

La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal

Carmen LAMARCA PEREZ

I. UNA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y SOCIAL PARALELA: LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Quizás en pocos capítulos del Derecho penal el legislador se haya mostrado más atento a los cambios de mentalidad y de costumbres sociales como en este de la sexualidad. Las reformas del Código penal, tímidamente iniciadas con la Ley 22/1978 de supresión de los delitos de adulterio y amancebamiento, culminaron con la introducida por la LO 3/1989, de 21 junio, que supuso un giro copernicano sobre una tradición punitiva anclada en una moral decimonónica y desigualitaria: la equiparación o igualación de los sujetos activo y pasivo del delito; la admisión de que el acceso carnal pueda realizarse tanto por vía vaginal como anal o bucal; el reconocimiento de que la introducción de objetos constituye una agresión sexual; y, en especial, la nueva rúbrica, delitos contra la libertad sexual frente a la de delitos contra la honestidad, parecía acreditar que, cuando menos en esta materia, la vieja escisión entre Derecho y sociedad, entre normatividad jurídica y normalidad social, quedaba en gran medida superada.

Pero las perspectivas de reforma no se habían agotado. Como es sabido, los sucesivos proyectos de nuevo Código Penal, textos de 1980 y 1983, sirvieron de base para la modificación de 1989 y, en esta misma línea, aunque con ligeras modificaciones, iba asimismo encaminado el Anteproyecto de 1992. Sin embargo, la última de las propuestas, el Proyecto de Código penal de 1994, hoy nuevo Código penal de 1995, nos sorprende de nuevo ofreciendo una regulación de los delitos contra la libertad sexual que, a mi juicio, y aun con las deficiencias y los problemas que a continuación veremos, resulta francamente positiva, pues parece encaminada a poner definitivamente el acento de la incriminación de esta clase de conductas en la forma de doblegar la voluntad de la víctima, más que en el concreto comportamiento sexual llevado a cabo; esto es, la reforma responde a la idea de que el Código penal debe proteger ante todo la libertad de de-

cisión en el ámbito de la esfera sexual y no una determinada concepción moral acerca de la sexualidad en sí. De este modo, el legislador parece haber escuchado las voces críticas que, desde hace tiempo, denunciaban la función de estos tipos penales, destinados a reforzar con el uso de la fuerza estatal las prescripciones de determinados Códigos éticos relativos a la virtud privada; algo que hoy debe considerarse incompatible con el modelo constitucional, basado en el respeto a la libertad y, por cierto, también en la no confesionalidad del Estado¹.

Desde estas premisas, quizás hubiera sido más acertado que los delitos contra la libertad sexual quedaran incluidos entre los delitos contra la libertad en general, constituyendo un capítulo específico de los mismos. Pero el legislador ha optado por el mantenimiento de un título propio², dividido en seis capítulos, que, eso sí, presenta significativas modificaciones con respecto a la legislación anterior; destacan, por ejemplo, la acertada desaparición del tipo de raptó, la creación de un tipo específico de acoso sexual y la regulación de los delitos relativos a la prostitución que, en la línea secularizadora antes señalada, reduce los supuestos de incriminación a la imposición coactiva o por abuso, así como a la protección de menores, despenalizando las figuras de proxenetismo y rufianismo como venía solicitando la doctrina³. Con todo, son quizás los nuevos tipos de agresiones y abusos los que, además de presentar importantes modificaciones, pueden plantear mayores problemas de interpretación y a ellos dedicaremos la mayor parte de nuestro análisis.

II. AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES

1. Algunas cuestiones comunes

a) *Una reforma aparentemente lingüística: la denominación agresiones y abusos*

La primera novedad afecta incluso a la terminología: las antiguas denominaciones de «violación» y «estupro» han sido sustituidas, respectivamente, por

¹ Sobre las relaciones entre moral y Derecho en el ámbito de los delitos sexuales vid., especialmente, Díez Ripolles, J. L., *El Derecho Penal ante el sexo*, Barcelona, 1981 y la doctrina citada por el mismo. Un reciente análisis de la legislación española ya derogada en Boix Reig, J., «De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual», en *Mujer y Derecho penal*, V. La Torre (coord.), Valencia 1995, págs. 11 y ss.

² Si los delitos contra la libertad sexual se conciben, como parece hacer el nuevo Código, como atentados específicos a la libertad, nada justifica a mi juicio el mantenimiento de un título propio; por ello, me parece acertada la propuesta de Díez Ripolles,

si bien, creo que entonces el capítulo debiera rubricarse atendiendo al elemento específico que los singulariza o diferencia de las demás conductas contra la libertad y que, dada la unidad de bien jurídico protegido, no puede ser otro que el contenido sexual de las acciones típicas. *El derecho penal ante el sexo*, citado, págs. 218 y ss.

³ Vid. Díez Ripolles, J.L., *La protección de la libertad sexual*, Barcelona, 1985, pág. 175; Orts Berenguer, E., *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia, 1995, pág. 311 y Carbonell Mateu, J.C., «Los delitos relativos a la prostitución en el Proyecto de Código penal de 1994», en *Mujer y Derecho penal*, citado, pág. 96.

las de «agresión» y «abuso». Sin embargo, que la reforma sea lingüística no supone que resulte meramente ornamental, pues, al margen de la fuerza simbólica de las palabras, los nuevos enunciados expresan mucho mejor el bien jurídico que ante todo se pretende tutelar.

De entrada, conviene precisar que seguramente nunca existió una perfecta correspondencia entre el significado vulgar de violación y su definición jurídica. En efecto, si por violación debe entenderse el acceso carnal violento de hombre con mujer y, si se quiere, en la actualidad también la penetración anal violenta con sujeto pasivo hombre, lo cierto es que el Código ampliaba esa noción incluyendo, de un lado, la penetración sexual por otras vías y, de otro, el acceso con persona privada de sentido, abusando de su enajenación o menor de doce años de edad; esto es, incluía como violación supuestos donde no puede existir una expresa voluntad contraria de la víctima o hay un consentimiento otorgado cuando se carece de capacidad para ello, que constituirían los llamados casos de violación presunta.

Las agresiones, en cambio, como su denominación sugiere, son siempre comportamientos basados en la violencia o la intimidación; desde luego, con un contenido o finalidad sexual que en todo caso sirve para modular la respuesta penal, pero donde ese contenido o finalidad viene a añadirse a lo que constituye lo fundamental del reproche: la lesión ilegítima de la libertad. De este modo, la conducta consistente en acceso carnal o, lo que es lo mismo, lo que tradicionalmente se entendía por violación, ha dejado de constituir la figura principal del grupo normativo para pasar a ser, sencillamente, una forma más, eso sí, una de las más graves, de vulnerar el derecho a la libre determinación de la mujer o del hombre en el ámbito sexual.

En cuanto a la denominación estupro, tampoco cabe registrar un uso social preciso de este término, que en su sentido más estricto significa el «acceso carnal con doncella logrado con abuso de confianza o engaño». Superada la tradición histórica que ponía el acento de la incriminación en la virginidad de la víctima, creo que, también en este caso, la expresión abuso del nuevo Código resulta más aconsejable para los supuestos en que no media violencia ni intimidación. Abusar es, según el Diccionario de la Lengua, hacer un mal uso o un uso injusto, impropio o indebido, e incluso en referencia al aspecto sexual se recoge expresamente la acepción de «hacer objeto de trato deshonesto a una persona débil o inexperta», que permite designar los casos de acceso a la práctica sexual mediante el engaño o prevalimiento típicos de esta figura.

⁴ Montalvo, P., «Los delitos contra la libertad sexual en el nuevo Código penal», en *Revista Tapia* núm. 85, diciembre 1995, pág. 72.

⁵ La finalidad de procreación es irrelevante tanto en el supuesto de agresiones como de abusos, pues únicamente se requiere que el dolo abarque, en las condiciones de los respectivos tipos, la realización de la conducta de acceso carnal; cuando la mencionada finalidad concorra, sin embargo, por medio de reproducción asistida y sin el consentimiento de la mujer será de aplicación lo previsto en el artículo 162.1.º relativo a la manipulación genética, que constituye otra de las novedades del Código penal de 1995.

No creo que haya razón para temer, como hace alguna autora, que el término «abuso» propicie una interpretación menos garantista en aquellas relaciones, como el matrimonio u otras de análoga afectividad, que presuntamente generarían una especie de derecho sexual del marido respecto de la esposa y viceversa⁴. No existe tal derecho y por ello, desde el punto de vista penal, el grado de abuso requerido no es distinto en función del tipo de relación entre los sujetos. No cabe descartar, sin embargo, aunque hoy parezca poco probable, supuestos de error por la creencia de ejercicio de un derecho en aquellos casos en que el matrimonio religioso, como es el caso del católico (canon 1055), declara como uno de sus fines esenciales la generación de la prole⁵; supuestos en los que, desde luego, el error no sería a mi juicio relevante si media violencia o intimidación para conseguir la relación sexual⁶.

b) **La equiparación del acceso carnal y la penetración por vía anal o bucal e introducción de objetos**

Junto a la terminología, también la descripción de la conducta típica presenta algunas novedades. Lógicamente, el comportamiento más gravemente sancionado sigue siendo el acceso carnal, al que se equipara la penetración anal y bucal, así como la introducción de objetos, modalidad esta última que en el antiguo Código merecía una pena inferior a la prevista para la violación. Si ya en su día la equiparación de la vía bucal a la anal y vaginal fue conflictiva, e incluso censurada por un amplio sector de la doctrina⁷, imagino que añadir a estos casos la modalidad de introducción de objetos recibirá en breve las mayores críticas.

En mi opinión, sin embargo, y recordando una vez más cuál es el sentido de la reforma, creo que resulta francamente artificial distinguir entre penetración vaginal, anal, bucal o introducción de objetos, pues en todos los casos la mujer o el hombre pueden sentir igualmente vulnerada su libertad sexual y en el mismo grado o intensidad. Quizás sólo la educación sexual recibida durante generaciones, vinculada fundamentalmente a la moral católica y al peligro de embarazo en el caso de sujeto pasivo mujer, pueda explicar que siempre se haya considerado que la forma más grave de agredir la libertad sexual consiste en la penetración vaginal de órgano sexual; pero no cabe olvidar que la penetración anal y especialmente la introducción de objetos son modalidades que pueden comportar un mayor peligro para

⁶ En igual sentido Orts, E., *Delitos contra la libertad sexual*, citado, pág. 68-69.

⁷ Así, entre otros, Alonso de Escamilla, A., «El delito de violación: la conducta típica», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo XLII, fasc. II, 1989, pág. 589; Bajo Fernández, M., *La actualización del Código penal de 1989*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1989, pág. 33; Muñoz Conde, F., «Los delitos contra la libertad sexual», en *Estudios Penales y Criminológicos* XIII, Universidad de Santiago de Compostela, 1990, págs. 282 y ss., y Díez Ripolles, J. L., «Las últimas reformas en el Derecho penal sexual», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, págs. 55 y ss.

la integridad física y, en el caso de la penetración bucal, al riesgo claro de transmisión de enfermedades, se añade que quizás constituya el comportamiento de carácter más degradante o vejatorio⁸.

En relación con el acceso carnal, parece que el nuevo Código reserva esta denominación para referirse exclusivamente a la penetración de órgano sexual masculino por vía vaginal, es decir, se utiliza la expresión en su sentido estricto. No hay que olvidar, sin embargo, que dicha expresión ya suscitó ciertos problemas en la legislación anterior al entender un sector de la doctrina que vetaba la posibilidad de que el delito pudiera ser cometido por una mujer, por cuanto el acceso carnal exigirla que fuese el hombre quien realice por sí mismo y materialmente la conducta de penetración sexual⁹. Esta restricción, que ya anteriormente podía considerarse salvable¹⁰, parece hoy definitivamente descartada, pues la nueva redacción ya no habla de «tener acceso carnal...», sugiriendo una conducta siempre unidireccional del hombre hacia la mujer, sino que la agresión se cualifica cuando «consiste en acceso carnal...», lo que comprende tanto la acción de penetrar como de hacerse penetrar por órgano sexual masculino, consiguiendo en suma el acoplamiento de órganos sexuales¹¹. Por lo demás, esta misma cuestión puede también plantearse en la segunda de las modalidades, penetración bucal o anal¹², donde, por cierto, la utilización del término penetración también parece requerir que la introducción por alguna de estas vías lo sea exclusivamente de órgano sexual masculino.

La tercera de las agresiones sexuales previstas, la introducción de objetos, plantea la duda tanto de cuáles han de ser los medios comisivos como, asimismo, de cuáles son las vías por las que deben ser introducidos para constituir la acción típica. Por lo que se refiere a la primera, parece que ha de tratarse de instrumentos o cosas, esto es, de cuerpos sólidos, lo que excluye la penetración de partes del cuerpo como dedos o lengua¹³; en general, se ha puesto de manifiesto que los objetos deben resultar semejantes en tamaño y forma al órgano sexual masculino del que tratan de ser un sustitutivo¹⁴, sin que quepa descartar el uso de instrumentos a los

que el sujeto activo atribuya un significado sexual.

En cuanto a las vías de acceso, desde que en 1989 el legislador reconoce que la introducción de objetos constituye una agresión sexual, la doctrina ha venido descartando una interpretación amplia que permitiera incluir la penetración por cualquier cavidad del cuerpo humano, limitando de este modo el hecho típico a la introducción por vía vaginal, anal o bucal¹⁵. La cuestión creo que no ofrece dudas en la regulación del nuevo Código, pues si los tipos agravados de agresiones y abusos se reservan, en los casos de penetración de órgano sexual masculino, para la vía vaginal, anal y bucal, ampliar a otras cavidades la introducción de objetos constituiría una interpretación extensiva contraria al principio de legalidad. Es más, la nueva regulación pudiera también propiciar una interpretación aún más restrictiva pues, al describir el comportamiento sexual agravado como «acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal», cabría entender que la introducción de objetos queda limitada a la vía vaginal, mientras que las vías anal y bucal exigirían necesariamente la introducción de órgano sexual masculino dada la expresa utilización del término penetración en estos casos.

A mi juicio, sin embargo, esta última interpretación no debe prosperar pues, al menos en el supuesto de introducción anal de objetos, la conducta resulta de igual desvalor que la realizada por vía vaginal e incluso pudiera sostenerse que implica un mayor riesgo lesivo; y ello al margen de que se produciría una grave discriminación en aquellos casos de sujeto pasivo hombre, para los que la acción típica de agresión cualificada quedaría limitada a la penetración de órgano sexual. Admitido pues que la introducción anal de objetos debe integrar la acción típica, ninguna razón formal existe entonces para excluir la introducción bucal, si bien, ciertamente, este supuesto resulta mucho más discutible porque puede resultar difícil acreditar el inequívoco contenido sexual de la conducta¹⁶; por ello, con mayor rigor que en los otros casos, habrá que constatar aquí la objetiva connotación sexual del instrumento utilizado o el contexto de acciones eróticas en el que se realiza la conducta de introducción.

⁸ En este mismo sentido con respecto a la penetración bucal García García, A., «Los delitos de violación y estupro en el Proyecto de Código penal», en *Poder Judicial* núm. 28, 1992, pág. 124. Cuestión distinta será la evidente dificultad de prueba por lo que, si bien no comparto la tesis de Muñoz Conde que exige para la consumación llegar a la *inmisio seminis*, lo cierto es que por lo general únicamente en los supuestos en que ésta se produzca resultará posible probar el hecho típico. «Los delitos contra la libertad sexual», citado, pág. 283.

⁹ En este sentido vid. Bajo Fernández, M., «La actualización del Código penal de 1989», citado, pág. 33-34 y, críticamente por atentar al principio de igualdad, Muñoz Conde, F., «Los delitos contra la libertad sexual», citado, págs. 280-281.

¹⁰ Díez Ripolles, J. L., «Las últimas reformas en el Derecho penal sexual», citado, págs. 52-53. Como el propio autor indica es evidente que el acto material de la penetración puede realizarlo la mujer.

¹¹ La expresión es de Boix-Orts, quienes ponen de manifiesto que la conducta no consiste así en penetrar sino en lograr el acoplamiento de los órganos sexuales, lo que puede realizarse con independencia del sexo del sujeto activo. *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia 1989, pág. 143.

¹² Frente a lo señalado para los casos de acceso carnal, Orts

mantiene que en los supuestos de penetración anal o bucal sólo puede ser sujeto activo un hombre, excluyendo la acción de hacerse penetrar por estas vías. «Abusos y agresiones en el Proyecto de 1994», citado, pág. 28. A mi juicio, sin embargo, no cabe establecer esta diferencia pues, aunque el legislador haya utilizado distintas denominaciones para referirse a la penetración vaginal, anal y bucal, ha desvalorado de igual modo todas las conductas

¹³ En este sentido, y con respecto al antiguo tipo de agresiones sexuales del artículo 430, las STS de 26 de noviembre de 1991 y 14 de febrero de 1994. Suárez, ha señalado que cabe, sin embargo, la introducción de animales o parte del cuerpo de los mismos, que tienen, a efectos penales, la consideración de objetos. *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 104.

¹⁴ En este sentido, vid. Orts, E., *Delitos contra la libertad...*, citado, pág. 182 y Suárez, C., *El delito de agresiones...*, citado, pág. 103.

¹⁵ Vid., por todos, Orts, E., *Delitos contra la libertad sexual*, citado, pág. 181-182.

¹⁶ Un resumen de los criterios utilizados por la doctrina en este caso en Suárez, C., *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, citado, págs. 105 y 106.

De cualquier modo, parece que la redacción de la conducta típica no ha sido muy afortunada y hubiera sido deseable que el precepto, de un lado, describiera con mayor exactitud los comportamientos que pretende abarcar y, de otro, que huyera de términos de interpretación polémica. Así, creo que hubiese resultado mucho más sencillo definir la conducta como «penetración por órgano sexual o introducción de objetos por vía vaginal, anal o bucal». De este modo, se solucionarían los problemas antes comentados, incluyendo claramente la introducción de objetos por vía bucal, como parece ser la voluntad del legislador¹⁷; y, asimismo, al evitar la referencia expresa al acceso carnal, no habría ya lugar a la discusión sobre el sujeto activo suscitada por la redacción del antiguo tipo de violación.

c) *La igualdad de los sujetos*

Siguiendo los pasos de la reforma de 1989, el nuevo Código parte de la igualdad entre hombre y mujer, por lo que tanto uno como otra pueden ser sujeto activo y pasivo del delito. La previsión contó en su día con el general aplauso doctrinal, si bien no faltaron voces críticas que, desde una óptica feminista, subrayaron que «que la violación es un delito que comete un género contra otro», es decir, que comete el género masculino contra el femenino, tratándose de «un comportamiento aprendido por los hombres como una forma de mostrar y ejercer el poder por medio de la sexualidad»¹⁸. La idea es, en definitiva, que conseguir una igualdad «legal» donde no existe una igualdad «real» no puede considerarse precisamente como una victoria para las mujeres. Aunque el argumento no carece de buenas razones, creo que en este caso no desvirtúa lo acertado de la igualdad legal.

En primer lugar, aunque es constatable empíricamente que son los hombres los que, casi de modo exclusivo, ejercen la violencia sexual, no es menos cierto que la ejercen no sólo, aunque sí mayoritariamente, contra las mujeres, sino también contra los mismos hombres, lo que indica que la igualdad, al menos de los sujetos pasivos, no resulta en modo alguno una medida arbitraria.

Por otro lado, cabe hablar en efecto de un ejercicio del poder a través del sexo, pero este ejercicio no es tampoco privativo del género masculino; lo que ocurre es que las mujeres, que indiscutiblemente también lo ejercen, no suelen recurrir a la violencia. De cualquier forma, tampoco es cierto que el género femenino excluya siempre el uso de medios violentos, especialmente si la víctima es también mujer, y, en todo caso, cabe el empleo de otras formas como el engaño o el prevalimiento, es decir, de acceso a la sexualidad mediante abuso. Relegar la igualdad jurídica a estos últimos casos, es decir a los tipos de abusos sexuales, basándose en el único dato de que la mujer no realiza habitualmente es-

tas conductas en su modalidad violenta, parece poco sostenible desde un punto de vista jurídico y, por lo demás, lo mismo podría predicarse de otros tipos penales.

En definitiva, resulta correcta, en mi opinión, la igualación que realiza el Código penal también con respecto a los sujetos activos en los delitos contra la libertad sexual porque de lo que se trata es de que la norma, general y abstracta, no discrimine en función del sexo de los sujetos y ello independientemente de a quién se aplique con preferencia casi absoluta. No hay que olvidar, por otra parte, que al equiparar la introducción de objetos a la penetración vaginal, anal o bucal en los tipos agravados, ya no resulta siempre necesario que la conducta sexual consista en la introducción del órgano sexual masculino como sucedía en el antiguo tipo de violación. Sea como fuere, parece que desde el propio Derecho se contribuye a desterrar la idea de que la agresión sexual es una conducta privativa del género masculino.

Ahora bien, establecida la necesidad o conveniencia de la igualación, el problema será si en la práctica es posible que llegue a obtener plena virtualidad, esto es, si es posible que el hombre y la mujer puedan ser, en efecto, tanto sujeto activo como pasivo de estas conductas. La cuestión, como es sabido, se plantea con respecto a las conductas más graves de penetración vaginal, anal y bucal en los supuestos de relaciones heterosexuales cuando el sujeto activo es mujer y el pasivo hombre, así como en las homosexuales cuando ambos sujetos son mujer.

En la primera de las hipótesis, mujer contra hombre, como ya he señalado, creo que debe quedar fuera de toda duda que también forma parte de la conducta típica el hecho de obligar o abusar del sujeto pasivo para conseguir una penetración vaginal, anal o bucal y, aunque por razones físicas será difícil la consumación en los tipos de agresiones sexuales, no cabe descartar de plano estos supuestos; así, por ejemplo, en casos de violencia con sujeto pasivo previamente inmovilizado o, más claramente, si media intimidación. No existen, por tanto, obstáculos para que la mujer pueda ser sujeto activo del delito y, como señala Orts, hora es ya de superar la tradicional concepción de la mujer como ser meramente pasivo en la sexualidad, que es la idea que late tras la interpretación que le niega esta cualidad¹⁹.

En cuanto al segundo de los casos, relación homosexual femenina, resulta ahora perfectamente viable pero, eso sí, lógicamente sólo a través de la modalidad que consiste en la introducción de objetos, de modo que otro género de prácticas sexuales, tanto violentas como de abuso, deberán integrarse en el tipo básico que, como veremos, puede llegar a ser sancionado con una pena igual o superior al agravado si concurren determinadas circunstancias, por lo que ya no cabe alegar desprotección frente a las agresiones sexuales realizadas por y sobre mujeres.

¹⁷ En igual sentido Orts, E., «Abusos y agresiones sexuales en el Proyecto de 1994», en *Mujer y Derecho penal*, citado, pág. 27.

¹⁸ Larrauri, E., «...y el Derecho penal de las mujeres», en *Mu-*

jerres, Derecho penal y criminología, (E. Larrauri comp.), Siglo XXI, Madrid, 1994, pág. 96 y cit. 4.

¹⁹ «Delitos contra la libertad sexual», citado, pág. 63.

2. Los tipos de agresiones sexuales

El tipo básico de agresiones sexuales, contemplado en el artículo 178 del nuevo Código penal, sanciona con una pena de prisión de uno a cuatro años las conductas atentatorias contra la libertad sexual²⁰ por medio de violencia o intimidación, es decir, con vis física o psíquica; como ya sabemos, el tipo se agrava, según lo previsto en el artículo 179, cuando la conducta consista en acceso carnal, penetración anal o bucal o introducción de objetos, elevándose la pena a prisión de seis a doce años; sanción que resulta notoriamente inferior a la en otro tiempo prevista para el tipo de violación e inferior, asimismo, a la actualmente establecida para el tipo de homicidio, que tiene una duración de diez a quince años, por lo que, de entrada, queda establecida la superioridad del bien jurídico vida frente al bien libertad sexual.

Lo que define, pues, a los vigentes tipos de agresiones es el modo de ejecución de la conducta, por medio de violencia o intimidación, a diferencia del criterio del viejo Código donde estas circunstancias constituían sólo uno de los supuestos típicos de la violación y de las agresiones sexuales. Por otra parte, la redacción actual, que utiliza el término violencia en lugar del tradicional de fuerza, me parece también preferible y ello por cuanto ya existe una consolidada jurisprudencia, proveniente de la interpretación de los tipos de apoderamiento, que vincula el concepto fuerza a la ejercida sobre las cosas, reservando el de violencia a la vis física practicada sobre las personas.

Muy resumidamente, puesto que se trata de conceptos ya perfilados por nuestra jurisprudencia aunque no exentos de interpretaciones polémicas²¹, la violencia ha de ser de entidad necesaria para lograr doblegar la voluntad del sujeto pasivo según las circunstancias de cada caso²², sin que sea exigible por parte de la víctima una resistencia heroica. En muchos supuestos, como señala Gimbernat, la inicial violencia puede terminar generando intimidación cuando se amenaza a la víctima con seguir ejercien-

do la vis física demostrada, lo que, no obstante, supondrá generalmente la calificación del hecho como agresión violenta²³, por el contrario, cuando la violencia se practique sobre un tercero, será constitutiva de intimidación.

Por otra parte, no existe tampoco ningún obstáculo a que la violencia sea ejercida por persona distinta de quien lleva a cabo la conducta sexual; me refiero al clásico supuesto en que una persona sujeta a la víctima y es otra quien realiza el acceso carnal²⁴, pero también a aquellos casos en que un tercero aprovecha sexualmente la situación de absoluta indefensión en que se encuentra el sujeto pasivo como consecuencia de una violencia previamente ejecutada, con fines sexuales o de otro tipo. Más polémicas resultan, sin embargo, las situaciones en que la absoluta incapacidad de resistencia de la víctima no proviene de la violencia ejercida por otra persona sino de causas naturales, lo que se ejemplifica tradicionalmente, con los casos de parálisis completa o inmovilización accidental. A mi juicio, también en estos supuestos nos encontramos ante el tipo de agresiones si la víctima puede expresar claramente su oposición a la conducta sexual²⁵, pero no así cuando de ningún modo resulta posible esta exteriorización, bien por hallarse desmayada, profundamente dormida o, en definitiva, en situación de privación de sentido; circunstancia que, como más adelante veremos, da lugar ahora a la aplicación de los tipos de abuso, pues lo que existe en realidad es una presunción sobre la falta de consentimiento que no puede ser equiparada, como sucedía en la legislación anterior, a la manifiesta voluntad contraria de la víctima.

En cuanto a la intimidación, el temor que se infunde ha de ser asimismo de entidad suficiente o determinante para que el sujeto pasivo consienta la realización de la conducta sexual. Por ello, me parece muy rigorista la antigua propuesta de Gimbernat que limitaba la amenaza relevante a aquella que lo fuese de un hecho que constituyera delito de igual o mayor gravedad o que, en todo caso, atentase contra la vida o la integridad²⁶. Ciertamente, debe

²⁰ En cuanto a las modalidades comisivas entendemos que, de igual modo que sucedía en la legislación anterior, se requiere la realización de actos de inequívoca finalidad sexual que impliquen contacto corporal, bien del sujeto activo sobre el pasivo, bien obligando a realizar a este último los actos sobre su propio cuerpo o el del actor o también sobre el de un tercero. Vid, por todos, Suárez, C., *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, citado, págs. 73 y ss.

²¹ Vid., Cugat, M., «La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación», en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 20, 1993, págs. 73 y ss.

²² Entiendo por ello que deben calificarse de agresión aquellos casos en los que el sujeto activo no necesita usar una violencia extrema por hallarse la víctima en situación de indefensión o agotamiento; así, por ejemplo, por haber sufrido una agresión anterior, hallarse parcialmente inmovilizada, etc.

²³ Gimbernat, E., «Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español, con especial referencia a la violación intimidatoria», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1976, págs. 179-180. Por su parte, Suárez, *El delito de agresiones sexuales...*, cit., pág. 126, señala que habría que establecer en cada caso si ha sido la violencia o la intimidación lo que ha determinado la voluntad de la víctima. En realidad, es irrelevante a efectos de calificar el hecho como agresión sexual que se logre doblegar la voluntad por medio de violencia o de intimidación,

pero en la práctica cuando el sujeto activo no haga uso de medios específicos de intimidación como armas etc., sólo acreditan- do la inicial vis física podrá probarse el hecho típico.

²⁴ En este caso, la jurisprudencia y un sector doctrinal señalan que la conducta del que ejerce la violencia sujetando a la víctima debe calificarse como cooperación necesaria. A mi juicio, constituye más bien un supuesto de coautoría pues cada sujeto realiza una parte de la conducta típica, que consiste no sólo en el comportamiento sexual sino en realizarlo precisamente por medio de violencia.

²⁵ Una posición similar a la aquí mantenida valorando los distintos supuestos que pueden plantearse y su diversidad de tratamiento en Orts, E., *Delitos contra la libertad sexual*, citado, págs. 84 y ss. Por el contrario, otros autores, al menos respecto de la legislación anterior, señalan que en estos casos existe una auténtica laguna legal, pues sólo desde una interpretación análoga prohibida puede sostenerse que el sujeto activo realice en estos casos un tipo violento. Vid., por todos, González Rus, J. J., *La violación en el Código penal español*, Granada 1982, págs. 378 y Diez Ripolles, J. L., «Las últimas reformas...», citado, pág. 61.

²⁶ «Sobre algunos aspectos del delito de violación...», citado, págs. 184 y ss. Un resumen de las críticas a la propuesta de Gimbernat puede verse en Suárez, C., *El delito de agresiones sexuales...*, citado, págs. 171 y ss.

realizarse en este punto una interpretación lo más estricta posible, pero que tenga también en cuenta las circunstancias del hecho y quizás, muy singularmente, las que concurren en el sujeto pasivo siempre que sean abarcadas por el dolo del autor²⁷.

Pues bien, a partir de los tipos básico y agravado de agresiones, y también como absoluta novedad en esta materia, el artículo 180 del Código de 1995 establece una serie de circunstancias cuya concurrencia aumenta la pena que, en el caso del tipo agravado, puede incluso superar a la prevista para el delito de homicidio²⁸. Estas circunstancias son las siguientes:

En primer lugar, agrava la responsabilidad criminal que «la violencia o intimidación ejercidas revisitan un carácter particularmente degradante o vejatorio», circunstancia cuyo precedente puede situarse en el inciso final del antiguo artículo 430 que calificaba las agresiones sexuales cuando «se hiciera uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios», pero cuyo ámbito de aplicación resulta ahora mucho más restringido. De un lado, la restricción afecta a la intensidad o gravedad del ataque por cuanto se ha prescindido, inexplicablemente, de los medios o modos brutales para limitar el reproche sólo a los casos en los que se vulnera la dignidad de la víctima²⁹; de otro, la degradación o vejación debe ir referida a la violencia o intimidación, esto es, a los medios o formas empleadas, bien para el lograr el doblegamiento de la voluntad³⁰, bien para causar daños innecesarios, pero el tenor literal parece excluir que pueda ser aplicada a los modos de realización de las conductas sexuales, lo que resulta ciertamente discutible³¹.

La segunda de las circunstancias, consistente en que «los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo», hace referencia a los casos de violencia sexual colectiva y venía siendo reclamada generalmente por la doctrina dada la gravedad de este tipo de actuaciones ya que, amén de un mayor riesgo lesivo, suponen una clara disminución de las posibilidades de defensa de la víctima, lo que, hasta ahora, sólo había dado lugar a la ocasional aplicación de la agravante genérica de abuso de superioridad³². Por otra parte, la circunstancia de

la actuación en grupo requiere el acuerdo previo o simultáneo para realizar la agresión sexual pero, como señala Orts, no es necesario que todos realicen la conducta sexual, aunque sí deben haber participado en la agresión³³.

Es asimismo circunstancia cualificadora que la víctima sea «persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación». Sin duda, tienen cabida aquí los casos de minoría de edad de la víctima, pero también las agresiones a personas de avanzada edad, algo que no contemplaba la normativa precedente, pese a que su desvalimiento es similar al de los menores o incluso en ocasiones de mayor entidad al tratarse de una conducta violenta; en todo caso, parece que lo relevante es este desvalimiento y no la edad concreta que pueda tener el sujeto pasivo. En cuanto a la vulnerabilidad por razón de enfermedad o por encontrarse en determinadas situaciones, no hay que perder de vista que la agravación se construye sobre la base de una agresión violenta, es decir que, frente a lo previsto en algún caso por la regulación anterior, esta circunstancia puede agravar el hecho pero no lo convierte en agresión si la víctima especialmente vulnerable consiente la conducta, aunque se trate de un consentimiento viciado o para cuyo otorgamiento se carece de capacidad. Por otra parte, si la persona ha quedado en situación de especial vulnerabilidad precisamente por el ejercicio de violencia con fines sexuales, tampoco cabe, a mi juicio, aplicar la agravación pues lo veta el principio *non bis in idem*; tal es el caso, por ejemplo, en que el sujeto activo deja sin conocimiento a la víctima para tener acceso carnal con ella.

Señala Orts, por su parte, que aquí podrían entenderse ubicados también aquellos casos en que la víctima se halla imposibilitada para rechazar la violencia que se ejerce sobre ella³⁴, lo que sólo resultará posible si previamente hemos calificado estas conductas como agresiones y no como abusos³⁵. En realidad, es precisamente en estos supuestos cuando me parece que no tiene cabida la aplicación de la agravante, pues la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo, su estado de absoluta indefensión, es precisamente lo que permite calificar el hecho como agresión.

²⁷ Así, por ejemplo, cuando el autor sabe que la víctima padece una fortísima claustrofobia y amenaza con encerrarla en un lugar muy reducido.

²⁸ Frente a la pena de prisión de 10 a 15 años que establece el artículo 138 para el tipo de homicidio, cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, penetración anal o bucal o introducción de objetos y concorra alguna de estas circunstancias la pena será de doce a quince años, que se impondrá en su mitad superior si el número de circunstancias se eleva a dos o más.

²⁹ Los supuestos que afectan a la gravedad del ataque no pueden ser tampoco incardinados en la circunstancia 5.º, que hace referencia a la utilización de medios peligrosos susceptibles de producir muerte o lesiones. En todo caso, los daños a la integridad física que vayan más allá de la violencia necesaria para la realización del tipo de agresión darán lugar al correspondiente concurso de delitos.

³⁰ Señala Orts, «Abusos y agresiones sexuales...», citado, pág. 47, que los medios comisivos «han de ser objetivamente degradantes para la víctima». Coincidió en que el concepto de degradación o vejación ha de ser lo más objetivo posible, concretándose bien en el tipo de medio empleado, bien en el modo o forma de utilizarlo. Sin embargo, desde una óptica subjetiva, también puede considerarse aquello que es degradante o vejatorio

en la perspectiva cultural de la víctima, pero sólo si es conocido y aprovechado por el sujeto activo.

³¹ La realización de una conducta sexual contra la voluntad del sujeto resulta por lo general humillante en sí misma y en particular en aquellos casos de penetración bucal o introducción de objetos, por lo que, ciertamente, la aplicación en estos casos de la circunstancia cualificadora supondría vulnerar el principio *non bis in idem*. Con todo, tampoco son de descartar supuestos en los que la propia acción sexual, al margen de la violencia o intimidación utilizadas, se realiza de un modo particularmente degradante o vejatorio, lo que, a mi juicio, debería ser también objeto del reproche penal.

³² Lógicamente, la aplicación del abuso de superioridad resulta ahora incompatible, por lo que quedará reducido a los supuestos de actuación de dos personas y, en todo caso, no podrá ser apreciada si existe un reparto de papeles entre ambas para la aplicación de la violencia y la realización de la conducta sexual.

³³ «Abusos y agresiones sexuales en el Proyecto de 1994», citado, pág. 47.

³⁴ «Abusos y agresiones...», citado, pág. 44.

³⁵ Como veremos más adelante también los tipos de abuso tienen prevista, en el artículo 182.1.º una circunstancia similar

En cuarto lugar, cualifica la agresión sexual que «el delito se cometa, prevaleciendo de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima», circunstancia que me parece especialmente desafortunada cuando se parte de la base de una conducta violenta o intimidante a la que el parentesco no añade ningún desvalor; si el sentido de la agravación ha sido destacar la posibilidad de que la violencia o intimidación resulte más eficaz en estos ámbitos familiares, donde ciertamente la víctima puede hallarse en una situación de mayor indefensión, bastaba sin duda con la anteriormente comentada causa de agravación por especial vulnerabilidad del sujeto pasivo. Por ello, creo que la exigencia de que el sujeto activo se prevalezca de su relación de parentesco debe ser entendida en el sentido de que el sujeto se prevalezca de su situación de superioridad originada por el parentesco, pues de otra forma cabe que, en la práctica, se produzca una aplicación meramente objetiva de la circunstancia, lo que no dejaría de tener, contra el sentido general de la reforma, una cierta carga moralizante.

La última de las circunstancias que agravan las agresiones sexuales hace referencia a que «el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150», lo que será de aplicación tanto con respecto a los medios utilizados³⁶ para ejercer la violencia física que requiere el tipo, como en la realización de las concretas conductas sexuales y, especialmente, en el caso de introducción de objetos. Se requiere, pues, constatar la peligrosidad objetiva de los instrumentos utilizados pero, asimismo, es preciso tener muy en cuenta las características físicas del sujeto pasivo, especialmente si se trata de personas de corta edad, y, en todo caso, no basta con la mera exhibición de estos medios sino que habrá que hacer uso de los mismos como expresamente requiere el precepto³⁷. Finalmente, la circunstancia aclara que la pena se impondrá sin perjuicio de la que pudiera corresponder en caso de muerte o lesiones, previsión que realmente no resultaba necesaria pues la agravación no requiere que se produzca ningún resultado, sino que se concibe como un tipo de peligro.

3. Los tipos de abuso sexual

Mayor complejidad que las agresiones presentan los tipos de abuso sexual que, como veremos, requieren en muchos casos un notable esfuerzo interpretativo. En ellos se contienen, básicamente, aque-

llos comportamientos, antes denominados de estupro, que se caracterizan por la realización de conductas de contenido sexual sin hacer uso de violencia o intimidación. A partir de aquí, el Código distingue entre abusos realizados sin consentimiento, aquellos en los que se declara irrelevante o se presume su inexistencia y, por último, los casos de prevalimiento o engaño donde la prestación del consentimiento se halla viciada.

En cuanto al primero de los supuestos, el artículo 181,1º sanciona, con una pena de multa de doce a veinticuatro meses, la realización de actos que atenten contra la libertad sexual cuando éstos se realicen sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento; siguiendo el ejemplo de las agresiones, la pena se eleva a prisión de cuatro a diez años cuando la conducta consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, según lo previsto en el primer párrafo del artículo 182. Con todo, el principal problema que plantea este tipo básico es precisamente el de su posibilidad fáctica, pues en verdad resulta difícilmente concebible que la conducta sexual objeto del reproche se lleve a cabo sin forzar la voluntad de la víctima y que, al propio tiempo, no se ejecute sobre sujeto pasivo menor de edad, privado de sentido o abusando de su trastorno mental, supuestos para los que el artículo 181,2º reserva una penalidad diferente.

Orts sugiere que este tipo básico, que en definitiva parece concebido para acoger los contactos corporales más leves, pudiera estar destinado a los pequeños abusos que en ocasiones se producen en las aglomeraciones o de un modo sorpresivo³⁸. Creo, sin embargo, que tales supuestos tendrían mejor acomodo en la falta de vejación injusta prevista por el artículo 620,2º y ello, no sólo porque la conducta afecta aquí, fundamentalmente, a la dignidad de la víctima, sino porque su menor entidad³⁹ haría que resultara desproporcionado sancionar estos casos con una pena mayor que los de abuso por prevalimiento que se conciben como un tipo privilegiado. Naturalmente, el tipo resulta aún menos imaginable en su forma agravada, pues sin violencia ni intimidación y sin consentimiento no parece posible que un abuso pueda consistir en penetración vaginal, anal, bucal o en introducción de objetos.

Desde luego, cabe defender que tanto el tipo básico como el agravado se han creado para acoger los polémicos supuestos en que la víctima, que está consciente y por lo tanto puede manifestar su oposición a la conducta, padece, sin embargo, una absoluta incapacidad de resistencia derivada de causas naturales, lo que aprovecha el autor para llevar a cabo la conducta sexual sin violencia ni intima-

³⁶ La referencia expresa al uso de medios excluye, a mi juicio, el caso de transmisión sexual por el sujeto activo de una grave enfermedad con peligro para la vida o para la integridad en el sentido de los artículos 149 y 150 del CP. Si se produce esa transmisión con dolo directo o eventual existirá un concurso ideal de delitos entre la agresión y el homicidio o asesinato, concurso que será real en el supuesto de que la muerte sea debida a un contagio por imprudencia.

³⁷ Por ello, cuando los medios peligrosos se emplean para lograr la intimidación, la aplicación de la circunstancia agravante constituiría, a mi juicio, una clara vulneración del principio *non bis in idem* y, así, por ejemplo, si el autor exhibe un arma o in-

cluso realiza un disparo al aire para amenazar a la víctima. La aclaración, que pudiera parecer obvia, no lo resulta tanto si tenemos en cuenta la reiterada doctrina de nuestros tribunales en los casos de apoderamiento con violencia, donde resulta habitual que la mera exhibición del arma, que ya ha servido para calificar la conducta como robo, dé lugar, asimismo, a la aplicación de la agravación específica por uso de armas.

³⁸ «Abusos y agresiones...», citado, págs. 39-40.

³⁹ El abuso sexual, en estos casos, constituye una conducta instantánea a partir de la cual la falta de consentimiento de la víctima determinará que si el sujeto activo quiere seguir actuando habrá de hacerlo mediante violencia o amenaza.

ción. No obstante, y como ya he señalado, me parece francamente artificial distinguir estas situaciones de aquellas en que la incapacidad para resistir se deriva de la violencia ejercida por un tercero⁴⁰. Pero es que, además, dicha interpretación produciría una grave distorsión valorativa pues cuando los abusos, al menos los de carácter más leve, se realizaran sobre sujetos con incapacidad de resistencia, se sancionarían con una pena inferior a los ejecutados sobre persona privada de sentido, supuestos estos últimos que, aunque similares, creo que en ningún caso deben merecer un mayor reproche por cuanto no se realizan con la expresa oposición de la víctima, sino bajo la presunción de que ésta no hubiera prestado su consentimiento⁴¹. En todo caso, al no existir en la actualidad una diferencia tan excesiva de penalidad entre los tipos de agresiones y abusos⁴², el problema de calificación de la conducta resulta ahora de menor entidad que el que se planteaba en la legislación anterior.

En segundo lugar, el número 2 del artículo 181 considera en todo caso abusos no consentidos los que se ejecuten sobre menores de doce años, personas privadas de sentido o abusando de su trastorno mental, supuestos que, como es sabido, se equiparaban en la legislación anterior a las agresiones por fuerza o intimidación o a la propia violación. Ahora bien, si considerar estos casos como abusos es una medida acertada, no cabe decir lo mismo sobre su regulación, pues sólo en el tipo básico, esto es, cuando los abusos son más leves, la pena realmente se eleva; cuando la conducta consista, sin embargo, en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la sanción que corresponde aplicar es, según lo previsto por el artículo 182, exactamente la misma, lo que resulta, cuando menos, incoherente. De este modo, realizar tocamientos lascivos a menores de doce años se sanciona con una pena más grave que si el sujeto pasivo es mayor de esa edad, lo que no deja de tener su sentido, pero si la acción consiste, por ejemplo, en tener acceso carnal con ese menor no se realiza, sin embargo, un mayor reproche⁴³.

En cuanto a las concretas circunstancias que con-

templa el artículo 181, 2º, su similitud con las previstas por la legislación anterior hace que pocas novedades puedan registrarse en esta materia, lo que no obsta para que nos detengamos en algunas cuestiones especialmente polémicas. En primer lugar, el concepto de minoría de edad de doce años se refiere, como antaño, a una edad cronológica y no mental, donde se presume, *iuris et de iure*, la incapacidad para consentir de la víctima. Existe una antigua polémica acerca de cuál es el bien jurídico protegido, al negarse que los menores puedan ser titulares del derecho a la libertad sexual por su incapacidad para comprender el significado y trascendencia de estas conductas; con acierto se ha señalado que lo que se protege en estos casos es la llamada indemnidad o intangibilidad sexual de los menores, concepto que, en definitiva, puede ser concebido como el derecho a desarrollar libremente el sentido de la sexualidad⁴⁴. Por lo demás, la única cuestión que merece resaltarse es que la regulación de la imprudencia que ofrece el nuevo Código penal, el llamado sistema de *numerus clausus*, ha venido a solventar los problemas que se planteaban cuando se producía un error vencible sobre la edad del sujeto pasivo, dado que no está expresamente previsto un tipo de abusos imprudentes.

La privación de sentido alude, como es sabido, a supuestos donde el sujeto pasivo se encuentra en estado de total o parcial inconsciencia por hallarse desmayado, narcotizado, o, en definitiva, en una situación donde no puede manifestar libremente su oposición a la conducta sexual; a diferencia del caso anterior, no se declara aquí la irrelevancia del consentimiento sino que se establece una presunción sobre la falta del mismo, lo que quiere decir que resulta posible probar su existencia⁴⁵. Adviértase que la redacción del precepto, «personas que se hallen privadas de sentido», sugiere que dicha privación tenga su origen en causas naturales o en la actuación de la propia víctima o de un tercero, pero quedarían excluidos aquellos supuestos en que es el propio autor quien ha causado ese estado, que deberían ser calificados como agresiones violentas⁴⁶.

Según creo, ésta es, en efecto, la interpretación que debe prevalecer cuando la situación de priva-

⁴⁰ Existe, en efecto, general acuerdo en señalar que si el autor aprovecha que la víctima ha sido previamente inmovilizada por un tercero la conducta de acceso carnal debe ser calificada como agresión, del mismo modo que si, simultáneamente a la acción sexual, es un tercero quien la sujeta; pero si la inmovilización de la víctima es debida a la parálisis que padece o a una causa accidental, se afirma entonces que la calificación como agresión constituye una interpretación analógica cuando, en realidad, en ninguno de estos casos el ejecutor de la conducta sexual practica ningún género de violencia. En mi opinión, y salvo cuando la violencia se aplica por un tercero simultáneamente al ejercicio por otro de la acción sexual, en los demás supuestos, es decir, cuando la violencia fue ejercida por un tercero con carácter previo y cuando la víctima se halla por cualquier circunstancia inmovilizada, la solución debe ser idéntica.

⁴¹ La distorsión señalada no se produce, sin embargo, con respecto al tipo agravado previsto en el artículo 182 que, como veremos, tiene prevista para ambos casos la misma pena.

⁴² En realidad, la mayor diferencia se aprecia en el tipo básico, que en el caso de las agresiones tiene prevista pena de prisión, mientras que en los abusos la sanción es de multa. En los tipos agravados, sin embargo, la pena es siempre privativa de libertad y tiene una duración de seis a doce años para las agresiones y de cuatro a diez para los abusos.

⁴³ Quizás lo que aquí se pretendió, sencillamente, es que en estos casos la pena fuera siempre privativa de libertad, lo que no ocurre en los abusos leves sin consentimiento para los que se prevé pena de multa; el amplio margen de extensión de la pena del tipo agravado, prisión de cuatro a diez años, permitirá, por su parte, que los tribunales puedan tener en cuenta las diversas situaciones previstas por los números 1 y 2 del artículo 181.

⁴⁴ En un sentido similar Díez Ripollés, con quien comparto la opinión de que resultaba superflua la alusión a la indemnidad que muchos Proyectos de Código penal habían introducido junto a la libertad sexual y que, finalmente, no ha prosperado. *La protección de la libertad sexual*, citado, pág. 29.

⁴⁵ Se suele poner como ejemplo paradigmático los casos en que la propia víctima ingiere alcohol para deshinibirse ante la conducta sexual.

⁴⁶ La actual redacción no difiere, en realidad, de la prevista por el antiguo artículo 429,2.º, que habla sido interpretado por la doctrina señalando que resultaba indiferente que la situación de privación de sentido la hubiera provocado el autor o que éste se limitara a aprovecharse de la misma, interpretación que entonces no planteaba problemas en la práctica al estar equiparados estos casos a la violación por fuerza o intimidación. Vid., por todos, Orts, *Delitos contra la libertad sexual*, citado, págs. 99-100

ción de sentido ha sido provocada violentamente por el propio autor con la finalidad de ejecutar la conducta sexual; es evidente que resultaría absurdo que se calificaran de agresión los casos de violencia donde la víctima no llega a perder el sentido e integraran, sin embargo, el tipo más leve de abuso aquellos en los que se logra por los mismos medios que ésta quede inconsciente⁴⁷. Mayores dudas se plantean, sin embargo, cuando el sujeto activo provoca el estado de inconsciencia de la víctima utilizando medios no violentos como, por ejemplo, suministrándole un somnífero; entonces, creo que debe preferirse la calificación de abuso, pues no debe resultar irrelevante que el autor, pudiendo elegir, excluya el uso de medios que suponen un mayor riesgo lesivo.

La tercera de las hipótesis, que la conducta sexual se realice abusando del trastorno mental del sujeto pasivo, resulta, en principio, similar a la contemplada por la legislación precedente, que aludía al «abuso de enajenación»; ambos supuestos hacen referencia a que la víctima padezca una grave alteración psíquica que le impida apreciar el significado de la acción sexual a la que accede⁴⁸. No obstante, a diferencia del concepto de enajenación, el trastorno tiene un carácter mucho más amplio y ello no sólo por cuanto no se requiere que la alteración tenga un carácter permanente, sino porque, además, según reiterada jurisprudencia, no es necesario un origen patológico o morboso, sino que el trastorno puede deberse a motivos de índole emocional o afectivos⁴⁹ y, en todo caso, resulta indiferente que las causas del mismo sean internas o externas al sujeto pasivo⁵⁰.

Precisamente, por la amplitud con que doctrina y jurisprudencia conciben tradicionalmente el concepto de trastorno mental, debe propugnarse aquí una interpretación lo más rigurosa posible y, sobre todo, que atienda a la necesaria conexión entre la alteración y el concreto tipo de conductas, pues no todo enfermo mental o persona trastornada debe tener limitado su derecho a la sexualidad⁵¹. En esta orientación, y como ya sucedía desde la reforma del Código penal de 1989, creo que se encamina el requisito de que el sujeto activo ha de aprovecharse del estado de la víctima para conseguir realizar la conducta sexual, lo que supone que no basta con la existencia objetiva de esa alteración sino que el

autor ha de conocer, y ese conocimiento es lo que debe determinar su actuación, que la víctima no es capaz de comprender el significado de la conducta sexual en el momento en que ésta tiene lugar.

Por último, el nuevo Código contempla también los tradicionales supuestos de abusos sexuales por prevalimiento o engaño, donde se considera que el consentimiento otorgado por el sujeto pasivo se halla viciado. El primero de los casos, cuando la aceptación se obtiene «prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarta la libertad de la víctima», constituye, según el artículo 181,3º, un tipo privilegiado de los abusos no consentidos y se sanciona con una pena de multa de seis a doce meses; la pena será de prisión de uno a seis años cuando la conducta consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, a tenor de lo previsto en el artículo 182. Como en el llamado estupro de prevalimiento de la regulación anterior, se requiere que el sujeto activo se encuentre con respecto al pasivo en una situación de superioridad⁵², situación que puede tener su origen en múltiples causas, como la dependencia económica, las relaciones docentes, de amistad, de vecindad, etc., pero que también puede provenir del estado de desamparo o de inmadurez en que se halla la víctima⁵³; en todo caso, la existencia objetiva de esta situación de superioridad no resulta suficiente sino que, además, el autor debe prevalerse de ella, esto es, debe ser consciente de la influencia que ejerce sobre el sujeto pasivo y aprovechar ésta para sus fines sexuales, lo que supone, igualmente, la necesidad de constatar que la víctima ha consentido la realización de la conducta por el dominio moral o material que el autor tenía sobre ella.

Pero en el abuso por prevalimiento se registra, además, una auténtica novedad consistente en que ya no existe ninguna limitación basada en la edad del sujeto pasivo; como es sabido, hasta la actualidad la conducta sólo resultaba típica si la víctima tenía una edad comprendida entre los doce y dieciocho años. La supresión de ese límite, que ya había sido solicitada por la doctrina⁵⁴, me parece acertada porque, en definitiva, se trata de casos de consentimiento viciado donde el sujeto, aunque pueda ser mayor de edad, no decide libremente; es más, cabe pensar que, en muchos supuestos, las relaciones o situaciones de superioridad, especialmente las de índole laboral o económica, se darán con prefe-

⁴⁷ En contra Orts, quien sigue señalando que es indiferente que el autor aproveche el estado de la víctima o lo produzca precisamente para yacer con ella, «Abusos y agresiones en el Proyecto de 1994», citado, pág. 31.

⁴⁸ El sujeto pasivo debe hallarse en situación de inimputabilidad en el sentido que requiere la eximente 20,1.º del Código penal, que declara irresponsable al que «a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión».

⁴⁹ Así, por ejemplo, cuando la víctima se encuentre en un estado de miedo intenso no provocado sino aprovechado por el autor. Por otra parte, habrá casos de trastorno mental, como los causados por embriaguez plena, que podrán ser ubicados tanto en este supuesto como en el de privación de sentido. Algún autor, como Muñoz Conde, habían ya estimado que los casos de trastorno mental transitorio estaban comprendidos en el término enajenación previsto por el derogado Código desde la reforma de 1989; *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 396.

⁵⁰ Vid., por todas, las STS de 26 de enero y 25 de septiembre de 1981.

⁵¹ Vid. Díez Ripolles, J. L., *La protección de la libertad sexual*, citado, pág. 49.

⁵² El derogado artículo 434 aludía, en realidad, a una superioridad «originada por cualquier tipo de relación o situación»; la exclusiva utilización por el nuevo tipo del término «situación» no supone, a mi juicio, una restricción de los posibles supuestos, dado que esa situación de superioridad puede o no tener su origen en una previa relación, pero no excluye la misma.

⁵³ Sobre la variedad de circunstancias que pueden originar una situación de superioridad véase la jurisprudencia citada por Orts en *Delitos contra la libertad sexual*, citado, págs. 231 y ss.

⁵⁴ En este sentido, Díez Ripolles, J. L., *La protección...* citado, págs. 98-99, quien se refiere a los casos que pueden darse en hospitales, prisiones, etc., o entre las personas mayores de edad sometidas a internamiento y los encargados de su custodia.

rencia entre sujetos mayores de edad, cuya anterior desprotección ha venido a paliar esta reforma⁵⁵.

La exclusión del límite de edad, no se ha producido, sin embargo, en el tipo abuso por engaño⁵⁶, supuesto que sigue recogiendo el Código⁵⁷ a pesar de las críticas que siempre ha venido recibiendo por parte de la doctrina. En realidad, y como señala Orts, esta conducta, que en su día dio lugar a numerosos pronunciamientos judiciales, tiene hoy escasa aplicación⁵⁸, y ello por cuanto en la realidad social de nuestros días el medio que generalmente fue admitido como más idóneo, la promesa de matrimonio, no siempre resulta ahora constitutivo de engaño suficiente incluso en los límites de edad de doce a dieciséis años que establece la norma. Ultimamente, se han venido admitiendo otras formas de engaño en las que no encuentro ninguna razón para limitar la edad del sujeto pasivo; así, el fingimiento de estado civil o la simulación de matrimonio, e incluso cabe pensar en supuestos de falsas promesas, como la adjudicación de un puesto de trabajo, aunque la jurisprudencia ha negado expresamente la relevancia del incumplimiento de una promesa pecuniaria⁵⁹. Con todo, lo que en realidad puede ocurrir en muchos casos es que el engaño o supuesto engaño encubra una posición de prevalimiento, dado que la posibilidad de ofrecimiento coloca al sujeto activo en una posición de superioridad que determina o explica el consentimiento de la víctima. Por ello, y salvo cuando se produzca ese efectivo prevalimiento⁶⁰, creo que la legislación penal debería abandonar definitivamente su preocupación por el abuso sexual obtenido mediante engaño.

Finalmente, y del mismo modo que en el caso de las agresiones, el párrafo 2º del artículo 182 prevé dos circunstancias cuya concurrencia eleva la pena en su mitad superior cuando los abusos no consentidos o por prevalimiento consistan en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal. La primera de ellas, que recoge los antiguos supuestos de estupro-incesto, requiere que el hecho se cometa «prevaliéndose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, de la víctima». Frente a lo previsto por la legislación anterior, se contemplan aquí las relaciones de parentesco tanto adoptivas como consanguíneas, incluyéndose asimismo entre los sujetos activos al descendiente. Ahora bien, el

problema reside en que la agravación no opera automáticamente, esto es, por el mero hecho de la existencia del parentesco, sino que se exige prevalecerse de esa relación, lo que puede plantear algún conflicto con el tipo de abuso del artículo 181,3º, que sólo cabrá superar si se acepta que el prevalimiento por parentesco es un concepto distinto al prevalimiento por superioridad⁶¹.

La segunda de las circunstancias, idéntica a la prevista para las agresiones, agrava la pena «cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación»; además de lo que ya hemos comentado con anterioridad, en los casos de abuso se plantea la cuestión específica de si cabe su aplicación cuando el sujeto pasivo es un menor de doce años, pues esta circunstancia ya ha sido tenida en cuenta por la norma para describir el hecho típico. Quizás, como indica Orts, cabría distinguir aquí si la relación ha sido o no consentida por el menor y sólo en el segundo supuesto, más grave obviamente por afectar en mayor medida al desarrollo sexual, podría aplicarse la circunstancia sin vulnerar el principio *non bis in idem*⁶².

III. EL ACOSO SEXUAL

Junto a la regulación de las agresiones y abusos, la otra gran novedad del nuevo Código penal consiste en haber tipificado expresamente el acoso sexual, algo que venía solicitando la opinión pública y un sector de la doctrina penal⁶³. Ahora bien, si en líneas generales los tipos examinados merecen un juicio positivo, no cabe decir lo mismo del que ahora comentamos, cuyo antecedente es el llamado delito de sollicitación sexual por autoridad o funcionario público, también previsto en los artículos 443 y ss. del Código de 1995. Se trata, en mi opinión, de una conducta perfectamente subsumible en el delito de amenazas condicionales, que presenta graves dificultades de prueba y no pocos problemas de interpretación.

En primer lugar, hay que aclarar que la conducta prevista por el artículo 184 consiste en solicitar, y no en obtener, favores sexuales, y que si estos favores se obtienen, esto es, si se pasa de las palabras a los hechos, habrá que aplicar el correspondiente tipo de abuso de prevalimiento; de este modo, el con-

⁵⁵ Por lo demás, ello resulta coherente con la tipificación de la conducta de acoso sexual que, también sin límite de edad, sanciona la mera sollicitación de favores sexuales, pues no tendría sentido que la ley penal contemplara la conducta más leve y declarara atípica la efectiva realización del comportamiento sexual que se sollicita.

⁵⁶ En contra de la opinión que, en relación con el viejo Código, realizara González Rus, J. J., *La violación en el Código penal español*, Universidad de Granada, 1982, págs. 318.

⁵⁷ Según el artículo 183, «El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de doce años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Cuando el abuso consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis meses a tres años».

⁵⁸ Orts, E., *Delitos contra la libertad sexual*, citado, pág. 247.

⁵⁹ Vid. la STS de 8 de mayo de 1973.

⁶⁰ De nuevo aquí se produce una distorsión en la penalidad al comparar los abusos por prevalimiento y por engaño pues, en el

tipo básico, la pena prevista para el engaño resulta superior, pero cuando la conducta consiste en penetración vaginal, anal, bucal o introducción de objetos, se sancionan más gravemente los casos de abuso por prevalimiento.

⁶¹ Orts requiere, sin embargo, que el sujeto abuse de la superioridad que le confiere su relación parental pero entonces creo que su aplicación sólo cabe en los supuestos de abuso sin consentimiento del artículo 181, 1.º y 2.º pues, de otro modo, se vulneraría el principio *non bis in idem*. A mi juicio, lo que quizás haya querido el legislador es excluir la aplicación automática de la agravación por el mero hecho del parentesco cuando entre los sujetos no hay relaciones de convivencia o dependencia, pero, si este es el caso, creo que el precepto debiera haberlo reflejado expresamente, eludiendo cualquier interpretación extensiva.

⁶² Orts, E., «Abusos y agresiones...», citado, pág. 36. En todo caso, si la falta de consentimiento determina el uso de violencia o intimidación el hecho será calificado como agresión.

⁶³ En este sentido, De Vega Ruiz, J. A., «El acoso sexual como delito autónomo», Colex, Madrid, 1991.

cepto legal de acoso presenta un significado algo más restringido que el vulgar o coloquial, que, según creo, también comprende aquellas acciones consistentes en reiterados contactos corporales leves y sorprendidos⁶⁴. Desde luego, los favores de contenido sexual que se demandan pueden ser de cualquier naturaleza, esto es, tanto consistentes en acceso carnal, penetración anal o bucal, como en otras conductas más leves, y tener como destinatarios al propio solicitante o a un tercero. Naturalmente, resulta indiferente el sexo de los sujetos que intervienen en el hecho típico.

Pero no basta con la mera petición de favores sexuales para calificar la conducta como acoso; el precepto requiere, además, que el sujeto activo, prevaliéndose de la situación de superioridad en que se encuentra, anuncie a la víctima la causación de un mal si se opone a sus deseos; ello significa, entonces, que resulta indiferente la reiteración o persistencia en la solicitud sexual, esto es, lo que propiamente sugiere la palabra acoso, si éste, de modo tácito o expreso, no va acompañado de la correspondiente amenaza. Por tanto, el tipo se configura como un supuesto específico y privilegiado de amenazas condicionales de un mal no constitutivo de delito⁶⁵. En cuanto a la situación de superioridad que da lugar al prevalimiento, supone que entre los sujetos ha de mediar una relación que coloque al activo en condiciones de llevar a cabo el mal anunciado, lo que, realmente, sólo resultará posible si se ostenta una posición de jerarquía o ventaja. No obstante, y frente a lo previsto en los casos de abuso, cualquier situación de superioridad no podrá dar lugar a la aplicación del tipo de acoso, sino que ésta debe tener su origen, exclusivamente, en una relación laboral o docente, o que genere expectativas análogas a las que nacen de dichas relaciones⁶⁶.

El anuncio de un mal, por su parte, debe revestir los caracteres de seriedad y verosimilitud de cualquier amenaza, esto es, resultar creíble para la víctima, debiendo, además, estar el sujeto activo en condiciones de poder realizarla⁶⁷. Pero, más concretamente, el mal con que se amenaza ha de consistir en negarle al sujeto pasivo las «legítimas expectativas» que pueda tener en el ámbito de las relaciones ya señaladas⁶⁸, concepto que no resulta sencillo de determinar. Según creo, por expectativa debe entenderse el logro de aquellas prestaciones, mejoras o intereses a que da lugar la relación de que se trate y así, en el ámbito docente, la expecti-

va por excelencia para el alumno es conseguir superar la asignatura, pero en el campo laboral, además de la consecución o mantenimiento en el puesto de trabajo, el aumento de sueldo o el cambio de destino, entre otros, pueden tener igualmente ese carácter. Ahora bien, el problema se complica cuando se añade el requisito de que estas expectativas deberán ser legítimas, lo que pudiera ser interpretado en el sentido de que el sujeto pasivo debe tener derecho a la misma o, lo que es lo mismo, que su concesión debe ajustarse a los cauces regulares, excluyendo aquellas adjudicaciones que están en el ámbito de lo discrecional, al menos de lo que suele denominarse discrecionalidad técnica; interpretación que no sólo restringiría notablemente el ámbito de aplicación del precepto sino que incluso haría perder al mismo su sentido⁶⁹. Desde luego, lo que el término sí parece excluir son aspiraciones ilícitas o aquellas que no sean debidas en el ámbito de la relación. Por otra parte, se ha señalado que, dada la redacción del precepto, el anuncio de un bien o de una recompensa, resultará atípico⁷⁰, pero no cabe desconocer que, en muchos casos, el ofrecimiento expreso de un bien no es más que una formulación verbal equivalente al anuncio de un mal; de este modo, tan típica resulta, a mi juicio, la solicitud sexual bajo amenaza de despido como el mismo requerimiento con el ofrecimiento de continuar en un puesto de trabajo cuya duración se ha agotado pero cuya prórroga constituye una expectativa legítima; tan reprochable parece amenazar con el suspenso como solicitar a cambio del aprobado.

Finalmente, el artículo 184 plantea numerosos problemas concursales, cuya solución requiere también un cierto esfuerzo interpretativo. En primer lugar, y en el llamado concurso de leyes, el precepto se halla en relación de especialidad con respecto a las amenazas condicionales de un mal no constitutivo de delito, resultando, sin embargo, de aplicación subsidiaria respecto de los tipos previstos en los artículos 443 y 444 sobre sollicitación por autoridad o funcionario público. El problema se plantea, sin embargo, cuando la condición se cumple y el sujeto pasivo accede a las relaciones sexuales requeridas, pues cabe preguntarse si el tipo de abuso de prevalimiento en que se incurre absorbe o no al inicial acoso o si, por el contrario, nos encontramos ante un caso de concurso de delitos. A mi juicio, no existe una total identidad entre las figuras previstas por los artículos 181,3º y 184 que permita la consunción

⁶⁴ De hecho estas conductas quedaban comprendidas en el concepto de acoso que proponía penalizar De Vega Ruiz, para quien la sollicitación sexual debía ir acompañada de «gestos, expresiones, tocamientos y otros actos inequívocos». *El acoso sexual...*, citado, pág. 50. A mi juicio, sin embargo, esta figura hubiera sido difícilmente separable de la tentativa de abusos y de la falta de vejación injusta del artículo 620,2.º

⁶⁵ El privilegio, que resulta inexplicable, se produce porque, a tenor de lo previsto en el artículo 171 del Código penal, la amenaza de un mal no constitutivo de delito realizada con cualquier otra condición que no sea de índole sexual será sancionada con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.

⁶⁶ En el mismo sentido Orts, E., «Delitos contra la libertad sexual», en *Comentarios al Código penal de 1995*, T.S. Vives coord., vol. I., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 953.

⁶⁷ Entiendo que es indiferente que sea el propio sujeto activo o un tercero a instancias de éste quien pueda cumplirla.

⁶⁸ Lo que excluye que la amenaza pueda llegar a ser constitutiva de la intimidación que daría lugar, de acceder a la petición, a un delito de agresión sexual.

⁶⁹ Es indiferente por ello, a mi juicio, que el alumno merezca o no el suspenso o que al trabajador se le haya agotado la duración de su contrato, porque el motivo de la sanción reside en la ilicitud de la condición impuesta. Cuestión distinta será que, en estos casos, resulte más difícil probar que el suspenso o el despido están motivados por la negativa a la sollicitación sexual.

⁷⁰ Orts, E., «Delitos contra la libertad sexual», en *Comentarios al Código penal de 1995*, citado, pág. 951; el mismo autor pone de relieve la excepción en el caso de resolución favorable de una pretensión por autoridad o funcionario público, que dará lugar a la aplicación del artículo 443, lo que puede ocurrir especialmente en el ámbito docente.

de este último, pues, si bien es cierto que en ambos casos el sujeto activo se prevalece de su situación de superioridad⁷¹, no es menos cierto que en el tipo de acoso, además, se requiere el anuncio de la causación de un mal, conducta que quedaría sin reproche si aceptamos la tesis del concurso de leyes; ello, unido a que en los tipos de sollicitación sexual por funcionario se excluye claramente dicho criterio⁷², nos lleva a pronunciarnos en favor de la existencia de un concurso ideal de delitos entre ambos preceptos, que estarán por tanto en relación de medio a fin⁷³.

IV. LA PERSEGUIBILIDAD DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

La última de las cuestiones que también ha sido objeto de una importante reforma hace referencia a la perseguibilidad de los delitos contra la libertad sexual que, tradicionalmente, han requerido para su persecución denuncia por parte de la víctima⁷⁴ o, en el caso del menor o incapaz, de sus ascendientes, representante legal o del Ministerio Fiscal. El carácter privado de los delitos sexuales ha constituido siempre una cuestión polémica sobre la que la doctrina mayoritaria se ha mostrado generalmente cautelosa y ello por la diversidad de intereses que pueden hallarse implicados⁷⁵.

De un lado, resulta indudable que si la criminalización de este tipo de conductas no responde ya a otro motivo que la defensa de la libertad, no se comprende bien por qué únicamente aquí debe el Estado renunciar a su persecución, de modo particular en los casos más graves de acceso a la sexualidad por medio de violencia o intimidación; junto a ello, es asimismo constatable que el carácter privado resta al delito eficacia por cuanto las presiones que se ejercen sobre la víctima, bien por su entorno familiar o social, bien por el propio sujeto activo, determinan que, en muchas ocasiones, la conducta quede impune.

Pero frente a ese interés colectivo, un cierto sector de la doctrina ha puesto de manifiesto que en la defensa de la libertad, cuando va referida al ámbito

sexual, debe tenerse en cuenta que resultan también afectados, en mayor medida que en otros casos, valores como la intimidad o la dignidad humanas, que forman parte integrante del propio concepto de libertad sexual. Desde esta perspectiva, señala Díez Ripolles que el objeto de protección en esta clase de delitos está unido a contenidos «personalísimos de autorrealización personal», que pudieran resultar lesionados por las consecuencias de una perseguibilidad de oficio incluso más que por la propia acción típica⁷⁶.

Pues bien, si hasta hoy habían prevalecido los argumentos de carácter más individualista, otorgando a la víctima el pleno dominio sobre la persecución del delito, el nuevo Código penal ha modificado sensiblemente esa situación al declarar, en su artículo 191, que «para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abuso sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada⁷⁷, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia». La reforma, que también en este punto resulta a mi juicio acertada, supone pues que, por vez primera, existe la posibilidad de que el Fiscal, y no sólo la víctima, pueda iniciar la persecución de estos delitos. Bien es cierto que, cuando el Ministerio público sustituya al agraviado⁷⁸, se requiere también expresamente que aquél, mediante un juicio de ponderación motivado, establezca la prevalencia de los intereses en conflicto, lo que supone que el legislador no ha sido del todo insensible a las peculiaridades que presenta la protección de la libertad sexual⁷⁹.

Finalmente, y ampliando los supuestos de la regulación anterior, establece el nuevo texto que «cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal», si bien ahora no se requiere que el representante público realice ponderación alguna de los intereses que pudieran concurrir en el caso, lo que ciertamente no se comprende muy bien, pues también aquí pueden existir legítimos intereses para no iniciar el procedimiento, en especial cuando la víctima, mayor de edad, no se encuentra en condiciones de realizar la denuncia.

⁷¹ En favor del criterio de la absorción se ha pronunciado Orts utilizando precisamente este criterio. Obra citada en nota anterior, pág. 956.

⁷² Según el artículo 445 las penas por el delito de sollicitación sexual se impondrán sin perjuicio de las que corresponda aplicar por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos.

⁷³ Esta solución permite además evitar la incongruencia que se produciría en los casos en que la conducta sexual a la que se accede constituyese un abuso del tipo básico que tiene prevista la misma pena que el acoso sexual.

⁷⁴ Excepto en los supuestos de exhibicionismo y provocación sexual, así como en los delitos relativos a la prostitución, que eran perseguibles de oficio.

⁷⁵ Un resumen de las distintas posturas doctrinales en Díez Ripolles, J. L., *La protección de la libertad sexual*, citado, págs. 191 y ss.

⁷⁶ *La protección...*, citado, pág. 192.

⁷⁷ La expresión «será precisa denuncia de la persona agraviada...» no excluye, a mi juicio, la posibilidad de que la víctima pueda presentar querrela pues, en definitiva, tanto la denuncia como la querrela son formas de iniciar el procedimiento poniendo en conocimiento de la autoridad la noticia «crimínis».

⁷⁸ Orts mantiene, sin embargo, que el representante legal o el Ministerio Fiscal sólo pueden intervenir cuando la persona agraviada no está en condiciones de interponer la denuncia, y ello a pesar de que el segundo párrafo del artículo 191 prevé expresamente estos casos aludiendo a las personas desvalidas. «Delitos contra la libertad sexual», en *Comentarios al Código penal de 1995*, citado, pág. 974.

⁷⁹ A mi juicio, la denuncia publica a la persecución de estas conductas debe limitarse a los casos menos graves que no hayan supuesto hacer uso de violencia o intimidación.