácticas y jurídicas de ejercer efectivamente tal libertad, ni resulta conceptualmente obligado, ni parece el más adecuado para expresar la auténtica dimensión axiológica que es propia del ejercicio libre de la sexualidad en nuestra sociedad⁵². Por el contrario, una formulación como la que he propuesto aúna al debido respeto por esa dimensión su capacidad para explicar de un modo conceptual y sistemáticamente coherente la práctica totalidad de las conductas incriminadas.

En segundo lugar, porque en la regulación vigente se aprecia con claridad un amplio reconocimiento del ejercicio de la libertad sexual por parte de menores e incapaces:

- Así sucede con las relaciones sexuales corporales⁵³, en las que, como se deduce de los delitos de abusos sexuales, rige para los trastornados mentales (**p. 65**) y menores entre 13 y 18 años el régimen general de los adultos⁵⁴; las únicas salvedades existentes, referidas al abuso (prevalimiento) de los trastornados (art.181.2 inc. último) o a la intervención de engaño en los menores entre 13 y 16 años (art. 183)⁵⁵, constituyen una ampliación de los supuestos de consentimiento viciado con la que se presta la debida

al concepto de indemnidad, sustituido por el de la libertad sexual, en relación con la introducción del delito de corrupción de menores en la reforma de 1999.

⁵² Véase al respecto lo ya dicho Supra.

⁵³ Con esta expresión me refiero a las que implican contacto corporal.

⁵⁴ Un inequívoco reconocimiento legal del ejercicio de la libertad sexual por incapaces lo constituye la prohibición de su esterilización contenida en el art. 156 p.1 del código penal; ese reconocimiento, por otra parte, aunque a primera vista pudiera parecer lo contrario, no se excluye que pueda extenderse incluso a los incapaces con graves deficiencias psíquicas, como se deduce de la fundamentación del art. 156.p.2 -véase en esta misma obra comentarios a los arts. 155-156 N°. 65-. Alude también a la primera parte de ste argumento SÁNCHEZ TOMÁS, p. 26.

⁵⁵ Y aun en este caso de abuso fraudulento se atribuye al vicio consistente en el engaño una relevancia punitiva menor de la asignada a las restantes modalidades viciadas o sin consentimiento de los abusos sexuales genéricos, como se deduce de las penas previstas en el art. 183.

atención, en el marco del efectivo ejercicio de la libertad sexual de estos sujetos, a sus disminuidas condiciones mentales o de experiencia⁵⁶.

- Pero es que también se reconoce parcialmente el ejercicio de la libertad sexual a los menores de 13 años⁵⁷ cuando se atribuye especial relevancia punitiva al vencimiento de su voluntad contraria a mantener determinadas relaciones sexuales o al otorgamiento de un consentimiento viciado para realizarlas⁵⁸, algo que resulta incongruente si se rechaza la libertad como referencia del comportamiento de estos sujetos en este ámbito. En efecto, la resistencia de un menor de 13 años a mantener una relación sexual corporal, o su aceptación sólo bajo amenazas, transforma lo que sería un abuso sexual en una agresión sexual, notablemente más penada (arts. 178-181.2)⁵⁹. Y el forzamiento a la **(p. 66)** práctica de la prostitución o la obtención viciada del consentimiento para su ejercicio en menores de 18 años o incapaces conlleva una agravación significativa de pena frente a las hipótesis en que el menor o incapaz no han sufrido tales concretos atentados a su libertad (arts. 188.3-187)⁶⁰.

El posible argumento de que las agresiones sexuales con menores sólo van referidas a los que están por encima de los 13 años, además de no poder explicar la escasa pena que se atribuiría a las conductas equivalentes con menores de 13 años frente a la impuesta en los casos en que los menores

⁵⁶ Si se considera que no se identifican los conceptos de trastornados mentales e incapaces aún podría decirse que estos últimos están sometidos, sin ninguna salvedad, al régimen general de los adultos.

Véanse en el sentido del texto respecto a los trastornados, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, p. 248; SÁNCHEZ TOMÁS, p. 19 y ss; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, p. 119. Respecto a los menores mayores de 13 años, CARBONELL MATEU, p. 88 y ss; GARCÍA ALBERO, 48 y ss; LATORRE LATORRE-RAMÓN GOMIS, p. 58, desde una opinión sobre el bien jurídico distinta de la aquí sostenida.

⁵⁷ Y se revalida la de los incapaces y menores mayores de esa edad.

⁵⁸ Sobre la diferente relevancia dada a la oposición frente a la aceptación de una relación sexual con otra persona, véase lo dicho en apartado precedente y la remisión allí hecha.

⁵⁹ O transforma en agresión sexual lo que sería una conducta impune o, todo lo más, un abuso sexual, respecto a un menor mayor de 13 años o un incapaz (nótese que ahora sólo hablamos de las relaciones sexuales corporales propias de los abusos y agresiones).

⁶⁰ Lo que no quiere decir que actúen libremente, pues falta su capacidad para consentir.

superaran esa edad, se ve directamente contradicho por la expresa inclusión de los menores de 13 años en el supuesto agravado de agresiones del art. 180.3.

La posible alegación de que la inclusión de los menores de 13 años en las agresiones sexuales, o de los menores de 18 años e incapaces en el art. 188.3, sólo pretende dar la debida relevancia a la agresión a su libertad genérica de obrar, habitualmente considerada en las coacciones y amenazas, que padecen con la violencia, intimidación, engaño... no puede eludir reconocer que tal libertad genérica de obrar se desenvuelve en todo caso en el ámbito de la sexualidad, por lo que es libertad sexual; y, si se persistiera en decir que es otro tipo de libertad, surge la pregunta de por qué se equipara el trato punitivo de esos atentados a una libertad que no tiene que ver con la sexualidad, al dispensado a la libertad sexual de los adultos⁶¹.

⁶¹ En realidad, los autores partidarios de prescindir del concepto de libertad sexual a la hora de explicar la punición de menores e incapaces con frecuencia razonan desde la perspectiva de aquel concepto. Especialmente relevante es el reconocimiento, implícito o explícito, por estos autores de que en las agresiones sexuales o los delitos relativos a la prostitución se otorga relevancia punitiva al ejercicio de la libertad por menores o incapaces: Así MUÑOZ CONDE, 1999, p. 231; ORTS BERENQUER. (1999), p. 937, 946; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, 2165 y s., quien intenta contrarrestar tal evidencia afirmando que basta con que la violencia o la intimidación estén relacionadas de algún modo con la agresión sexual, sin que sea necesaria una relación de causa a efecto, algo imposible dado que estos sujetos carecen de libertad; GONZÁLEZ RUS, 326 y ss., quien, para evitar la contradicción con la postura favorable a la indemnidad que mantiene, sostiene, respecto a las agresiones sexuales, que el requisito típico de violencia o intimidación puede funcionar, sea como medio para vencer la voluntad contraria del sujeto pasivo, sea como cualidad de la acción sexual misma (masoquista, sádica...) cuando la voluntad contraria ya conste de otro modo o el consentimiento de la víctima es irrelevante, caso este último que sería el de los menores e incapaces, concluyendo que en las agresiones sexuales se incluyen también las hipótesis en que menores e incapaces *consienten* siempre que la acción sexual que sufran sea violenta o intimidatoria. Parece, sin embargo, claro que la violencia o intimidación típicas se conciben como medios atentatorios a la libertad de quien no desea realizar la acción sexual; su entendimiento alternativo como cualificaciones de la acción, además de resultar incomprensible para el conjunto del derecho penal sexual, debería conducir a penar por agresiones sexuales los comportamientos sádicos o masoquistas entre adultos libremente consintientes; por lo demás este mismo autor, al hablar del art. 188.3, reconoce

(p. 67) En tercer lugar, porque cuando el legislador utiliza expresamente el concepto de indemnidad en la formulación de los tipos, como es el caso exclusivo del art. 181, no puede evitar que la libertad sexual se termine convirtiendo también en el punto de referencia fundamental:

- Así, la genérica alusión a la indemnidad junto a la libertad sexual en el tipo básico del art. 181.1 sólo cabría finalmente referirla a la variante de la minoría de edad del art. 181.2, dado que la mención a los trastornados mentales, al incorporar la referencia al abuso (prevalimiento), se ha de interpretar en clave de lesión de su libertad, y las acciones sexuales sobre privados de sentido son un claro ejemplo de la modalidad de atentado a la libertad sexual consistente en que no se da a la víctima oportunidad de manifestar su voluntad.

- Pero es que en realidad todo el art. 181 está estructurado sobre la ausencia de consentimiento de la víctima, algo irrelevante para la indemnidad, como lo demuestra el que sea requisito ineludible del tipo básico el que se actúe *sin que medie consentimiento*, y que en el tipo especial del art. 181.2, único lugar donde persiste un supuesto que pretendería entenderse desde la indemnidad, se califican todas las conductas en él incluidas como *abusos sexuales no consentidos*.

En cuarto lugar, porque el concepto de indemnidad y sus conceptos próximos presentan insuficiencias conceptuales y jurídicas positivas difícilmente superables:

- La conveniencia de que menores e incapaces se mantengan alejados total o parcialmente del contacto con la sexualidad fundamenta el concepto de intangibilidad en la existencia de un consenso social en esa línea, mientras que el concepto de indemnidad la estima una consecuencia de la necesidad de preservar a tales sujetos de ciertos perjuicios. Pero ni uno ni otro de esos conceptos expresa la razón última de ese consenso o del carácter dañoso de los efectos producidos por el contacto sexual. Y en este punto caben fundamentalmente dos respuestas, que sin duda condicionan el contenido y la interpretación del derecho penal sexual:

(p. 68) La primera diría que el legislador quiere favorecer la generalización de ciertas pautas de comportamiento sexual en nuestra sociedad, propósito que se vería contradicho si se toleraban prácticas sexuales de adultos con

que el injusto de prostitución de menores o incapaces se incrementa cuando se usan medios coactivos, fraudulentos o de prevalimiento.

menores o incapaces, sea porque tales prácticas en sí mismas ya se oponen a las conductas que se estiman deseables (intangibilidad), sea porque promueven futuros comportamientos sexuales opuestos a los que el legislador quiere favorecer (indemnidad); eso no es otra cosa que la protección de una concreta moral sexual social, es decir, la tutela por el derecho penal de una determinada concepción global de lo sexualmente correcto en detrimento de otras⁶².

La posible réplica de que lo que se quiere proteger es simplemente el equilibrio o bienestar psíquicos de los menores o incapaces no escapa a la formulación anterior, pues la pretendida afección de tal equilibrio o bienestar estaría condicionada, no por la realización en sí de tales conductas, sino por la medida en que se reacciona negativamente frente a ellas; en suma, el derecho penal seguiría estando en función de la consolidación de una cierta concepción de lo sexualmente correcto⁶³.

La otra respuesta explicaría el consenso social antedicho, e identificaría el carácter perjudicial para los menores e incapaces de las prácticas sexuales con adultos, a partir de la pretensión de asegurar que el ejercicio de la sexualidad se realice en nuestra sociedad en todo momento en condiciones de libertad, con independencia de las concepciones globales sobre lo sexualmente correcto que se sostengan. Así, el consenso social no versaría sobre un rechazo indiscriminado del ejercicio de la sexualidad por menores e incapaces sino sobre el rechazo a que la ejerzan carentes de libertad⁶⁴. Y

⁶² La alegación de que no es solamente la formación, o socialización, sexual de los menores e incapaces sino el conjunto de su formación personal, o socialización, la que puede quedar afectada con tales conductas no altera los términos de la cuestión: Se limita a aceptar que cierta concepción de lo sexualmente correcto forma parte de un grupo más amplio de pautas de comportamiento en cuyo aseguramiento frente a otras alternativas el derecho penal debe implicarse decididamente.

⁶³ Por lo demás, una consecuente comprensión del bien jurídico del bienestar psíquico debería llevar a vincularlo al bien jurídico de la integridad personal (lesiones corporales), como he tenido ocasión de argumentar en otro lugar. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, (1985), p. 77-78 y ulteriores referencias allí contenidas.

⁶⁴ Se podría alegar a esto que el consenso social es el que es, y no el que uno desearía que fuera, y que la sociedad está más en la línea de la primera interpretación del consenso expuesta en texto. No obstante, sin negar lo primero, no creo que sea una convicción social ampliamente mayoritaria la de que los menores e incapaces deban mantenerse alejados de la sexualidad. Que la

los efectos perjudiciales de tales prácticas con adultos no residirían en las afecciones a su formación o a su proceso de socialización, sino en el atentado contra su libertad producido.

(p. 69) Si bien las dos respuestas son coherentes, la primera reconduce los conceptos de intangibilidad e indemnidad sexuales a la moral sexual colectiva⁶⁵, introduciéndonos en una problemática que la gran mayoría de la doctrina jurídicopenal considera ya superada⁶⁶, mientras que la segunda mantiene la autonomía del concepto de libertad sexual⁶⁷.

- La configuración meramente negativa del concepto de indemnidad, entendida como la no interferencia en la formación adecuada de los menores, tampoco logra eludir su reconducción a determinadas opciones sobre lo que sea sexualmente correcto: En especial, porque exige diferenciar entre interferencias convenientes o inconvenientes para esa *formación*

sociedad y sus medios de comunicación presten especial atención a todo tipo de delitos sexuales en los que las víctimas son menores o incapaces sólo demuestra la sensibilidad social hacia un objeto de tutela cuyo contenido es precisamente lo que estamos discutiendo. Pero la tolerancia hacia los más diversos mensajes mediáticos teñidos de contenidos sexuales, la aceptación de campañas reductoras de daños en el ámbito de la sexualidad de menores de 18 años, la asunción de medidas preventivas (esterilización) que posibiliten el ejercicio de la sexualidad por incapaces, la generalizada aceptación del aprendizaje sexual de menores entre sí, las campañas de educación sexual, entre otros muchos datos que ahora no podemos mencionar, avalan la idea de que la sociedad admite una confrontación de los menores e incapaces con la sexualidad siempre que se respeten ciertas condiciones.

⁶⁵ Véase también SÁNCHEZ TOMÁS, p. 13; GARCÍA ALBERO, p. 48.

⁶⁶ Véase Infra lo que se dirá sobre el bien jurídico de la moral sexual colectiva.

⁶⁷ Lo que no supone negar los condicionamientos socioculturales que le afectan y que ya hemos tenido ocasión de poner de manifiesto en varios lugares de la exposición hasta ahora realizada.

El análisis precedente me lleva a descartar aquellas tesis doctrinales que, sin abandonar a la libertad sexual como punto de referencia fundamental en estos preceptos, pretenden integrar en ella el concepto de indemnidad sexual, que vendría a ser una variante de la libertad sexual: A estas alturas de la discusión doctrinal la indemnidad sexual se ha presentado a sí misma como la alternativa al concepto de libertad sexual y ha edificado su fundamentación en clara contraposición a este último. Mantuve ya una postura contraria a tal integración en DÍEZ RIPOLLÉS, (1985), p. 26-29.

*adecuada*⁶⁸, lo que sólo puede hacerse tomando como punto de referencia la opción o las opciones de ejercicio de la sexualidad consideradas socialmente correctas, en detrimento de las restantes, a no ser que se quiera dejar totalmente en manos de los encargados de la educación del menor tal decisión, algo que no parece pretenderse con esta postura⁶⁹ y que, en todo caso, dejaría sin contenido la referencia a la adecuación de la formación⁷⁰.

(p. 70) - El concepto de indemnidad en su vertiente positiva o negativa tampoco explica convincentemente por qué las conductas que más pueden afectar a, o interferir en, la formación de los menores o la socialización de incapaces reciben pena inferior a otras en principio menos nocivas. En efecto, si tal es el interés jurídicamente protegido resulta poco comprensible que contactos corporales sin acceso carnal ocasionales y consentidos, que el menor de 13 años o trastornado mental con frecuencia ni siquiera entenderá, tengan previstas penas notablemente más elevadas que las conductas específicas de corrupción o provocación sexual con esos mismos sujetos⁷¹.

⁶⁸ Si todas se estiman inconvenientes caemos en el concepto estricto de intangibilidad.

⁶⁹ Véase una insinuación en ese sentido, que se ve frenada por afirmaciones anteriores y posteriores de la misma autora, en CUERDA ARNAU, p. 218 y s.

⁷⁰ Surgen además otras insuficiencias dignas de mención: Así, no responde con claridad a la pregunta de si se considerarían interferencias inconvenientes, frente a las que, por tanto, el derecho penal debería intervenir, la aportación por el educador u otras personas de una serie de experiencias que originaran en el menor actitudes llenas de tabúes y recelos hacia las prácticas sexuales. Por lo demás estos autores no hacen referencias a los incapaces, aunque cabe imaginar que en estas hipótesis referirían las interferencias al proceso adecuado de socialización.

⁷¹ Confróntese el art. 181.2 con los arts. 189.3 y 4, 185 y 186. El argumento vale parcialmente incluso para el art. 189.1.a), en la medida en que la pena de prisión en él prevista coincide con la de los abusos.

Si se respondiera a la objeción anterior diciendo que la sexualidad que implica contacto corporal tiene mayores efectos negativos sobre menores e incapaces, surge la pregunta de por qué no se han incluido a los menores de 13 a 18 años en el art. 181.2 (al margen de que ni el art. 189.3 y 4 ni el 189.1.a) excluyen la presencia de comportamientos sexuales corporales).

- Por último, difícilmente se puede pensar en una afección a la formación de los menores o a la socialización de incapaces (indemnidad), o en una alteración de su bienestar psíquico, cuando éstos son menores con una edad de meses o escasos años o bien incapaces con déficits muy profundos⁷².

La sustitución en estos casos del bien jurídico de la indemnidad o el bienestar psíquico por el de la *dignidad personal* supone, ante todo, privar a los conceptos de indemnidad o similares de su carácter comprensivo de todos los delitos sexuales relativos a menores e incapaces, cosa que no sucede con el de libertad sexual; implica, además, acudir a un concepto, el de dignidad personal, poco adecuado para caracterizar un bien jurídico; y exigiría sacar estas conductas de este Título cuando afectaran a tales sujetos integrándolas entre los delitos contra la integridad moral.

IV. MORAL PÚBLICA Y CORRUPCIÓN DE MENORES

Sin embargo, la reintroducción en 1999 del delito de corrupción de menores (art. 189.3, con las menciones complementarias del art. 189.4 y del epígrafe del **(p. 71) Capítulo V**)⁷³ impide que la libertad sexual se configure como el exclusivo objeto de tutela de todos los delitos sexuales, y otorga una nueva y reveladora dimensión a la referencia a la indemnidad contenida en el Título VIII. En efecto, mientras las conductas de prostitución, provocación y utilización sexual de menores e incapaces se prestaban fácilmente a una interpretación en clave protectora de la libertad sexual, en el sentido aquí defendido⁷⁴, parece difícil llegar a una conclusión semejante respecto al art. 189.3 y su correlativo art. 189.4: En ellos ya no se atiende al carácter no convencional y socialmente comprometido de ciertos comportamientos sexuales, debidamente precisados, que aconsejaría reforzar las condiciones

⁷² Véase también GARCÍA ALBERO, p. 48 y s.

⁷³ La vinculación del tipo del art. 189.3 al término “corrupción de menores” mencionado en el epígrafe del Capítulo V no parece ofrecer dudas desde el punto de vista conceptual. Esa conexión se ve reforzada además por la clara vinculación que la Exposición de motivos de la LO 11/99 hace entre la introducción de este precepto y la punición de la corrupción de menores, así como por el hecho de que la mención a la corrupción del art. 189.4 surge justamente cuando se crea el art. 189.3. Por el contrario ORTS BERENGUER, (1995) p. 256 estima que el concepto de “corrupción” del epígrafe no tiene relevancia en el capítulo.

⁷⁴ Véase lo dicho Supra.

de validez del consentimiento de personas con ciertas insuficiencias cognitivas y volitivas, sino que la atención se centra en la interdicción de cualesquiera comportamientos sexuales en la medida que se estimen perjudiciales para la evolución o el desarrollo de la personalidad de tales sujetos.

De este modo se sueltan amarras con la idea de la libertad sexual. Y se abren las puertas para el desarrollo del aspecto más indeseable del concepto de indemnidad sexual, aquel que, desligando el término de acciones sexuales concretas y de precisiones sobre los daños que se han de evitar, lo vincula directamente con la tutela de determinadas opciones genéricas sobre el comportamiento sexual correcto, en detrimento de otras calificadas como corruptoras. La trascendencia de todo ello es indudable: Se dispone de nuevo en nuestro código penal de un precepto que protege la **moral sexual colectiva**⁷⁵, tras un periodo de más de veinte años en el que las iniciativas político-criminales en el ámbito de los delitos sexuales han ido, sin excepción, en dirección opuesta.

La gran mayoría de la doctrina española ha compartido este enfoque político-criminal, incluyendo una buena parte de los partidarios de la tutela de la indemnidad sexual en menores e incapaces⁷⁶. A este respecto, la inicial supresión por el nuevo código del delito de corrupción de menores gozó de un consenso (**p. 72**) muy amplio, fundado, por los más, en la necesidad de eliminar de la ley penal referencias moralizadoras y, por los menos, en las altas cotas de inseguridad jurídica a que su existencia daba lugar⁷⁷. De ese

⁷⁵ Apunta igualmente esta idea MUÑOZ CONDE. (1999). 195, 199-200, 228.

⁷⁶ Véanse algunos últimos pronunciamientos al respecto en DEL ROSAL BLASCO, p. 178; CUERDA ARNAU, p. 211-212, 215-216, 264-269; ASÚA BATARRITA, p. 49-53; CARMONA, p. 299 y s.; LATORRE LATORRE-RAMÓN GOMIS, p. 56, 74; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, p. 228; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, p. 126; LAMARCA PÉREZ, p. 50; CUERDA ARNAU, p. 211 y ss; TAMARIT SUMALLA, p. 2 y ss.; MUÑOZ CONDE, 1999, 224 y s., aunque véase hasta hace poco Supra apartado III.1. Ampliamente sobre la polémica doctrinal relativa a la procedencia de proteger contenidos morales en el Derecho penal sexual, Díez RIPOLLÉS, (1981), p. 12 y ss; (1985), p. 17 y ss.

⁷⁷ Entre los primeros, CUERDA ARNAU, p. 211-212; TAMARIT SUMALLA, p. 1 y s.; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, p. 264; GARCÍA ALBERO, p. 13 p.; CARMONA, (1996), p. 347; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, p. 131; ORTS BERENGUER, (1995), p. 264. Entre los segundos, TAMARIT SUMALLA, p. 1; MUÑOZ CONDE, (1999), p. 195, 197-200, 228, 232, quien insinúa también el excesivo componente moralizador; LÓPEZ GARRIDO- GARCÍA ARÁN, p. 544; CUERDA ARNAU, p. 212. Con todo, en contra de la

consenso formaba parte también la convicción de que los comportamientos más graves de la antigua corrupción de menores e incapaces resultaban subsumibles en los delitos sexuales que persistían, por más que la lesividad de las conductas se viera desde otros objetos de protección⁷⁸.

Por otro lado, la necesidad de la reforma legal se hacía más evidente al no apreciarse en la jurisprudencia penal de los años inmediatamente precedentes a la aprobación del nuevo código penal serios intentos de reconducir la interpretación del delito de corrupción de menores a parámetros que lo alejaran de su condición de portaestandarte de la moral sexual colectiva: Las omnipresentes referencias a los efectos nocivos de las citadas conductas para la formación o desarrollo sexual del menor acababan desembocando en la gran mayoría de los casos en directas alusiones al carácter depravado, viciado y, en definitiva, inmoral de los comportamientos promovidos⁷⁹. Todo ello sin perjuicio de que la jurisprudencia tuviera graves problemas para delimitar adecuadamente estas conductas de las propias de los restantes delitos sexuales⁸⁰.

(p. 73) La jurisprudencia constitucional, por su parte, había manifestado en una sentencia muy criticada que la moral pública constituía el objeto de protección del antiguo delito de escándalo público⁸¹, sin que la tutela constitucional de la libertad de expresión fuera obstáculo para ello: Aunque la moral pública no se mencionaba como límite de tal derecho fundamental en el art. 20.4 ConstE., cabría introducirla en el primer inciso del precepto, siempre que se respetara el contenido esencial del citado derecho, dado que

supresión del delito, GIMBERNAT ORDEIG, p. 23; Díez RIPOLLÉS, PE, 3ª edic. p. 202, 203; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, p. 2161; aparentemente GONZÁLEZ RUS, p. 357.

⁷⁸ Así MUÑOZ CONDE, (1999), p. 198, 232; GARCÍA ALBERO, p. 9, 14; ORTS BERENGUER, (1995), p. 264; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, ComCP, p. 544 y ss; CARMONA, PE, p. 347; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, 130 y s. CUERDA ARNAU, p. 212-213, 247.

⁷⁹ Una buena panorámica de la fundamentación jurisprudencial del castigo de la corrupción de menores durante, entre otros periodos, la primera mitad de los años 90, en donde se puede apreciar lo sostenido en texto, la ofrece BLANCO LOZANO. (p. 31-43). Mantiene una postura más optimista sobre la desvinculación de referencias moralizadoras de la jurisprudencia de los últimos años, GARCÍA ALBERO. p. 13-14, 15-16, 18-19); GIMBERNAT ORDEIG, p. 23.

⁸⁰ Véase GARCÍA ALBERO, p. 1 y ss.

⁸¹ Delito que fue derogado en 1988 por considerarse incompatible con un moderno derecho penal sexual. Sobre el discutido objeto de protección sobre el que se basaba, véase Díez RIPOLLÉS, (1982), p. 1; (1985), p. 139-147.

el art. 10.2 ConstE. permitía vincularse a diversos textos internacionales que sí la consideraban un límite de derechos y libertades fundamentales; aclarado esto, concluía que la expresa mención de la protección a la infancia y la juventud entre los límites a la libertad de expresión del art. 20.4 ConstE. debía entenderse como un mero aspecto de la protección de la moral pública⁸². La sentencia, en cuanto a la argumentación expuesta, es susceptible de dos críticas fundamentales: No parece lícito introducir límites a los derechos fundamentales, aun apelando a textos internacionales, si éstos no están contenidos explícita o implícitamente en la Constitución⁸³, ni hay razones que obliguen a interpretar la mención a la infancia y la juventud del artículo 20.4 ConstE. como necesariamente vinculada a la protección de la moral pública, cabiendo otros puntos de referencia como la indemnidad o la libertad sexual⁸⁴.

Una sugerente y bien construida interpretación doctrinal defiende la inclusión del art. 189.3 dentro de los delitos contra la libertad sexual: Apoyándose en recientes estudios de psicología de la sexualidad⁸⁵, considera que este precepto (**p. 74**) puede considerarse como un tipo de abusos sexuales con menores mayores de 13 años, en el que ya no sería necesaria la presencia de un prevalimiento de una situación de superioridad, ni siquiera la utilización de engaño, bastando con que se diera una determinada *asimetría de edad* entre el sujeto activo y el menor víctima del delito. La mera existencia de esa

⁸² Véase STC 62/82 FFJJ 3 y 4, y los análisis que de ella realizan los autores citados *Infra*.

⁸³ Pues la función de la remisión a los documentos jurídicos internacionales de derechos humanos en virtud del art. 10.2 ConstE. no es la de restringir éstos sino la de ampliarlos. Véanse en ese sentido, *Vives Antón*. 310, 313; CUERDA ARNAU. 266; LATORRE LATORRE-RAMÓN GOMIS. 74.

⁸⁴ En el mismo sentido, LATORRE LATORRE-RAMÓN GOMIS, p. 74; CUERDA ARNAU, p. 264 y ss, con ulteriores argumentos Por el contrario la STC. 49/84, FFJJ. 4 y 6 con motivo del análisis de una ley administrativa, evita incardinar el límite de la libertad de expresión consistente en la protección de la infancia y la juventud dentro de la protección de la moral pública.

La sentencia criticada contiene, por lo demás, afirmaciones muy discutibles sobre el principio de intervención mínima (FJ.5), el principio de proporcionalidad (FJ.6), el principio de seguridad jurídica y el de presunción de inocencia (FJ.7). Véanse igualmente CUERDA ARNAU, p. 267; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, 126.

⁸⁵ Se citan especialmente los trabajos de Finkelhor y su recepción en España por López Sánchez. Véanse al respecto TAMARIT SUMALLA, p. 6 y ss; GARCÍA ALBERO, 43 y ss.

asimetría de edad privaría al menor de las condiciones necesarias para el ejercicio de su libertad⁸⁶, lo que constituiría el fundamento de la punición de estas conductas, sin que cualesquiera juicios de valor sobre la sexualidad infantil, el contacto sexual precoz o la normalidad de las conductas sexuales implicadas desempeñaran algún papel. Estaríamos, por consiguiente, ante el último tipo de abusos sexuales con menores, lo que explicaría su carácter residual, su baja penalidad y su difícil delimitación de las modalidades de prevalimiento y engaño⁸⁷.

Sería ciertamente deseable poder interpretar el art. 189.3 como un genuino delito protector de la libertad sexual, pero, en mi opinión, la interpretación acabada de recoger tropieza con demasiados obstáculos conceptuales y jurídico-positivos como para ser admisible:

Por lo que se refiere a los primeros, la introducción de un último delito de abuso de menores mayores de 13 años basado en la mera asimetría de edad conlleva extender la intervención penal a ámbitos hasta ahora no abarcados, más allá de los supuestos de prevalimiento y engaño⁸⁸; tal ampliación del ámbito punitivo se funda propiamente en una valoración rígida de determinadas diferencias de edad, cuyo automatismo resulta incoherente con la opción individualizadora de los abusos a la libertad sexual de menores mayores de 13 años que el **(p. 75)** legislador, al exigir la verificación del concreto prevalimiento o engaño, ha adoptado para atentados que se reconocen más graves, como los de los arts. 181.3 y 183; por lo demás, si

⁸⁶ En cuanto que las diferencias cognitivas y emocionales, y las diferentes necesidades afectivas, crearían inevitablemente un abuso de poder por parte del sujeto activo sobre la víctima menor de edad.

A la hora de concretar la diferencia de edad exigible en relación con los menores mayores de 13 años (para los que están por debajo de esa edad ya disponemos del art. 181.2) se aprecia que la mera diferencia de edad sólo da lugar a un abuso de poder, según estos autores, si el menor se encuentra entre los 13 y los 15 años y el sujeto activo tiene 10 años más que él; si el menor tiene entre 15 y 17 años, variando el límite según los autores, ya no bastará esa diferencia de edad sino que será preciso también que concurra un concreto prevalimiento. Véanse GARCÍA ALBERO, p. 44 y s.; TAMARIT SUMALLA, 7.

⁸⁷ Véanse TAMARIT SUMALLA, 2-3, 6-7; GARCÍA ALBERO, 42 y ss.

⁸⁸ Lo que ya supone cuestionar la idea mayoritaria, y que comparte alguno de los autores que defienden esta tesis, de que la inicial regulación del código penal de 1995, pese a la supresión de la corrupción de menores, no había originado lagunas dignas de mención. Reconoce la laguna TAMARIT SUMALLA, 2 y ss.

los déficits cognitivos y emocionales que se dan en la víctima de tales relaciones asimétricas son tan notables, nada va a impedir que se aprecien los correspondientes tipos de prevalimiento y engaño⁸⁹. Al margen de lo anterior, la sustitución de la exigencia de un consentimiento viciado en el caso aislado por la de una genérica diferencia de edad, aunque pudiera entenderse, dentro de los parámetros propios de la protección de la libertad sexual, como una ampliación de los límites de edad de los supuestos de consentimiento inválido en los abusos⁹⁰, tenderá más fácilmente a verse como una nueva manifestación del concepto de intangibilidad o indemnidad sexuales, algo a lo que sin duda coadyuvará la redacción del art. 189.3, en el que tal asimetría de edad habrá de valorarse⁹¹.

⁸⁹ Dado, entre otros motivos, el previo reconocimiento de la difícil delimitación de los abusos de prevalimiento o fraudulentos, GARCÍA ALBERO, p. 49 y ss., no puede dejar de reconocer que un precepto así interpretado va a tener un escasísimo ámbito de aplicación, estando “destinado a convertirse en instrumento dialéctico de las defensas para tratar de impugnar las acusaciones por delitos continuados o no de abusos sexuales de prevalimiento o fraudulento”.

⁹⁰ Esta es, a mi juicio, la única interpretación posible desde la libertad sexual, por lo acabado de decir, pero, para mantener la coherencia, exigirá considerar más graves estos supuestos que los de los arts. 181.3 y 183, con el correspondiente reflejo en la penalidad, cosa que ahora está lejos de ocurrir.

⁹¹ De hecho los propios autores defensores de esta postura, sin abandonar la referencia a la libertad sexual, terminan utilizando expresiones usuales en quienes defienden la indemnidad o intangibilidad sexuales como bien jurídico protegido. Así TAMARIT SUMALLA, p. 6; GARCÍA ALBERO, p. 45, 48, 53-54. Reconoce, además, el serio riesgo de que la referencia en el art. 189.3 al perjuicio a la personalidad del menor, unida a su difícil concreción, se interprete como una opción por la intangibilidad de éste, GARCÍA ALBERO, p. 50-52.

Llama la atención, en un sentido más general, el cambio producido en la consideración de las asimetrías de edad, puesto que sólo hace unos años servían como circunstancias atenuadoras de la pena en función de la escasa diferencia de edad entre los miembros de la relación sexual, mientras que ahora se proponen como factor agravante a partir de la notable diferencia de edad. Véase sobre lo primero, Díez RIPOLLÉS, (1985), 89 y ss. De todos modos, no deben sacarse conclusiones apresuradas sobre el contenido de los textos jurídicos internacionales y del derecho comparado: De hecho, la escasa diferencia de edad se sigue utilizando en reformas recientes para crear tipos atenuados o rebajar penas, y las propuestas internacionales más sensibles a la valoración de la asimetría de edad exigen la presencia de otros componentes

Por lo que se refiere a los segundos, la interpretación propuesta tropieza con claros inconvenientes de *lege lata*. El tenor literal del art. 189.3 no hace ninguna (p. 76) mención a las asimetrías de edad. Pese a que tales asimetrías deberían de dejar de tener relevancia por sí solas cuando el menor víctima alcanzara el tramo de edad entre 15 y 17 años, lo cierto es que el art. 189.3 abarca a los menores hasta los 18 años. Tampoco da respuesta la interpretación que analizamos a la inclusión en el art. 189.3 de los incapaces. Y no parece haber en principio motivos para restringir el concepto de comportamiento sexual aludido en tal precepto al propio de la acción sexual de los abusos sexuales, con lo que pierde su exclusiva vinculación a estas figuras delictivas⁹².

V. LA INTIMIDAD Y FEMINISMO

La intimidad ha sido con alguna frecuencia aludida como bien jurídico protegido de estos preceptos, si bien con un contenido que, o no permitía una clara distinción del concepto de indemnidad y sus equivalentes, o no aportaba más que un objeto de protección complementario del realmente decisivo⁹³.

Sin embargo, un sector doctrinal partidario de introducir una *perspectiva de género* en el análisis de estos delitos ha formulado últimamente propuestas que otorgan al concepto de intimidad y a otros cercanos a él una autonomía conceptual y unas connotaciones que merecen una consideración detenida.

El feminismo ha mostrado en las últimas décadas una actitud ambivalente hacia la función del derecho penal en la consecución de sus metas: En los años 70, tras la puesta de relieve de que el derecho en general, y el derecho penal en particular, eran un lugar privilegiado para consolidar las construcciones sociales que asignaban los desiguales y discriminatorios roles sociales de género, se aplicó a promover una serie de reformas legales que aseguraran la igualdad jurídica entre los sexos; eso vino acompañado,

expresivos de la coerción de la libertad. Véanse, p. e., las referencias en GARCÍA ALBERO, p. 44 y ss

⁹² Reconoce algunas de estas incoherencias, GARCÍA ALBERO, p. 51.

⁹³ En el primer sentido, ORTS BERENQUER, (1996), p. 937; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, p. 127, quien tampoco lo desvincula del concepto de libertad sexual. En el segundo sentido, MUÑOZ CONDE, 1999, p. 236; ORTS BERENQUER., (1999), p. 905 y s.; PE, p. 214, 262; CUERDA ARNAU, p. 233. Critican el uso de la intimidad, LATORRE LATORRE-RAMÓN GOMIS, p. 59.

en el concreto ámbito del derecho punitivo, por un decidido deseo de aprovechar y potenciar los efectos simbólicos del derecho penal, defendiendo explícitamente su legitimación y cuestionando implícitamente el principio de intervención mínima. Comprobado que no bastaba con las reformas legales igualitarias para lograr una aplicación del derecho **(p. 77)** desembarazada de los valores masculinos, dado que éstos seguían reproduciéndose en la interpretación y aplicación jurídicas, en los años 80 se registran tendencias encaminadas a la construcción de un derecho de género, basado en la diferencia de los patrones de respuesta según los sexos, y que pretende encontrar la respuesta femenina, no siempre jurídica, a los conflictos existentes; más adelante, sin embargo, parece consolidarse una actitud denominada posmodernista, que adopta una actitud matizada hacia el derecho penal, del que el feminismo no reniega para modificar la realidad social mediada por las visiones de género, pero al que no le atribuye más que una capacidad limitada⁹⁴, debiendo concentrarse la atención en medidas sociales, y de solidaridad y autoapoyo entre mujeres⁹⁵.

Ante todo, la consolidación de la libertad sexual como bien jurídico protegido en los delitos sexuales merece una valoración diferenciada: Por una parte constituye un avance indudable, y no sólo porque ha supuesto el reconocimiento de la sexualidad como una dimensión trascendental de la autorrealización personal y ha hecho surgir el derecho igual de toda persona a ejercer su opción sexual en libertad, sino porque ha implicado la ruptura con los roles culturales tradicionales asignados a la mujer a la hora de ejercer su sexualidad, que se encontraban íntimamente entrelazados con la ya superada tutela de la moral sexual colectiva⁹⁶. Por otra parte, sin

⁹⁴ De ahí que se haya criticado la sobrevaloración que se ha hecho de los efectos simbólicos, la inadecuación del derecho penal para satisfacer los intereses de las víctimas y la victimización adicional que produce, la descontextualización a que da lugar al transformar lo que es un conflicto social por razón de género en un conflicto interpersonal, la reducción de garantías y exacerbación de penas que origina... Véase, en mayor o menor medida, autoras citadas *Infra*.

⁹⁵ Véanse diferentes exposiciones, sustancialmente coincidentes, de esta evolución del movimiento feminista en ASÚA BATARRITA, 54, 56 y ss; LARRAURI PIJOAN, (1998), 35 y s; BODELÓN GONZÁLEZ, p. 185, 187-193, 199-201; ORTUBAY FUENTES, p. 264, 278 y s.

⁹⁶ Destaca este efecto de la opción por la libertad sexual, especialmente trascendente desde la perspectiva de género, ASÚA BATARRITA, p. 49 y ss., 74 y s. Véanse también las referencias de LARRAURI PIJOAN, (1998), p. 37 y ss., a la

embargo, es de lamentar que el paso a primer plano de la libertad sexual individual convierta en un mero conflicto interpersonal lo que en realidad es un conflicto social basado en el género, en el que las mujeres son las víctimas de comportamientos agresivos derivados de la asunción del tradicional papel sexual masculino⁹⁷.

(p. 78) La acentuación de esta última línea de razonamiento ha llevado, en el ámbito de la prostitución, a que la corriente denominada neoabolicionista coloque en primer lugar la defensa del género frente a la de la persona prostituida, de forma que, sin perjuicio de poner en duda la existencia de una prostitución ejercida libremente, sostiene que, aunque tal fuera el caso, resulta inaceptable desde los intereses de género su admisión, lo que conduce a reclamar la punición de los clientes de la prostitución adulta aun cuando pueda pensarse que la prostituta acepta la relación libremente⁹⁸.

De ahí que haya surgido alguna propuesta sugestiva que pretende desplazar la atención desde la protección de la libertad sexual a la protección de la intimidad, y aun de la integridad moral: En efecto, la contradicción de la voluntad de la víctima adquiriría su verdadera relevancia cuando tal relación sexual no querida se analiza desde la perspectiva de la intromisión que supone en la esfera más íntima de la víctima, aquella que afecta a los aspectos más esenciales de su identidad; esa intromisión, en el marco de los delitos sexuales, se vería potenciada al reproducir las habituales relaciones de dominio entre los géneros, lo que produciría una especial situación de degradación y humillación de la mujer. Todo ello conduce, en último término, a que el atentado sufrido sólo mantenga en primer plano las connotaciones sexuales para el autor, mientras que para la víctima el contexto sexual se perciba como el medio a través del cual se le ha lesionado su intimidad. En definitiva, la tutela de la libertad sexual, sin duda

importancia de haber pasado en este sector jurídico de un concepto de daño limitado al ámbito público a otro que incluye el ámbito privado, con expresa mención a la puesta de relieve de la violación conyugal.

⁹⁷ En este sentido, ORTUBAY FUENTES, p. 266, 268-269, 278; BODELÓN GONZÁLEZ, p. 196 y s.; LACASTA ZABALZA, p. 19; LARRAURI PIJOAN, (1994), p. 95 y s., quien señala lo engañoso que resulta en este sentido la equiparación entre los sexos en la determinación de los sujetos activos y pasivos de estos delitos.

⁹⁸ Se menciona igualmente la necesaria protección de la dignidad personal de la prostituta, con independencia de su opinión al respecto. Véanse referencias detenidas a este y otros enfoques en el tratamiento de la prostitución, en MAQUEDA ABREU, (1998a), p. 174 y ss.

deseable, acaba subsumiéndose en el concepto de intimidación, sin que haya de descartarse en un futuro la transformación de los delitos sexuales en delitos contra la integridad moral⁹⁹.

(p. 79) Una propuesta como la acabada de recoger presenta, a mi juicio, varias limitaciones que paso a exponer¹⁰⁰: Si nos mantenemos en una perspectiva de protección de bienes jurídicos de titularidad individual, el realce del componente de atentado a la intimidad que los delitos sexuales, junto al menoscabo de la libertad sexual, conllevarían no supone algo muy distinto a enfatizar la especial vinculación que el ejercicio de la sexualidad tiene con los planteamientos de autorrealización personal del individuo, lo que explicaría que cualquier práctica sexual no deseada se sienta como especialmente lesiva. Pero ha sido precisamente esa cualidad uno de los motivos fundamentales para autonomizar la protección de la libertad sexual frente a otros atentados a la libertad que se han considerado suficientemente protegidos en el marco de los delitos genéricos de amenazas o coacciones, o al margen del derecho penal¹⁰¹.

Si se replicara que la intimidad adquiere un protagonismo tal que termina independizándose de la libertad sexual, algo que realmente no se llega a decir, debieran confrontarse estos ilícitos con los delitos ya existentes contra la intimidad personal, en los que habrían de integrarse o a los que habría que modificar sustancialmente para acomodar su estructura a estos nuevos contenidos de injusto; en cualquier caso debería resolverse antes qué se hacía con el aspecto de injusto relativo al menoscabo de la libertad, sin duda determinante de la actual configuración de estas figuras delictivas.

⁹⁹ Véase la formulación de esta tesis por ASÚA BATARRITA, p. 74- 77, 82-83, 85, 93, 99-101, quien en algún momento afirma que las agresiones sexuales se aproximan a la tortura física y psicológica. Apunta también la idea de la degradación como dato fundamental, ORTUBAY FUENTES, 273, 278. Véanse asimismo las objeciones de LARRAURI, (1994), p. 96 y s. a la acrítica aceptación de la reducción del castigo de la confrontación con pornografía a casos en que las víctimas son menores e incapaces, descuidando la imagen de la mujer, degradada y sometida a dominio, que la pornografía ofrece.

¹⁰⁰ Renuncio, por no ser éste el lugar adecuado, a realizar una valoración global de las aportaciones feministas al derecho penal, que, además, exigiría ulteriores profundizaciones.

¹⁰¹ Véase Supra.

Más convincente podría resultar, sin embargo, acudir a un concurso de infracciones con los delitos contra la integridad moral, especialmente el art. 173, en aquellos casos en que el componente de degradación o humillación no haya sido tenido en cuenta en la figura delictiva sexual correspondiente, como, por el contrario, será el caso en las agresiones sexuales del art. 180.1.1º o en el acoso sexual del art. 184.1.

Las objeciones se acumulan si el enfoque a adoptar ha de ser uno que gire sobre el menoscabo singular que un determinado colectivo, el género femenino, sufre a través de los atentados sexuales: Esta opción, que se fundamenta sobre un bien jurídico colectivo, resulta, desde luego, claramente incompatible con la actual configuración de los delitos sexuales, no siendo el motivo mayor el que éstos se estructuren en su práctica totalidad como infracciones contra bienes (**p. 80**) jurídicos individuales, sino el que se asienten sobre una consideración igualitaria de los sexos, tanto a la hora de ser víctimas como sujetos activos; de ahí que tal alternativa exigiera una completa reformulación de estas figuras delictivas. Pero es que, realizada ésta, es muy discutible que la regulación resultante satisficiera los principios legitimadores de cualquier intervención penal, aun si aceptáramos una utilización generosa de los efectos simbólicos del derecho penal; más razonable parece pensar que, por el contrario, se habría tendido un camino trillado para la masiva incorporación de concepciones globales sobre lo sexualmente correcto, merecedoras sin duda de una valoración muy distinta de las que han predominado en épocas anteriores, pero con los mismo riesgos de convertirse en modelos impuestos de comportamiento sexual, no respetuosos de la diversidad, no lesiva de intereses de otras personas, existente en esta esfera social.

La propuesta antes mencionada sobre la prostitución es un buen ejemplo de ello: Se comienza poniendo en duda la posibilidad de que ciertos modelos de comportamiento sexual se puedan adoptar libremente, y se termina deslegitimando tales modelos de conducta, aún desarrollados en libertad, en la medida en que no se acomodan a lo que se considera un comportamiento sexualmente correcto desde la perspectiva de un interés colectivo, como es el del género. Todo ello desemboca en la protección a través del derecho penal de una determinada concepción global sobre la sexualidad realizada

mediante precio, y en la consecuente persecución de la prostitución consentida¹⁰².

Lo que sí es procedente a todas luces es desembarazar al derecho penal sexual de elementos y formulaciones que reflejen los roles sexuales tradicionales basados en la dominación y menosprecio de un género por otro. Pero ello no ha de suponer el abandono de activos logrados trabajosamente en los últimos años, como lo son el trato igualitario de los sexos y la libertad individual como punto de referencia.

(p. 81) Entre esas formulaciones a superar está sin duda la excesiva trascendencia sistemática y punitiva que, aun con las notables reformas operadas en el nuevo código, se sigue atribuyendo al hecho de que el comportamiento sexual implique algún tipo de penetración. En otro lugar he señalado como ello no es más que reflejo de una concepción social trasnochada de la mujer, en otros tiempos fundada en lo que podríamos denominar la pérdida de *valor de mercado* que sufría toda mujer soltera que había perdido su virginidad, o casada que era incapaz de asegurar la legitimidad de su descendencia, y que más adelante dio lugar a un injustificado realce de la sexualidad genital que originó una continua ampliación del concepto de penetración¹⁰³.

¹⁰² Pone claramente de manifiesto que las corrientes neoabolicionistas conllevan la protección de una determinada moral sexual social, identificable con la tradicional, y que en último término aplican el control penal de modo indirecto sobre la prostituta, especialmente a través de la persecución del cliente, MAQUEDA ABREU, (1998a), p. 177 y ss. Véase en la misma línea CARBONELL MATEU, p. 96. Introduce consideraciones ligadas a los efectos negativos de la actual situación de no penalización pero tampoco plena legalización de la prostitución LARRAURI, (1994), p. 97 y s.

¹⁰³ Véase al respecto DÍEZ RIPOLLÉS. "Los delitos sexuales". Diario El País. 26 de Junio de 1992; del mismo. "Sobre el delito de violación". Diario El Mundo. 1 de Abril de 1994. En la misma línea, ORTUBAY FUENTES, p. 266, 270-271, 273-274, 276; igualmente, aunque con algún matiz, ASÚA BATARRITA, p. 76, 80.