

Consideraciones críticas sobre la nueva normativa del rapto (Análisis de la Ley 46/1978 de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto)

A. JOSE MIGUEL ZUGALDIA ESPINAR

Profesor Adjunto Interino de Derecho penal. Granada

SUMARIO: I. Introducción.—II. Consideraciones de Derecho Comparado.—III. Los raptos en los Códigos Penales españoles.—IV. Bienes jurídicamente protegidos en los delitos de rapto. 1. Determinaciones previas.. 2. Apreciaciones críticas. a) Los raptos no constituyen una categoría de los delitos sexuales. b) Los raptos no constituyen una categoría de los delitos contra la familia. c) Los bienes jurídicamente protegidos en estos delitos. 3. Conclusiones.—V. Consideraciones de «lege ferenda». 1. Desde el punto de vista jurídico. 2. Desde el punto de vista político-criminal.

I. INTRODUCCION (1)

Nacida en el marco de los acuerdos político-económicos del Pacto de la Moncloa (2), la Ley sobre modificación de los delitos de estupro y rapto es portadora de todos los aciertos y desaciertos que le confiere su origen (3). Con ella se intenta llevar al Código

(1) Vid. «B. O. E.» de 11 de octubre de 1978, núm. 243. Conviene puntuar desde este momento que las consideraciones que se van a realizar a continuación no están relacionadas con el total contenido de la Ley, sino que afectan solamente a la materia relativa a los delitos de rapto. Insistir sobre el tema de los delitos de estupro resulta innecesario después de la reciente y muy acertada aportación que al mismo ha realizado BOIX REIG, en *Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de estupro. Cuadernos de Política Criminal*, núm. 1, 1977, págs. 17 y ss. Su Tesis doctoral sobre el mismo tema se encuentra, además, en prensa.

(2) *Los Pactos de la Moncloa*. Texto completo del acuerdo económico y del acuerdo político. Madrid, 1977. Acuerdo sobre el programa de actuación jurídica y política. Código Penal. Relacionados especialmente con la mujer. «Modificación de las edades de la mujer tomadas en consideración para la tipificación del rapto (arts. 440 y siguientes) y del estupro (arts. 434 y siguientes)», pág. 83.

(3) Nos encontramos, en definitiva, ante un «consenso mínimo» orde-

penal lo que durante mucho tiempo ha constituido una reivindicación mínima a nivel ciudadano y doctrinal (4). Originariamente el Proyecto de Ley de modificación de las edades en los delitos de estupro y raptó (5) proponía la siguiente reforma: «La edad de veintitrés años que se establece en el artículo 441 se reduce a veintiuno». En el Dictamen de la Comisión de Justicia, a la vista del Informe emitido por la Ponencia (6) se propuso que la edad de veintitrés años que se establecía en el artículo 441 quedase reducida a dieciocho. La enmienda a la totalidad presentada por el Grupo Socialista del Congreso (7) proponía la derogación del párra-

denado a fijar objetivos de política legislativa «a corto plazo». Cfr. *Los Pactos de la Moncloa*, cit., pág. 75.

(4) La reivindicación referente a la reducción de las edades en los delitos de estupro y raptó había trascendido a amplios sectores doctrinales después de constituir patrimonio común de la doctrina penal española. Sostenida ya por QUINTILIANO SALDAÑA (*Sociología Sexual*, Madrid, s/f., páginas 351 y ss.), y LANGLE RUBIO (*La mujer en el Derecho Penal*, Madrid, 1911, págs. 105 y ss.), en nuestros días la opinión era unánime en cuanto a su procedencia. Vid. a modo de ejemplo: QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, tomo II, Madrid, 1963, págs. 351 y ss. SÁINZ CANTERO, J. A., en *La condición jurídica de la mujer en el Código Penal español*, Separata del Anuario de Estudios Jurídicos y Sociales de la Escuela Social de Granada, vol. IV, 1975, págs. 226 y ss., afirma que «en el área de algunos delitos contra la honestidad, sólo aparentemente resulta protegida la mujer». Realmente, como advierte GIMBERNAT ORDEIG, se protege más «a ese determinado tipo de varón que no consiente que nadie gaste bromas con su esposa e hijas; y mucho menos aún que sean ellas quienes las gasten» (cfr. *La mujer y el Código Penal español*, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1967, páginas 31 y ss. En el mismo sentido: POLAINO NAVARRETE, M.: *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Sevilla, 1975, págs. 41 y ss., y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, P. E. 2.ª ed. Sevilla, 1976, págs. 320 y ss. También el Tribunal Supremo en época muy reciente había llegado a reconocer la necesidad de la reforma. Vid. Sentencia de 24 de enero de 1977.

(5) «B. O. de las Cortes Españolas», núm. 49, de 18 de enero.

(6) «B. O. de las Cortes Españolas», núm. 84, de 20 de abril.

(7) En la Motivación de la Enmienda a la totalidad se afirmaba: «Los artículos 441 y 442 que deben ser urgentemente derogados. Por el artículo 441 se castiga al varón que raptare a una mujer mayor de dieciséis y menos de veintitrés años, aunque no mediare ningún tipo de engaño y se realizara con su anuencia. Se protege el derecho de los padres y guardadores para determinar el comportamiento sexual de la mujer hasta que cumpla la edad señalada. No exigen expresamente miras deshonestas. Existe un desfase social en cuanto este delito tiene su origen en una concepción de la mujer y de la patria potestad ya superada. El Tribunal Supremo dice que en él se tutela «el prestigio familiar, el honor doméstico o la autoridad familiar», pero por encima de éste está la libertad de la mujer a elegir su pareja y su forma de comportamiento sexual. El artículo 442 es un caso de delito de sospecha que contempla un supuesto de responsabilidad objetiva, castigando con la pena de reclusión mayor por una sospecha de asesinato. Infringe el principio de culpabilidad unánimemente criticado por toda la doctrina (sic). La mera alarma social no puede justificar el rigor de la pena. Puede dar lugar a graves casos de injusticia material. Cfr. «B. O. de las Cortes Españolas», núm. 84, de 20 de abril. Nada se dice, por el contrario, de las causas que justificaron mantener en vigor el artículo 440 en su nueva redacción.

fo 3.º del artículo 440 y la de los artículos 441 y 442. El artículo 440 debería quedar redactado de la siguiente forma: «El rapto de una persona ejecutado contra su voluntad, y con finalidad de atentar contra su libertad sexual, será castigado con la pena de prisión mayor. Si la persona raptada tuviere menos de doce años, se impondrá la misma pena aunque el rapto fuere con su anuencia» (8). La aceptación de esta enmienda transformó radicalmente el originario sentido de la reforma. Pero en última instancia, ésta no ha llegado a satisfacer, en modo alguno, elementales exigencias jurídicas y político criminales. Mi intención, dentro de los límites de este trabajo, es la de justificar esta última afirmación.

No cabe duda de que, en cuanto a los delitos de rapto se refiere, la Ley recientemente aprobada posee relevantes aspectos positivos. De muy acertada debe calificarse la derogación del artículo 442, precepto inadmisibles para una sensibilidad jurídica media. Sin precedente alguno en nuestro Derecho Histórico, suponía una grave y clara presunción de asesinato a través de la cual se intentaba proteger a la vida humana contra la mera sospecha de la comisión de un delito contra el mencionado bien jurídico. La aberrante aplicación de este precepto —afortunadamente única— por la Sentencia de 9 de mayo de 1949 nos pone claramente de manifiesto hasta qué punto nos encontramos —del mismo modo a lo que sucede en los artículos 483 y 485 de nuestro Código— ante un delito de sospecha en el que se contenía una previsión objetivista basada en el principio *versari in re illicita*, irrespetuosa para con el principio de culpabilidad que, además de suponer un grave quebranto del principio de seguridad jurídica, resultaba a todas luces, absurda e injusta. Lo mismo de afortunada resulta la derogación del artículo 441 —sutil instrumento de opresión de la mujer— y del párrafo 3.º del artículo 440 —que constituía una fuente de gravísimas dudas jurídicas difíciles de resolver de forma congruente. Acertada es también la decisión de sustituir el término *mujer* del artículo 40 por el de *persona* (9).

Pero debe destacarse ante todo que con la reforma se ha dado un importante paso adelante en la empresa de hacer cesar el tremendo y paradójico divorcio existente entre la sociedad española (10) y un Código penal que, por su propia naturaleza, está llama-

(8) Vid. «B. O. de las Cortes Españolas», núm. 84, de 20 de abril.

(9) Sobre estos extremos vid., más ampliamente, ZUGALDÍA ESPINAR, *Los delitos de rapto en el Código Penal español*. Tesis doctoral. Inédita.

(10) Efectivamente, muchos de los tipos existentes en el Código Penal bajo la rúbrica común de los «delitos contra la honestidad», no responden en absoluto a la realidad social de nuestros días. Cfr. SÁINZ CANTERO, J. A., *La condición jurídica de la mujer en el Código Penal español*, cit., páginas 228 y ss. El mismo, *La reforma del Derecho Penal sexual*. Separata del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES. Madrid, 1978. En especial, páginas 242 y 255.

do a proteger los valores fundamentales de aquélla (11). Efectivamente, partir a nivel legislativo del presupuesto de que «hasta los veintitrés años la mujer es un ser frágil, quebradizo, débil, inexperto, inmaduro e irreflexivo que puede ser auténtica libertad y libre consentimiento seducida por el artificio varonil hasta el punto de decidirse a entablar relaciones inter y heterosexuales, rompiendo así las trabas, inhibiciones, y reservas que el pudor, la moral, la religión y la sociedad imponen respectivamente de la vida sexual extramatrimonial» (12), es partir de una base absolutamente falsa: siendo así, no puede extrañar que, mediante la aplicación de los preceptos relativos a la punición de los delitos de rapto se haya llegado a situaciones que en muchos casos no pueden por menos que ser calificadas de grotescas (13).

Tales situaciones se han visto favorecidas, de otra parte, por la indefinición legal del delito de rapto (14) lo que, en detrimento de los principios de legalidad y seguridad jurídica, ha permitido la apertura de un amplio campo a la *creación* jurisprudencial. La interpretación dada a los términos «rapto» (15) y «miras deshones-

(11) Sobre hasta qué punto en materia sexual el Código Penal se ha separado de esta función protectora para convertirse en un instrumento abiertamente represivo, vid., POLAINO NAVARRETE, M., *Introducción a los delitos contra la honestidad*, cit., págs. 39 y 40.

(12) Así lo sostuvo la Sentencia de 31 de mayo de 1974 frente a la idea de que «en estos tiempos de emancipación femenina pudiera parecer a primera vista anacrónica la figura del estupro de seducción».

(13) Vid., a modo de ejemplo, las Sentencias de 20 de octubre de 1931, 19 de noviembre de 1962, 5 de febrero de 1968, 12 de febrero de 1974, 25 de marzo de 1975 y, en especial, la de 30 de marzo de 1904.

(14) Tal falta de definición—e incluso de descripción—ha llevado a la doctrina a una afanosa búsqueda del concepto. Dicha tarea no ha sido necesaria, naturalmente, en países cuyos Códigos Penales aportan sólidas bases para la delimitación típica. Los Códigos Penales de Colombia, Perú, Turquía, Suiza, Paraguay, Argentina, Venezuela, Italia y Uruguay hablan de la «sustracción o retención de una mujer...». Más gráficamente, el Código Penal mexicano se refiere al «apoderamiento de mujer...». Vid, a modo de ejemplo, SAAVEDRA VILLAMARÍN, Martha, *El rapto. Ley, Doctrina y jurisprudencia*. Bogotá, 1974, págs. 28 y ss.

(15) La polémica doctrinal en este punto es muy viva. En el sentido de exigir «admotio de loco ad locum» se han pronunciado, entre otros: PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal*, tomo IV. Barcelona, 1959, págs. 69 y ss. CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, tomo II, vol. II. Barcelona, 1972, págs. 618 y siguientes. QUINTANO RIPOLLES, A.: *Curso de Derecho Penal*, cit., págs. 352 y ss. SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Derecho Penal Español*, tomo II. Madrid, 1950, páginas 322 y ss. Esta fue también opinión dominante en los comentaristas. Excepcionalmente y con decisivos argumentos en contra, GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Salamanca, 183, págs. 129 y ss. Ahora bien, la doctrina no llegó nunca a equiparar el «rapto consentido» a la «clásica fuga de la hija de familia». Tal equiparación la realizó el Tribunal Supremo puntualizando, además, que el rapto existirá «aun cuando la iniciativa fuera de la mujer... y el varón consintiera en la comisión». Vid. Sentencias de 30 de noviembre de 1904, 20 de octubre de 1931, 19 de noviembre de 1962, 5 de febrero de 1968, 12 de febrero de 1974, 2 de junio de 1975 y 26 de marzo de 1976.

tas» (16) ha conducido a situaciones límite. «Si una mujer de veintidós años, dispuesta a liberarse de los tabúes sexuales de tipo familiar, sale una noche de su casa de acuerdo con un hombre y, tras pernoctar con él, vuelve a su casa, los padres podrían proceder contra el varón por rapto. Ahora bien, si la mujer dispuesta a liberarse lo hace hasta el punto de realizar con su amigo el acto sexual en el mismo tálamo de los padres, a éstos no les quedaría otra salida que decirles: que seáis felices y os haga buen provecho» (17).

No obstante, el texto del nuevo artículo 440 adolece de una serie de defectos a los que resulta obligado hacer una breve referencia. En primer lugar, se ha mantenido la expresión «rapto». Esto significa que la conducta típica sigue integrada por la acción de raptar. ¿No hubiera sido preferible utilizar la expresión «apoderamiento» o el binomio «sustracción-retención» a efecto de que dicha conducta hubiese quedado delimitada en su contenido y límites de una forma más clara? Téngase en cuenta que las expresiones «rapto» y «raptar» no se caracterizan precisamente por su significación clara e inequívoca. En segundo lugar, se sigue utilizando la expresión «contra» su voluntad. ¿No hubiera sido preferible utilizar otra expresión que pusiera más claramente de manifiesto que la conducta típica se realiza tanto cuando se procede «contra» la voluntad de la persona raptada como cuando se procede «sin su voluntad»? En tercer lugar, la expresión «atentar contra su libertad sexual» tiene la indudable ventaja de impedir las interpretaciones extensivas de la jurisprudencia a las que anteriormente nos hemos referido (18). Pero, al mismo tiempo, tiene también un grave inconveniente: ¿qué sucedería cuando el apoderamiento violento de la persona se realiza con la finalidad de cometer un delito sexual de los que *no atentan* contra su libertad sexual? Si como acertadamente sostiene *González Rus*, en los tipos de violación de los números 2.º y 3.º del artículo 429 no se protege el bien jurídico de la libertad sexual de la mujer violada (19), ¿sería delito de rapto el apoderarse violentamente de una mujer con la finalidad

(16) Utilizado por el Código Penal, el término «miras deshonestas» no podía tener otra interpretación que la estrictamente penal. Esto es: por mira deshonestas habría que entender «mira deshonestas penal», lo que equivale a «intención de realizar una conducta típicamente deshonestas», no teniendo la consideración de tales sino aquéllas previstas expresamente como deshonestas por el legislador penal (delitos contra la honestidad). La Jurisprudencia, por el contrario, y en tono francamente moralizante, amplió este concepto a la finalidad de «realizar cualquier comportamiento de tipo erótico-libidinoso-sexual constituya o no delito». Vid, entre otras, las Sentencias de 14 de noviembre de 1928 y 7 de mayo de 1976, que demuestran la continuidad de esta doctrina.

(17) Cfr. MAGALHAES NORONHA, E., *Direito Penal*, 9.ª edição. Sao Paulo. Brasil, 1975, pág. 192. La curiosa observación realizada para el Derecho Penal brasileño era perfectamente aplicable al español.

(18) Vid. supra nota 16.

(19) Vid. *La violación en el Código Penal español*. Tesis Doctoral. Gránada. Inédita.

de yacer con ella una vez que se la hubiera privado de sentido? Si respetamos la tesis expuesta —y la fuerza de sus argumentos obliga a que se la respete— no nos encontraríamos ante un delito de raptó (falta el requisito de la intención de atentar contra la libertad sexual de la persona raptada) sino ante un delito de detención ilegal en concurso, eventualmente, con un delito de violación caso de que el yacimiento se hubiera realizado. ¿O acaso es que el legislador ha creído erróneamente que en todos los «delitos sexuales» se protege el bien jurídico de la «libertad sexual»? (20).

Hemos afirmado, de una parte, que la Ley recientemente aprobada no satisface exigencias mínimas de política criminal ni de técnica jurídica y, de otra, que tal fenómeno resulta lógico si se tiene en cuenta que la misma no es sino el fruto de un «consenso mínimo a corto plazo» (21). Así las cosas, creemos que más que entrar en una detenida compensación de los aciertos y desaciertos de su texto a efecto de valorarla en su conjunto, lo que procede es plantear globalmente una alternativa a la misma a modo de *desideratum a largo plazo* (22). El legislador equivocó el camino cuando entró a reformar un artículo —el 440— que, como los artículos 441 y 442, debió también ser derogado. No dudamos que en el futuro subsistirán en nuestro Código penal determinadas modalidades de estupro —si bien observadas desde puntos de vista distintos a los que hasta ahora han sido objeto de atención preeminente y muy reducidas en cuanto a su extensión. Pero los delitos de raptó no se encuentran en la misma situación: respecto de ellos, lo que se discute no es su mayor o menor extensión o las edades que deban señalarse a la mujer para ser sujeto pasivo de los mismos. Lo que se cuestiona es su misma existencia.

La primera llamada de atención sobre este extremo se produjo en la discusión acerca de la Ponencia de la Comisión Centroamericana sobre el Proyecto de delitos contra el pudor y la libertad sexual para un Código penal tipo en Latinoamérica. Este proyecto tipifica expresamente los delitos de raptó entre los delitos contra el pudor y la libertad sexual. No faltaron críticas de algunas comisiones en cuanto a la forma en que se había llevado a cabo tal tipificación. Pero interesa destacar como muy significativas las objeciones de las Comisiones Colombiana, Chilena y Mexicana en las que se contenían auténticas «enmiendas a la totalidad»: esto es, a la existencia misma de unos preceptos en los que de forma expresa se tipificaran unas conductas denominadas «raptos». La Comisión Colombiana proponía sólo un cambio de ubicación de los raptos de tal forma que los no consentidos se castigasen entre los delitos contra la libertad, y los consentidos entre los delitos contra la familia. Las Comisiones Chilena y Mexicana iban más

(20) Ampliamente ZUGALDÍA ESPINAR, *Los delitos de raptó en el Código Penal español*. Cit. Inédita.

(21) Vid. supra nota 4.

(22) No más largo, claro está, que el de la entrada en vigor de un nuevo Código Penal.

allá, utilizando expresiones tan tajantes como «deben ser eliminados» y «se propone suprimirlos». Para fundamentar tal propuesta se alegaban dos razones. En primer lugar, el carácter superfluo y reiterativo de estas figuras «ya que el campo delictivo que cubren está abarcado por otras modalidades delictivas». En segundo lugar, el hecho de que pese a ser los raptos «figuras pluriobjetivas, aparece en ellos mucho más clara e inmediata la lesión al bien jurídico de la libertad y seguridad individual que la lesión a valores de naturaleza sexual» (23).

En definitiva, lo que se cuestiona en la actualidad es si los raptos deben seguir constituyendo delitos independientes —bien en el marco de los delitos contra la honestidad, bien en el de los delitos contra la libertad (24), bien en el de los delitos contra la familia—, o si, por el contrario, no debe existir tipicidad expresa alguna respecto de ellos de tal forma que sólo sean objeto de sanción penal cuando así lo exija una normativa general y correctamente estructurada sobre los delitos contra la libertad personal o la seguridad de los menores (25).

(23) Cfr. *Comisión redactora del Código Penal tipo para Latinoamérica. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES* 1977, págs. 124, 131 y 140.

(24) Este sistema de punición —del que no se puede decir se haya visto acompañado por el éxito— es el seguido en Alemania. La doctrina ha adoptado frente a estos delitos una postura cada vez más crítica. Sobre esta evolución, vid.: HAUSMANN, Willy., *Die Entführung*. Elbefeld, 1907. HEY, Rudolf., *Kinderraub und Entführung*. Breslau, 1909. BASEDOW, Martin, *Die Normativen Tatbestandselemente der Freiheitsberaubung*. Freiburg, 1935. SCHWARZ, Eberhard, *Entwicklung und Reform der Entführungsdelikte*. Tübingen, 1972. REGEL, Wolfgang, *Entziehen und Entführen Minderjährigen*. Bockum-Hövel, 1975. Toda alusión a los delitos de rapto había desaparecido ya en *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches*. Besonder Teil. Straften gegen die Person. Tübingen, 1970.

(25) No se trata, claro está, de propugnar simplemente la desaparición de los delitos de rapto en todas sus modalidades argumentando con el tan conocido como funesto razonamiento de que a los mismos resultados se llegaría mediante la utilización de otros preceptos del Código (vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *La mujer y el Código Penal Español*, cit., pág. 32, sobre la supresión del art. 428 en 1963 y *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, número 33, de 22 de noviembre de 1977, pág. 457, sobre la despenalización del adulterio y el amancebamiento). Como de lo que se trata es precisamente de evitar estos resultados, la derogación de todo precepto referente a los raptos debe ir acompañada de una profunda revisión de los delitos contra la libertad personal y la seguridad de los menores. Quizá en estos últimos se evidencia como más necesario un replanteamiento general habida cuenta del notoriamente excesivo límite de edad que en ellos se establece y el papel claramente accesorio y secundario que juega la seguridad del menor en beneficio de improcedentes consideraciones de tipo familiar. Sólo exigiendo una adecuada revisión político-criminal de estos preceptos se puede proponer —sin incurrir en el error anteriormente señalado— la derogación de todo precepto relativo a los delitos de rapto. Téngase en cuenta que la simple derogación del art. 441 no cumple en absoluto la finalidad de evitar la determinación familiar del comportamiento sexual de la mujer mayor de doce años y menos de veintiuno. Recurriendo al art. 486 del Código Penal puede lograrse hoy una *más dura represión* de los «raptos consensuales» que la que se lograba a través del desaparecido art. 441.

II. CONSIDERACIONES DE DERECHO COMPARADO

Sin duda alguna el Derecho Comparado es el instrumento que más luz arroja a toda esta controversia sobre el futuro de los delitos de rapto. Efectivamente, éste viene a evidenciar una cuestión de decisiva importancia: consideraciones de política criminal sobre las detenciones ilegales y las sustracciones de menores aparte —ya veremos más adelante el importantísimo papel que las mismas juegan en toda esta cuestión—, gran parte del problema de la procedencia o improcedencia de la tipificación expresa de los delitos de rapto se reduce a la cuestión de determinar cuál o cuáles puedan ser los bienes jurídicamente protegidos en los mismos. Y hay que reconocer que en la materia que tratamos, nada hay más controvertido —y decisivo— que este problema. El Derecho comparado constituye una clara prueba de lo que decimos.

Para algunos Códigos penales, los delitos de rapto gozan de una evidente naturaleza «sexual». Desde esta óptica, los raptos aparecen como «delitos sexuales» en los Códigos penales de Costa Rica (arts. 163 y ss.), Ecuador (arts. 504 y ss.) y México (arts. 267 y ss.). Otras legislaciones los consideran, también en esta área, como «delitos contra la honestidad»: así, los Códigos penales de Argentina (arts. 130 y ss.), El Salvador (arts. 398 y ss.) y Honduras (arts. 442 y ss.). Por último, los raptos aparecen como «delitos contra la libertad sexual» en los Códigos penales de Guatemala (arts. 181 y ss.) y Nicaragua (arts. 197 y ss.).

Otras legislaciones consideran que los raptos, bien están a caballo entre los delitos sexuales y los delitos contra la familia, bien constituyen auténticos delitos contra la familia. En este sentido, los raptos aparecen como «delitos contra las buenas costumbres y el orden de familia» en los Códigos penales de Bolivia (arts. 313 y ss.), Colombia (arts. 394 y ss.), Chile (arts. 358 y ss.), Marruecos (arts. 436 a 440 y 471 a 475), Panamá (arts. 291 y ss.), Paraguay (arts. 324 y ss.), Portugal (arts. 395 y ss.), Turquía (arts. 429 y ss.), Uruguay (arts. 266 y ss.) y Venezuela (arts. 393 y ss.).

Por el contrario, los raptos aparecen como delitos «contra la libertad personal» en las legislaciones penales de Alemania (parágrafos 236 a 238), Finlandia (parágrafos 7, 8, 9 y 14 del capítulo XXV), Grecia (arts. 327 y ss.), Holanda (arts. 281 y s.), Perú (arts. 228 y 229) y Suiza (arts. 295 y ss.).

No faltan legislaciones que, contrariamente a lo que se ha venido indicando hasta ahora, consideren a los raptos como delitos pluriobjetivos, lo que les lleva a darles asiento sistemático en diversos lugares del Código penal. Dentro de esta línea, el Código austriaco considera a los raptos como delitos contra la libertad personal (parágrafos 100 y 101) y contra la familia (parágrafo 195). El Código penal italiano opta por la distinción entre dos modalidades de raptos: aquellos que atentan contra la libertad sexual (ar-

tículos 522 a 527) y aquellos otros que lo hacen contra la familia (arts. 542 a 544).

Y, para terminar, existen también Códigos penales en los que no se contiene alusión expresa alguna a los delitos de rapto. El análisis de estas legislaciones pone claramente de manifiesto que las conductas conocidas con el nombre de *raptos* en los Códigos que prevén expresamente estas modalidades delictivas, sólo son objeto de sanción cuando efectivamente constituyan delito de detención ilegal o de sustracción de un menor. En esta línea se encuentran los Códigos penales de Bélgica, Cuba, Checoslovaquia, Dinamarca, Francia, Haití, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Puerto Rico, Rumania, Santo Domingo, Suecia, Unión Soviética, Yugoslavia y la Ley Criminal de Groenlandia. Sin que hayan llegado a convertirse en Ley, por la posición de omitir cualquier referencia expresa a los delitos de rapto se han pronunciado las Comisiones Chilena y Mexicana que intervienen en la redacción de un Código penal tipo para Latinoamérica y el Proyecto Alternativo de Código penal alemán (Parte Especial) (26).

III. LOS DELITOS DE RAPTO EN LOS CODIGOS PENALES ESPAÑOLES

Aunque sólo merecedor de elogios habida cuenta de la época en que fue elaborado, en lo que afecta a la materia que estudiamos, el Código penal de 1822 contenía un amplísimo repertorio de disposiciones extremadamente anárquico y confuso. Sancionaba las detenciones ilegales (delitos contra la libertad individual de los españoles) y las sustracciones de menores (delitos contra las personas), estableciendo agravaciones específicas para aquellos supuestos en los que la detención ilegal o la sustracción del menor se hubiera realizado para «abusar de la víctima o hacerle algún daño». Aunque indudablemente con respecto a una persona caben más «daños y abusos» que los estrictamente sexuales, no cabe duda de que no sólo los raptos violentos sino también los consensuales —éstos últimos por primera vez en nuestra historia legislativa— son objeto de una punición expresa (27).

Este es, en líneas generales, el sistema que se seguiría para la punición de los raptos en todos nuestros Códigos posteriores. No obstante, el auténtico modelo —que ha llegado virtualmente intacto

(26) Vid. supra notas 23 y 24.

(27) Vid. arts. 664 y ss. del capítulo IV (de los raptos, fuerzas y violencias contra las personas, y de la violación de enterramientos) del título I (delitos contra las personas). Nótese que aquí no aparecen los raptos propiamente como delitos contra la honestidad. Nota positiva de la normativa legal es la equiparación de hombres y mujeres como sujetos pasivos de estos delitos y la equiparación de los medios comisivos de violencia, amenaza y engaño. Nota negativa es la de haber introducido la tan criticada «presunción de asesinato» que ha llegado hasta nuestros días (art. 667).

hasta nuestros días— es el establecido por el Código penal de 1848-1850. Se parte de una distinción base: el rapto —delito contra la honestidad— puede realizarse bien contra la voluntad de la mujer cualquiera que sea su estado, condición o edad (se presume que el rapto es contra la voluntad de la mujer cuando ésta tiene menos de doce años), bien con su consentimiento si se trata de una doncella (28) mayor de doce años y menor de veintitrés (29).

Al ser el Código penal de 1870 —en cuanto a la tipificación de los raptos se refiere— copia fiel de su predecesor de 1848-50 (30), no encontramos sustanciales modificaciones en la punición de los mismos hasta el Código penal de 1928. En éste se altera la posición sistemática de estas figuras delictivas (31) aunque sus límites típicos permanecen virtualmente inalterables (32) bajo las rúbricas de «delitos contra la honestidad» y «delitos contra los menores —delitos contra la honestidad de los menores—».

El Código penal de 1932 rompe con la sistemática de su predecesor (33) y vuelve al modelo establecido por el Código de 1848-50 que tan fielmente siguió el de 1870. No obstante, las modificaciones establecidas en algunas materias impiden afirmar que sus preceptos sobre los raptos sean copia fiel de los del Código de 1870 (34).

(28) Tal exigencia sólo desaparecería con el Código Penal de 1928 —en parte— y con el de 1932 totalmente.

(29) Vid. arts. 361 y ss. del capítulo IV (rapto) del título IX (delitos contra la honestidad). La redacción de estos preceptos constituye la fuente de una serie inagotable de problemas respecto de los cuales en muchos puntos la doctrina no ha logrado llegar a un acuerdo: ni una sola indicación acerca de en qué pueda consistir exactamente la conducta típica (el término «rapto» no se caracteriza precisamente por su claridad), ausencia de especificación de los medios comisivos (¿qué lugar debe ocupar el engaño?), un oscuro término de «miras deshonestas» y, para mayor confusión, una referencia en el art. 361 a «los raptos ejecutados con miras deshonestas», lo que sembró el desconcierto en la doctrina y en la Jurisprudencia (vid. Sentencia de 22 de octubre de 1883), llegándose a afirmar la existencia de «raptos sin miras deshonestas» que podían ser perseguidos de oficio.

(30) Vid. arts. 460 y ss. del capítulo V (rapto) del título IX (delitos contra la honestidad).

(31) Estos aparecen tipificados en los arts. 611 y 612 del capítulo IV (rapto) del título X (delitos contra la honestidad) y art. 776 del capítulo IV (delitos contra la honestidad y la moralidad de los menores) del título XV (delitos contra los menores).

(32) Entre los aciertos del texto legal caben reseñarse los siguientes: desapareció la presunción de asesinato, se definió el delito de rapto, se reconoció la existencia de rapto por retención, se equiparó expresamente el rapto realizado contra la voluntad de la mujer al realizado sin su voluntad, se equiparó el hombre a la mujer en la posibilidad de ser sujeto pasivo de estos delitos, se amplió la protección de los menores no exigiéndose en algunos supuestos el requisito de doncellez y se atenuó en muchas figuras la penalidad. Ahora bien, lo precipitado de la reforma ocasionó múltiples errores técnicos —algunos de ellos muy graves— que limitaban en parte los aciertos a los que se ha hecho referencia.

(33) Vid. arts. 441 y ss. del capítulo IV (rapto) del título X (delitos contra la honestidad).

(34) Se exige la existencia de engaño *grave* para la existencia de rapto

Al Código vigente no se llegaría sino después de la reforma introducida en esta materia por la Ley de 6 de noviembre de 1942 en la que se agravó la penalidad de estos delitos. La exposición de motivos de esta reforma afirmaba: «La agravación de la penalidad establecida por la presente ley responde, no sólo al interés que el nuevo Estado consagra a la defensa de la moralidad... sino también en el sentido de... amparo y protección a la mujer. Semejante espíritu tutelar no podía cohonestarse con las menguadas penalidades establecidas para estos delitos en el Código penal de la República... que llegó en algunos casos a la más escandalosa impunidad. En este criterio fundamentalmente cristiano y humanitario se fundan estas disposiciones encaminadas a salvaguardar la honra de la mujer». El fenómeno de la agravación de la pena para estos delitos se repitió con la entrada en vigor del Código penal de 23 de diciembre de 1944. Desde aquella fecha, sólo las multas habían sido objeto de modificación.

Es, pues, nota común a todos nuestros Códigos penales el haber tipificado de forma expresa tanto los raptos no consentidos como los consentidos y el haberlos tipificado precisamente como delitos contra la honestidad. La Ley que ahora comentamos, ni estaba llamada a cambiar este rumbo legislativo, ni efectivamente lo ha cambiado. Ahora bien, si en el futuro se debe seguir esta línea o, por el contrario, debería ser abandonada —con la consiguiente derogación del artículo 440— para integrarse en la más depurada de las nuevas direcciones del Derecho comparado, es algo que no cabe decidir apriorísticamente. Sólo la determinación del objeto jurídico de los delitos de rapto y fundamentales consideraciones de política criminal podrán servir de criterios para tal toma de postura.

IV. BIENES JURIDICAMENTE PROTEGIDOS EN LOS DELITOS DE RAPTO

1. *Determinaciones previas*

Existe una profunda disparidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales respecto de la determinación del objeto jurídico en los delitos de rapto no consentidos (35) del párrafo 1º del artículo 440.

consentido, se deja de exigir la donceller en la mujer y se incorpora al articulado una norma de concurso para los supuestos en que el rapto fuera seguido de acceso carnal. Salvo la referencia al sujeto pasivo, las novedades vienen a enturbiar una vez más el panorama existente en la materia: el criterio del Código de 1822 de equiparar violencia, amenaza y engaño lo creemos más correcto. La norma concursal, de otra parte, no ha sido sino fuente de los más arduos problemas interpretativos. Por lo demás, el Código copia del de 1870 hasta los errores, de tal forma que se sigue hablando de «rapto ejecutado con miras deshonestas».

(35) El hecho de que el legislador, sin entrar en más detalles, se haya limitado a decir «contra la voluntad» de la persona, creo debe ser interpretado en el sentido de que cualquiera de los medios que tienden a pro-

No reina acuerdo entre quienes sostienen que en estos delitos existe un solo bien jurídicamente protegido. En cuanto a cuál pueda ser éste, se ha hablado de la libertad personal de la raptada (36), de su libertad ambulatoria o de locomoción (37), de su libertad sexual (38), de su seguridad personal (39), de su honestidad (40), de su honor (41) y del orden de su familia (42). Más disparidad de criterios existe aún entre los que sostienen que nos encontramos ante una figura pluriobjetiva. En este sentido se ha afirmado que los raptos analizados atentan contra la libertad y seguridad personal de la víctima (43), contra la moral pública, las buenas costumbres y la libertad sexual de la raptada (44), contra su seguridad personal y su familia (45), contra su libertad personal —que se lesiona— y su libertad sexual —que se pone en peligro— (46),

ducir el hecho sin que intervenga la libre voluntad de la víctima, deben ser considerados como incluidos en los medios comisivos típicos. Sería pues típico de este precepto el rapto llevado a cabo «sin la voluntad de la víctima» y el llevado a cabo mediante engaño si concurren en éste las circunstancias a las que nos referiremos más adelante. Cfr. TEJERA, D. V.: *El rapto*. Madrid, 1928, págs. 65 y ss. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, cit., págs. 128 y ss. GARCERÁN LAREDO, Octavio: *El rapto y su jurisprudencia*. La Habana, 1945, pág. 23. GONZÁLEZ BLANCO, Alberto: *Delitos sexuales*. México, 1969, págs. 126 y ss. También la Sentencia de 23 de octubre de 1952.

(36) Cfr. CARRARA, F.: *Programa del Curso de Derecho Criminal*. Parte especial, vol. II. Buenos Aires, 1945, págs. 491 y ss.

(37) En este sentido, CARRANCA TRUJILLO, R. y CARRANCA RIVAS, R.: *Código Penal anotado*. México, 1971, pág. 665. GONZÁLEZ BLANCO, A.: *Delitos sexuales*, cit., págs. 122 y ss.

(38) Entre otros, SANTORO, Arturo: *Rilievi critici in tema di rapto*. La Gius. Pen. 1962, II, pág. 295, y MEDA: *Il raptus in parentes*. Rit. D. P. 1932, pág. 43. ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale*, 4.ª ed., P. S. Milano, 1960, pág. 381.

(39) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Delitos contra la libertad, el estado civil y la honestidad*. El Criminalista. Buenos Aires, 1947, vol. II, pág. 153.

(40) Cfr. GÓMEZ, Eusebio: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Buenos Aires, 1940, págs. 252 y ss.

(41) Cfr. CASTRO OROZCO, J y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M.: *Código Penal explicado*, tomo II. Granada, 1848, págs. 358 y ss.

(42) Cfr. PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal*, tomo IV. Barcelona, 1959, páginas 71 y ss.

(43) Así consideraron al rapto violento GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, cit., págs. 192, 219 y ss., y LANGLE RUBIO, E.: *El Código Penal de 17 de junio de 1870*. Madrid, 1915, págs. 105 y ss.

(44) Entre otros, y siguiendo fielmente la sistemática del Código Penal italiano, vid. MAGGIORE, G.: *Derecho Penal*. P. E., vol. IV. Bogotá, 1945, páginas 83 y 91, y MANZINI, V.: *Trattato di Diritto Penale italiano*, vol. VII. Torino, 1951, págs. 329 y ss.

(45) Cfr. TEJERA, D. V.: *El rapto*, cit., págs. 65 y ss. VIZMANOS, T.ª M. y ALVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al nuevo Código Penal*. Madrid, 1853, tomo II, página 385.

(46) Es, sin duda, una de las opiniones que más luz aporta al problema que estudiamos. Cfr. DEAN, Fabio: *Voz Ratto*. Novissimo Digesto Italiano, tomo XIV. Torino, 1968, págs. 896 y ss, y MANCI: *Reati sessuali*. Torino, 1927, páginas 230 y ss.

contra su libertad personal y su pudor (47), contra su honestidad y libertad sexual (48), contra su libertad personal, su seguridad, el orden de su familia y los derechos de patria potestad y tutela que existen sobre ella (49), contra su familia y las buenas costumbres (50), contra su familia, las buenas costumbres, la libertad y la seguridad personal de la víctima (51), así como contra el orden público, la libertad de la mujer y el honor y reposo de su familia (52). La Jurisprudencia del Tribunal Supremo es algo más parca pese a considerar también que nos encontramos ante un delito pluriobjetivo. Afirma el Tribunal Supremo que el rapto no consentido ataca a la sociedad misma en la que produce gran alarma (53) lesionando la autoridad familiar (54), el orden de la familia (55) y sus sentimientos (56). Niega que este delito lo sea contra la libertad sexual de la raptada (57) y también que con él se lesione su libertad momentánea (58). Ante todo, «el delito de rapto ataca a la libertad personal de la mujer en su aspecto deambulatorio o de traslado como derecho inmanente en la personalidad, siendo objeto de protección los bienes señalados anteriormente sólo de forma muy secundaria» (59).

Más confuso aún, si cabe, se presentaba el problema de la determinación del objeto jurídico en los delitos de rapto consentidos —con o sin engaño— del artículo 441. Pese a la derogación de este precepto, la determinación de su objeto jurídico sigue revistiendo fundamental importancia. Téngase en cuenta que en el artículo 441 se tipificaban: el rapto de una mujer mayor de doce y menor de dieciséis años en su doble modalidad de plenamente consentido y engañoso y el rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés también en su doble modalidad de plenamente consentido y engañoso. Después de la derogación de este precepto resulta claro que los raptos plenamente consentidos

(47) En este sentido, PACHECO, J. F.: *Código Penal concordado y comentado*. Madrid, 1881, tomo III, págs. 143 y ss.

(48) SOLER, Sebastián: *Derecho Penal argentino*, vol. III. Buenos Aires, 1973, pág. 333.

(49) Cfr. GONZÁLEZ DE LA VEGA, F.: *Derecho Penal mexicano*. México, 1961, página 26.

(50) IZQUIERDO MORONDA, E.: *El rapto*, en *R.G.L.J.*, 1926, tomo 149, páginas 26 y ss.

(51) SÁNCHEZ TEJERINA, I.: *El delito de rapto en el Código Penal español*, en *R.G.L.J.*, 1924, tomo 144, págs. 554 y ss.

(52) En este sentido: VIADA VILASECA, Salvador: *El Código Penal reformado de 1870*, tomo II. Madrid, 1877, págs. 90 y ss.

(53) Sentencias de 6 de julio de 1916 y 12 de julio de 1928.

(54) Sentencias de 15 de marzo de 1969, 12 de diciembre de 1974 y 24 de marzo de 1975.

(55) Sentencias de 6 de junio de 1963.

(56) Sentencias de 6 de julio de 1916 y 12 de julio de 1928.

(57) Sentencias de 15 de noviembre de 1974 y 29 de enero de 1975.

(58) Sentencias de 11 de noviembre de 1974 y 29 de enero de 1975.

(59) Sentencias de 12 de julio de 1928, 7 de diciembre de 1960, 6 de junio de 1963, 7 de diciembre de 1973, 11 de noviembre de 1974, 15 de noviembre de 1974, 12 de diciembre de 1974, 29 de enero de 1975 y 24 de marzo de 1975.

han dejado de tener sustantividad propia: ahora bien, las conductas en las que consistían *pueden seguir constituyendo un delito* de sustracción de menores —en virtud de lo establecido en el artículo 485 del Código penal— cuando la víctima fuera menor de veintiún años. Pero, ¿en qué situación quedan los raptos engañosos de mujeres mayores de doce y menores de veintitrés años? En mi opinión, siempre que el engaño posea la suficiente entidad como para considerar que se ha vencido y doblegado la voluntad contraria de la mujer a la sustracción o retención, nos encontraremos ante un concurso aparente de las normas penales de los artículos 440 y 480. El principio de especialidad obligaría —cuando el sujeto activo del delito actúa con la finalidad de cometer un ulterior delito contra la libertad sexual de su víctima— a la aplicación en estos supuestos del artículo 440 párrafo 1.º. No en vano el Derecho comparado nos muestra cómo por regla general a la hora de tipificar los raptos «violentos» los Códigos penales hacen referencia a los siguientes medios comisivos: violencia, amenaza, *engaño* o llevar a cabo el delito cuando la víctima se encuentra incapacitada para resistir por cualquier causa. Así las cosas, caso de que el engaño no tenga la entidad suficiente a la que nos hemos referido podría ser de aplicación el artículo 486 de nuestro Código. *Paradójicamente*, pues, las conductas tipificadas en el precepto derogado pueden ser incriminadas —excepción hecha del rapto plenamente consentido de mujer mayor de veintiún años— en base a otros preceptos del Código. En consecuencia, parece oportuno recordar en este punto la doctrina jurisprudencial y científica sobre el objeto jurídico del desaparecido artículo 441.

Para un importante sector doctrinal, sin duda alguna mayoritario, se consideraba idéntico el bien jurídicamente protegido en todas las modalidades de raptos contenidas en el artículo 441. Para otro sector doctrinal resultaba obligado distinguir si el rapto se había llevado a cabo mediante engaño o sin que mediara engaño alguno.

Entre los que optaban por la identidad de bien jurídico protegido, las opiniones volvían a dividirse. La discusión giraba en torno a si se trataba de un solo bien jurídico o si, por el contrario, estábamos ante delitos pluriobjetivos. Entre los que sostenían que se trataba de un solo bien jurídico protegido, tampoco reinaba acuerdo. Así, los hay que consideraban que se protegía a la mujer raptada en su honestidad (60), en su libertad personal (61), en su honor (62) o en su seguridad personal (63). Otros opinaban que a quien

(60) En este sentido, GÓMEZ, E.: *Tratado de Derecho Penal*, cit., pág. 252.

(61) Vid. GANDARIAS, Manuel: *El rapto*. Revista de los Tribunales y de legislación Universal, tomo LXIII, núm. 5. Madrid, 1929, pág. 67. BINDING, Karl: *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*. Besonder Teil. Leipzig, 1902, página 116.

(62) Cfr. CASTRO OROZCO y ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Código Penal explicado*, citado, págs. 358 y ss.

(63) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Delitos contra la libertad, el estado civil*

se protegía realmente era a la familia de la raptada ya que el rapto suponía un robo a los padres, al tutor o al marido de la misma (64) y, en todo caso, impedía el ejercicio de la autoridad paterna alterando la ordenada convivencia familiar (65). Respecto de los que consideraban que estábamos ante delitos pluriobjetivos, la doctrina se dividía en dos direcciones: quienes opinaban que se protegía primariamente a la familia de la raptada y secundariamente a las buenas costumbres (66), y quienes entendían que se protegía a la familia de la raptada y secundariamente a la raptada misma (67). Respecto de los que consideraban que para la determinación del objeto jurídico de los delitos analizados había que distinguir entre los raptos plenamente consentidos y los raptos engañosos, las posturas no estaban tan encontradas. Se sostenía que en el rapto engañoso se protegía la libertad personal de la mujer (68) y en el no engañoso, ora su familia (69), ora su honestidad (70), ora su seguridad personal (71).

Nuestro Tribunal Supremo se inclinó siempre por la tesis de la identificación de los bienes jurídicamente protegidos. Para el mismo, los raptos consentidos constituían delitos pluriobjetivos en los que se tutelaba de forma primaria y esencial a la familia de

y la honestidad, cit., pág. 150. GROTZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, cit., págs. 192 y ss.

(64) Vid. MARCOS GUTIÉRREZ, José: *Práctica Criminal de España*, tomo III. Madrid, 1806, pág. 175.

(65) Vid. IZQUIERDO MORONDA, E.: *El rapto*, cit., págs. 25 y ss.

(66) En este sentido: GUBERN SALISACHS, S.: *La ruptura de promesa matrimonial*. Barcelona, 1947, págs. 88 y ss. JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, vol II. Salamanca, 1929, páginas 267 y ss. TEJERA, D. V.: *El rapto*, cit., págs. 19, 74 y ss.

(67) Cfr. MAGALHAES NORONHA, E.: *Direito Penal*, cit., págs. 117 y ss. GONZÁLEZ DE LA VEGA, F.: *Derecho Penal mexicano*, cit., págs. 406 y ss. VIZMANOS, T. M. y ALVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., página 385. LANGLE RUBIO, E.: *La mujer en el Código Penal*, cit., págs. 105 y ss. SÁNCHEZ TEJERINA, I.: *El delito de rapto en el Código Penal español*, cit., páginas 554 y ss.

(68) Vid., entre otros, GABRIELI: *Voz Ratto*. Il Nuovo Digesto Italiano, tomo X, págs. 1124 y ss. IRURETA GOYENA: *Delitos contra la libertad de cultos, rapto y estado civil*. Montevideo, 1933, págs. 55 y ss. CHIOSSONE, Tulio: *Manual de Derecho Penal venezolano*. Caracas, 1972, pág. 626.

(69) Vid, entre otros, CARRARA, F.: *Programa del Curso de Derecho Criminal*, cit., págs. 491 y ss. IRURETA GOYENA: *Delitos contra la libertad de cultos, rapto y estado civil*, cit., págs. 55 y ss.

(70) Cfr. GARCERÁN LAREDO, O.: *El rapto y su jurisprudencia*, cit., páginas 14 y ss.

(71) Salvo contadas excepciones, ésta es la postura que adopta la dogmática alemana ante el problema. Se sostiene que el rapto engañoso es un delito contra la libertad personal de la raptada y que el no engañoso constituye un delito contra su seguridad personal. En este sentido, vid. SCHWARZ, E.: *Entwicklung und Reform der Entführungsdelikte*, cit., pág. 192. WELZEL, H.: *Das Deutsche Strafrecht*. 11. Auf. Berlin, 1966, págs. 330 y ss. MAURACH, R.: *Deutsche Strafrecht*. B. T. Karlsruhe, 1969, págs. 125 y ss. BLEI, H.: *Strafrecht II*. B. T. 10. Auf. München, 1976, pág. 73. HEINZ, K.: *Die Rechtsgüter von Ehebruch und Entführung Minderjähriger*, cit., pág. 80.

la raptada (72): Se la lesionaba al extraerse de su seno a un miembro que por su edad y sexo estaba más expuesto a todo tipo de peligros (73), a la vez que se ultrajaba la tranquilidad del hogar, su buen orden (74), su santidad, paz, honor, dignidad, buen nombre y prestigio (75). También resultaban lesionados, en opinión del Tribunal Supremo, la honestidad familiar, la moralidad sexual familiar (76) y los vínculos de autoridad existentes sobre la menor dependiente (77). Sólo de forma secundaria se protegía también a la mujer raptada en su buena fama (78), libertad (79), honestidad (80) y honor (81), bienes todos ellos que resultaban lesionados por un delito que, a la vez, ponía en peligro su integridad física (82), sexual (83) y moral (84). En tercer lugar, afirmaba el Tribunal Supremo, con estos tipos se protegían también los sentimientos de honestidad públicos y la moral sexual social (85).

2. APRECIACIONES CRITICAS

El panorama doctrinal y jurisprudencial que acabamos de contemplar exige, sin lugar a dudas, un profundo planteamiento crítico. Estamos ante un claro fenómeno de «inflación» en cuanto a los bienes que pudieran considerarse protegidos en los delitos de raptó.

(72) Vid., entre otras, las Sentencias de 5 de noviembre de 1974, 18 de enero de 1975, 28 de febrero de 1976, 26 de marzo de 1976 y 27 de septiembre de 1976.

(73) Entre las más recientes: Sentencias de 20 de diciembre de 1974 y 9 de diciembre de 1975.

(74) Sentencias de 20 de diciembre de 1974, 9 de octubre de 1975, 28 de febrero de 1975 y 30 de septiembre de 1976.

(75) Vid., entre otras, las Sentencias de 10 de mayo de 1975, 27 de octubre de 1975, 19 de diciembre de 1975, 28 de febrero de 1976, 26 de marzo de 1976, 28 de febrero de 1976, 7 de mayo de 1976 y 30 de septiembre de 1976.

(76) Sentencias de 14 de mayo de 1970, 5 de junio de 1972, 10 de mayo de 1974 y 20 de diciembre de 1974.

(77) Sentencias de 26 de marzo de 1976, 7 de mayo de 1976, 27 de septiembre de 1976 y 30 de septiembre de 1976.

(78) Las Sentencias de 5 de noviembre de 1974, 18 de enero de 1975, 19 de diciembre de 1975, entre las más recientes, hacen referencia a la «devaluación del concepto público moral de la joven» que trae consigo la comisión de estos delitos.

(79) Sentencias de 26 de marzo de 1976, 7 de mayo de 1976 y 30 de septiembre de 1976.

(80) Vid. Sentencias de 4 de octubre de 1974, 28 de febrero de 1976 y 26 de marzo de 1976.

(81) Sentencia de 28 de febrero de 1976.

(82) Sentencias de 9 de octubre de 1975, 19 de diciembre de 1975 y 26 de marzo de 1976.

(83) Entre otras, Sentencias de 19 de diciembre de 1975, 26 de marzo de 1976, 7 de mayo de 1976 y 30 de septiembre de 1976.

(84) Entre las más recientes: Sentencias de 20 de diciembre de 1974, 9 de octubre de 1975, 19 de diciembre de 1975 y 27 de octubre de 1975.

(85) Vid. Sentencias de 10 de mayo de 1974, 5 de noviembre de 1974, 20 de diciembre de 1974, 18 de enero de 1975 y 30 de septiembre de 1976.

Resultaría difícil encontrar otros delitos a los que se les hubiera encomendado un cometido tan fundamental. Obedece este fenómeno en buena medida a un intento de justificar por cualquier vía lo que resultaba a todas luces injustificable: un Derecho penal aparentemente sexual, discriminatorio, no secularizado, no democratizado y, por tanto, completamente divorciado de nuestra realidad social. Se partía en el mismo de un concepto falso de la mujer, de una visión absurda del fenómeno de la sexualidad y de una concepción decadente de la familia basada en consideraciones honoríficas y de vínculos de subordinación jurídica con la clara intención de satisfacer las concepciones morales y jurídicas de un determinado tipo de familia —burguesa—, apresara a la mujer en las sutiles redes de concepciones trasnochadas de la vida y conseguir una solapada vía para una excesiva intervención penal en materias referentes a la sexualidad (86). Y es de lamentar que pese a la derogación de los artículos 441 y 442 y la reforma del artículo 440, nuestro Código penal no se haya separado en absoluto de esas lamentables coordenadas. Una inadecuada legislación sobre detenciones ilegales y, ante todo, sobre seguridad de los menores impide que la reforma operada logre unas aspiraciones que desde hace tiempo deberían ser realidad.

Ahora bien, aunque los preceptos relativos a la punición de los raptos —con todas las posibilidades de «chantaje legal» que ofrecen las normas sobre su persecución— hayan sido utilizados *de hecho* para la protección de determinadas categorías familiares y para una efectiva represión sexual, hay que reconocer que en el plano estrictamente *jurídico* estas tipologías no poseían naturaleza de delitos sexuales ni constituían auténticas infracciones contra la familia. Lo mismo cabe decir respecto de las vigentes tipologías del artículo 440.

a) *Los raptos no constituyen una categoría de los delitos sexuales.*

Si para determinar el objeto jurídico de los delitos de rapto atendemos al bien jurídico efectivamente conculcado con la íntegra realización de la conducta típica (87), observaremos dos fenó-

(86) Sobre el principio del mínimo de intervención penal en materia sexual, vid. BAUER, Fritz: *El Derecho Penal sexual en la actualidad*, en *Sexualidad y crimen* (versión de la 3.ª ed. alemana por E. Gimbernat). Madrid, 1969, págs. 14 y ss. SÁINZ CANTERO, J. A.: *La reforma del Derecho Penal sexual*, cit., en especial, págs. 239 y ss. Sobre hasta qué punto mediante la coacción del Estado se intenta imponer unas determinadas concepciones morales, vid. BACIGALUPO, E.: *Breves consideraciones sobre los delitos sexuales en el Proyecto Alternativo de Código Penal para la República Federal Alemana, preparado por los profesores de Derecho Penal*. Revista de Derecho Penal y Criminología 1968, págs. 130 y 131.

(87) Este es el criterio que utilizó CARRARA para llegar a conclusiones idénticas a las aquí sostenidas. Vid. *Programa del Curso de Derecho Criminal*, cit., págs. 491 y ss.

menos muy significativos. *De una parte*, el hecho de raptar —apoderamiento de una persona llevado a cabo por traslación o retención— no supone la realización de conducta alguna de tipo sexual con la víctima del delito. Conlleva solo la «puesta en juego finalísticamente» de unos ideales designios sexuales cuya ausencia de realización práctica no impide la existencia del delito de rapto consumado. Esto es, la consumación de los raptos no lleva aparejada en sí misma lesión alguna a bienes jurídicos de naturaleza sexual. Más concretamente, el hecho de raptar no afecta en absoluto al derecho de la persona a disponer libremente del propio cuerpo en materia sexual (libertad sexual). *De otra*, si después de consumado el rapto —por el apoderamiento de la persona— el sujeto lleva a la práctica sus designios de atentar contra la libertad sexual de la víctima realizando con la misma actos típicamente deshonrosos, incurrirá nuevamente en responsabilidad criminal; esto es, nos encontraríamos ante un concurso de delitos por el hecho de que el sujeto, además de cometer un delito de rapto lesionando o poniendo en peligro los bienes jurídicos específicamente protegidos en este delito, ha realizado posteriormente un nuevo delito por el que se ha lesionado un bien (la libertad sexual) de naturaleza sexual.

En base a estas consideraciones resulta imposible sostener que los raptos constituyan delitos sexuales. Los raptos no conllevan actividad sexual alguna, ni lícita, ni ilícita. Lo único que pueden tener de «sexual» es la finalidad que inspira al autor: sólo supervalorando (o, mejor, desvalorando) ésta, se pueden arrancar los tipos de rapto del lugar que sistemáticamente les corresponde para llevarlos al marco de los delitos sexuales. Y en tal supradesvalorización ha incurrido el legislador penal español al tipificar los raptos entre los delitos contra la honestidad (88) dando preferencia al bien jurídico que se pone en peligro (la libertad sexual) sobre el bien jurídico que efectivamente se lesiona (89).

Efectivamente, los raptos son delitos «próximos» (90) a los delitos sexuales. Ahora bien, el legislador no debe guiarse por estas proximidades —ya lo ha hecho, también erróneamente con determinados delitos contra la vida, integridad y libertad de las personas que aparecen tipificados entre los delitos contra la propiedad (91)— sino por la auténtica naturaleza del delito en cuestión y es evidente que la de los raptos no es precisamente sexual.

(88) Indudablemente, los raptos no son «delitos contra la honestidad», esto es, delitos que lesionen un bien jurídico denominado «honestidad». Como afirma POLAINO NAVARRETE, la «designación legal de honestidad tiene el valor de una rúbrica abstracta de plural significación. Concebida como bien jurídico en sí mismo sustancialmente apreciado, carece en cambio de sentido». Cfr. *Introducción a los delitos contra la honestidad*, cit., pág. 42.

(89) Ha procedido, pues, incurriendo en el mismo error al que hacían referencia DEAN: *Ratto*, cit., págs. 396 y ss. y MANCI: *Reati Sessuali*, cit., páginas 230 y ss.

(90) En este sentido, cfr. BLEI, H.: *Strafrecht II*, cit., págs. 142 y ss.

(91) Vid. artículo 501, núms. 1 y 2 del Código Penal.

b) *Los raptos no constituyen una categoría de los delitos contra la familia.*

No cabe duda de que determinadas modalidades de raptos han venido jugando en nuestro Derecho positivo como auténticas figuras en las que se protege —de facto— a la institución familiar que «padece el robo» de uno de sus miembros. Ahora bien, creemos que tal fenómeno no es sino una desviación generalizada, fundamentalmente, por nuestro Tribunal Supremo. Desde el punto de vista estrictamente técnico es insostenible la afirmación de que los raptos —en general— o determinadas modalidades de los mismos —en particular— constituyen delitos contra la familia de la persona raptada. Baste tener presente las siguientes consideraciones.

En primer lugar, los delitos de rapto existirán aunque la persona raptada carezca absolutamente de familiares o guardadores. Este dato es lo suficientemente significativo como para poner de manifiesto la irrelevancia de consideraciones familiares en estos delitos (92). Nuestro Código penal permitía y permite el mantenimiento de esta tesis ya que para la existencia de los raptos consensuales no exigía —a diferencia de lo que sucede en el art. 486— que la mujer fuera inducida a abandonar precisamente «la casa de sus padres, tutores o encargados de su persona». Por el contrario, el delito existía —y podía ser perseguido de oficio— en los supuestos en los que la raptada fuere «de todo punto desvalida» (93), bien por carecer absolutamente de familiares o guardadores, bien porque éstos hubieran abandonado de facto su derecho-función de protegerla y ampararla. Lo mismo cabe decir en la actualidad respecto de los raptos del artículo 440. Dado que sin familia puede haber delito de rapto, no se comprende que el rapto sea un delito contra la familia.

En segundo lugar, la irrelevancia del consentimiento de los familiares o guardadores de la raptada en orden a justificar los delitos de esta especie de los que la misma sea víctima, nos pone claramente de manifiesto que del bien jurídicamente protegido en estos delitos no pueden disponer dichos familiares o guardadores por la sencilla razón de que no son sus titulares (94). Una vez más, el Derecho positivo permite el mantenimiento de esta tesis. El consentimiento de los guardadores respecto del rapto de que ha sido víctima su protegida puede significar que se ha producido

(92) Ya CARRARA se había pronunciado en este sentido. Vid. *Programa del Curso de Derecho Criminal*, cit., págs. 497 y ss.

(93) Art. 443, párrafo 3.º. Sobre este concepto vid. GIMENO SENDRA, José Vicente: *La querrela*. Barcelona, 1977, págs. 143 y 144.

(94) Excepcionalmente el Tribunal Supremo ha reconocido la existencia en estos delitos de unos «intereses superiores a los de las voluntades de los guardadores de la menor» que la ley se encarga de defender. Vid. Sentencias de 14 de abril de 1973 y 7 de octubre de 1973.

el abandono del «derecho-función» de protección: en estos supuestos no solamente el rapto no queda justificado sino que se podrá proceder de oficio contra el raptor. Bien significativo es también el dato de que «el perdón del representante legal, protector o guardador de hecho» del menor de dieciocho años o incapaz necesite, «oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente». La ausencia de disposición de los familiares o guardadores sobre el bien jurídico protegido en los raptos es evidente. Y tal ausencia de disposición llega hasta el extremo de que si un familiar o encargado de la guarda de la mujer llega a perpetrar un delito de rapto sobre la menor o a cooperar en él, no sólo incurre en responsabilidad criminal (¿cómo incurrirá en responsabilidad criminal el titular del bien jurídicamente protegido?), sino que, además, esta responsabilidad se prevé agravada (95).

Un argumento definitivo para considerar que los raptos no son delitos contra la familia de la raptada se encontraba en el artículo 441 del Código penal. Se castigaba allí, el rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés. Esto es, el rapto era punible tanto si la mujer era mayor de dieciséis años y menor de veintiuno, como si era mayor de veintiún años y menor de veintitrés. ¿Cómo puede sostenerse que en estos delitos se protegía la autoridad familiar y las instituciones de la patria potestad y la tutela, si las mismas, ope legis, habían dejado de existir desde la emancipación de la mujer o, en todo caso, desde su mayoría de edad? Afir-mar que el rapto de una mujer no sometida a patria potestad era un delito contra la patria potestad, carece absolutamente de sentido (96).

c) *Los bienes jurídicamente protegidos en estos delitos.*

El auténtico sujeto pasivo de los delitos de rapto no es, por tanto, la familia de la persona raptada, sino la persona raptada misma quien a su vez es objeto material de la conducta tímica. Y el bien jurídico del que ésta es titular no goza precisamente de naturaleza sexual: por el contrario, lo constituye su libertad personal ambulatoria o su seguridad personal según los casos. Se establece esta distinción porque no creemos que exista un mismo bien jurídicamente protegido para todas las modalidades de este delito. En nuestra opinión, constituían delitos contra la libertad personal de la víctima los raptos engañosos de mujer mayor de doce años y menor de veintitrés. Constituían delitos contra su seguridad personal los raptos llevados a cabo sin mediar engaño alguno siendo la mujer mayor de doce años y menor de veintitrés (!). En la actualidad, constituyen delitos contra la libertad

(95) Vid. artículos 445, párrafo 1.º, y 452 bis g) del Código Penal.

(96) Téngase en cuenta que por la Ley de 22 de julio de 1972 se modificó la desafortunada redacción del artículo 321 del Código Civil referente a las mujeres menores de veinticinco años. El poco sentido que pudiera conservar el mantenimiento de esta doctrina desapareció a raíz de aquella fecha.

personal ambulatoria de la persona raptada los raptos ejecutados contra su voluntad (mediante violencia, amenaza o engaño). Constituyen delitos contra la seguridad de la persona raptada los ejecutados sin la voluntad de la misma y los llevados a cabo a través de cualquier medio comisivo siendo la víctima menor de doce años. Resulta necesario realizar algunas precisiones en apoyo de esta tesis.

En primer lugar, entendemos la «libertad personal ambulatoria» en el sentido de libertad de locomoción, esto es, libertad de traslación física, de residencia o movilidad (97). Con otras palabras: la facultad de determinar libremente y en cada momento la propia situación espacial. Este es el bien que resulta primaria y esencialmente lesionado cuando una persona, v. gr., encierra a otra con cierto carácter de permanencia a efecto de permitirse ulteriores atentados contra su libertad sexual. Así entendido, claro está que el rapto supone un peligro para determinados bienes de naturaleza sexual de la persona raptada —piénsese en la inminencia del ataque sexual cierto. Pero este peligro resulta evidentemente secundario en el hecho mismo de raptar, puesto que éste conlleva primariamente una obligada privación del bien jurídico libertad personal ambulatoria como paso previo —e independiente incluso en su sanción— al posible, no esencial, y siempre posterior ataque a la libertad sexual.

En segundo lugar, resulta preciso distinguir el engaño de la simple seducción más o menos veraz (98). No tiene la misma relevancia ni consecuencias jurídicas el «hacer actuar a una persona de una forma por ella no querida» doblegando previamente su libertad mediante el engaño, que el hacerla actuar en un determinado sentido —querido por ella— después de haberla seducido, conquistado o incitado a ello por medio de ruegos, halagos o promesas en los que la verdad haya quedado más o menos falseada (99). Cuando la voluntad de la persona raptada resulta vencida por la violencia moral del engaño de que ha sido objeto, padece su libertad personal ambulatoria (100). Cuando sólo media seducción, la

(97) Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA: *Derecho Penal mexicano*, cit., págs. 405 y ss. CARRANCA TRUJILLO, R. y CARRANCA RIVAS, R.: *Código Penal anotado*, cit., págs. 665 y ss. También, Sentencias de 15 de noviembre de 1964, 29 de enero de 1975 y 24 de marzo de 1975. Vid., además: SÁINZ-PARDO CASANOVA, J. A.: *Detenciones ilegales* (análisis del art. 186 C. P.). *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 2, págs. 153 y ss., y VIVES ANTÓN, T. S. y GIMENO SENDRA, J. V.: *La detención*. Del primeramente citado, *Detenciones ilegales*. Barcelona, 1977, páginas 13 y ss.

(98) Es éste un dato al que el legislador, con las excepciones de los Códigos Penales de 1822 y 1932, no ha prestado demasiada atención.

(99) No es lo mismo, efectivamente, fingirse policía y coaccionar engañosamente a una mujer para ir a declarar a una supuesta Comisaría, que «persuadir suavemente o cautivar» el ánimo de una novia para iniciar un viaje utilizando la promesa —falsa— de un posterior matrimonio.

(100) No debe extrañar, por consiguiente, la equiparación de los medios comisivos de violencia, amenaza y engaño que, para los delitos de rapto, se establece en los Códigos Penales de Finlandia, Marruecos, Portugal,

víctima —convencida, no forzada— se limita a hacer uso de su propia libertad (101).

En tercer lugar, se ha afirmado que los raptos ejecutados sin la voluntad de la persona raptada y los llevados a cabo siendo ésta menor de doce años, no constituyen delitos contra su libertad ambulatoria, sino contra su seguridad personal. Obedece esta afirmación a dos motivos diferentes pero con cierta base común. El concepto de libertad es por sí mismo «amplísimo, relativo e indeterminado y abarca, de un lado, a un amplio aspecto de la misma que se refiere a la propia persona individual como requisito esencial e inalienable del hombre y, de otro, a un sentido restringido de la misma que, como facultad, se refiere a ciertas manifestaciones de la libertad en general» (102). La libertad en general es algo que existe en toda persona por el hecho de serlo y, como atributo del ser humano vivo, la tiene tanto el recién nacido como el enajenado o la persona plenamente capaz. Pero esta libertad humana, dada su amplitud e indeterminación no puede ser objeto de protección penal (103). El Derecho penal sólo puede proteger determinadas manifestaciones de la misma: libertad de expresión, libertad sexual, libertad religiosa, etc. Todas estas manifestaciones de la libertad requieren una cierta capacidad en el ser humano para su existencia (104). Concretamente, la manifestación de la libertad que menor capacidad requiere en el sujeto es la libertad de locomoción, de traslación o ambulatoria ya que sólo exige la posibilidad de ejercer «una voluntad natural, no valorada, de movimiento» (105).

No cabe duda de que esta capacidad está presente en personas mayores, menores, inimputables, paralíticos, etc., ya que todos ellos

Argentina, Colombia, Panamá, Turquía, Venezuela, Uruguay, Alemania, Suiza, Grecia, Perú, Brasil, México, Austria e Italia. Tal equiparación se realizó también en el artículo 665 del Código Penal español de 1822. Compárense los artículos 480 y 486 y cfr. con CORDOBA RODA, J.: *El delito de detenciones ilegales en el Código Penal Español*. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1964, págs. 397 y ss.

(101) Es este ejercicio de la propia libertad el que debe amparar, y no sancionar, nuestro Código Penal. El artículo 441 suponía en buena medida un auténtico ataque al bien jurídico de la libertad de la mujer realizado a nivel legislativo. Exceptuamos, claro está, los delitos contra la seguridad de los «auténticamente» menores: a efectos penales no deberían considerarse como tales a aquellos que, sin haber alcanzado la mayor edad civil, pueden responder criminalmente de sus actos. El límite máximo de los dieciséis años ha sido ya reclamado para los delitos de estupro por BOIX REIG, J.: *Consideraciones político criminales en torno a los delitos de estupro*, cit., págs. 17 y ss.

(102) Cfr. CAMAÑO ROSA, A.: *Delitos contra la libertad*. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1967, págs. 57 y ss.

(103) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal español*. P. G. Madrid, 1975, pág. 339.

(104) El recién nacido, en cuanto ser humano vivo, es un ser libre. Ahora bien, no puede pretenderse que posea una «libertad de expresión» para la que no está capacitado.

(105) Vid. CORDOBA RODA, Juan: *El delito de detenciones ilegales en el Código Penal español*, cit., págs. 383 y ss.

tienen la «posibilidad de querer». A sensu contrario, se deduce que en todas aquellas personas que no tengan dicha posibilidad, que no posean voluntad natural no valorada de movimiento, mal podrá existir una libertad ambulatoria o de locomoción. Si las concretas libertades que protege el Derecho penal no son sino manifestaciones de la voluntad, la ausencia de voluntad en la persona impide la existencia de las concretas libertades y, lógicamente, su protección penal. Hay que considerar, por consiguiente, que cuando el rapto se lleva a cabo sin que intervenga la voluntad de la víctima por estar privada de la misma, mal puede protegerse una libertad ambulatoria inexistente (106). En estos supuestos, es la seguridad de la víctima lo que constituye el objeto de protección penal habida cuenta de la situación de «inferioridad e indefensión» en que la misma se encuentra. De la misma forma, tampoco puede decirse que se proteja la libertad ambulatoria de la persona raptada cuando el delito se lleva a cabo sobre una víctima menor de doce años que está privada de sentido (107) o, simplemente, que sea recién nacida. Otro tanto ocurre cuando se rapta a un menor de doce años con su consentimiento y sin engaño alguno. Indudablemente habrá supuestos en los que, como consecuencia del rapto, sufra la libertad ambulatoria de la víctima menor de doce años. Pero si quiere establecer un objeto jurídico «unitario» para todos los raptos de persona menor de doce años, este objeto jurídico no puede ser sino la seguridad personal de la persona raptada. Dicha seguridad se pondrá siempre en peligro habida cuenta de que el rapto es un apoderamiento que tiene como finalidad el cometer un ulterior delito contra la libertad sexual de la persona raptada (108).

(106) Sentido éste ya apuntado por CONTIERI, E.: *La congiunzione carnale violenta*. Milano, 1958. Sobre la «intangibilidad» de determinadas personas, vid. págs. 10 y ss.

(107) No de razón ya que en estos supuestos existe libertad ambulatoria.

(108) Si nos mantenemos fieles a la tesis de GONZÁLEZ RUS (cfr. supra nota 19), según la cual el bien jurídicamente protegido en los números 2.º y 3.º del artículo 429 *no es* la libertad sexual de la mujer violada, habría que mantener paralelamente la *imposibilidad jurídica* de llegar a aplicar en alguna ocasión el párrafo 2.º del artículo 440, así como la imposibilidad de aplicar el párrafo 1.º del mencionado precepto cuando al rapto realizado contra la voluntad de la mujer sigue un yacimiento de los tipificados en el número 2.º del artículo 429. La razón de esta imposibilidad es clara: el artículo 440 exige la finalidad de atentar contra la libertad sexual de la persona raptada y los yacimientos tipificados en los números 2.º y 3.º del artículo 429 no atentan contra la libertad sexual de la mujer violada. El legislador, sin duda, no midió bien el alcance del término «libertad sexual» cuando lo incorporó al texto del artículo 440. Pero el razonamiento expuesto, aunque lógicamente correcto, conduce a resultados absurdos. ¿No es absurdo acaso tener que acudir a los preceptos del Título XII del Libro II de nuestro Código para tipificar como detenciones ilegales o sustracciones de menores los «raptos» de mujeres respecto de las cuales no cabe atentar contra su libertad sexual por el hecho de que sus particulares circunstancias les impiden ser titulares del mencionado bien jurídico? Para evitar tan absurda situación—sin duda no querida o no prevista por el legislador—

Por último, se ha afirmado que el rapto consentido no engañoso de una mujer mayor de doce años y menor de veintitrés constituía un delito contra su seguridad personal habida cuenta de la posibilidad de que fuera víctima («con miras deshonestas») de un ataque al bien jurídico libertad sexual o a otro distinto. Puntualicémos que este peligro era solamente remoto y que cuanto mayor fuera la edad de la mujer esta lejanía sería también cada vez mayor: nos encontramos ante un bien jurídico que, para determinados supuestos, había que reconocer que venía «impuesto por la ley» contra todo fundamento razonable.

3. Conclusiones.

Los bienes que eran objeto de protección jurídica en los artículos 440 a 442 de nuestro Código se identificaban (109), pues, con aquellos a los que el legislador había querido ofrecer protección (110) en su Libro II, Título XII (delitos contra la libertad y seguridad). Tal identidad de bienes jurídicamente protegidos en uno y otro lugar de nuestro texto punitivo es fácilmente demostrable por una vía diferente a la que ya ha sido utilizada. Téngase en cuenta el estrecho paralelismo que existía entre el artículo 422 y los artículos 483 y 485. Pensemos además por un momento que quedara derogado el nuevo artículo 440. ¿Quedarían impunes las conductas —raptos— que en el mismo se tipifican? En absoluto. Es más, la punición de las mismas podría encontrar en algunos supuestos una notable agravación. No en vano los raptos del párrafo 1.º del artículo 440 encontrarían paralela sanción en el artículo 480. Con arreglo a este precepto o en base a los artículos 484 ó 486, según los casos, se podría sancionar el rapto del párrafo 2.º

caben tres soluciones. En primer lugar, la de considerar que en todo delito de violación se protege la libertad sexual de la mujer violada. Esta solución es inadmisibles por ser científicamente falsa tal como GONZÁLEZ RUS ha puesto de manifiesto claramente. Sólo restan dos soluciones con visos de validez. En primer lugar, la de interpretar el término «finalidad de atentar contra la libertad sexual» de una forma amplia, como alusivo a «finalidad de realizar cualquier comportamiento sexual delictivo». En segundo lugar, la de considerar que se debe atender más a la intención del sujeto activo del delito —en su conocimiento vulgar— que a determinados planteamientos doctrinales por mucha base científica que posean. Desde este punto de vista, la sustracción violenta de una mujer de once años⁹ realizada con la finalidad de tener un posterior acceso carnal con la misma podría ser tipificada como delito de rapto con tal que el raptor supiera que su finalidad —bien jurídico de la libertad sexual aparte— interferiría delictivamente en la esfera sexual de su víctima.

(109) Y se sigue identificando en parte puesto que conserva su vigor el artículo 440. Las modificaciones en su redacción no afectan a su objeto jurídico.

(110) Hasta qué punto lo haya logrado es algo muy discutible, habida cuenta del tenor del artículo 486, en el que se olvida precisamente a los menores más precisados de protección: aquellos que no habitan en «la casa de sus padres, tutores o encargados de su persona».

del artículo 440. Pero es que de otra parte, se ha derogado el artículo 441 de nuestro Código. ¿Significa esto acaso que las conductas que en el mismo se tipificaban son actualmente impunes? Con la excepción del rapto plenamente consentido de mujer mayor de edad y menor de veintitrés años, hay que afirmar que dicha derogación no conlleva la impunidad de las conductas a las que hemos hecho referencia. *Se las puede sancionar* —más gravemente incluso— aunque *modificando el título de imputación*. Los artículos 486 y 480 cubrirán los supuestos de rapto consentido sin engaño y rapto engañoso de mujer menor de edad a los que se refería el derogado artículo 441. El paralelismo, pues, es absoluto. Las «miras deshonestas» constituían el factor que permitía distinguir (111) a los raptos de los delitos de detenciones ilegales y sustracciones de menores, por lo que la aplicación de los preceptos relativos a aquellos suponía siempre el previo planteamiento y resolución de un concurso aparente de normas penales que debía resolverse en favor de los raptos en virtud del principio de especialidad (112). La aplicación del artículo 440 en la actualidad planteará también el mismo problema concursal. La especialidad radica ahora en la «finalidad de atentar contra la libertad sexual» de la persona raptada.

(111) Aparte los diferentes límites de edad y la exigencia típica en cuanto a las condiciones en las que ha de llevarse a cabo la sustracción del menor, el dato anímico de que el sujeto activo actuará movido por miras deshonestas era el que más claramente permitía distinguir los delitos que estudiamos de los de detenciones ilegales y sustracciones de menores. La finalidad de atentar contra la libertad sexual de la persona raptada juega ahora idéntico papel en el artículo 440 respecto de los delitos antes mencionados. En este sentido, vid. CASTRO OROZCO y ORTIZ DE ZUÑIGA: *Código Penal explicado*, cit., pág. 358. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, cit., págs. 192, 209 y ss. GANDARIAS, M.: *El rapto*, cit., pág. 66. SÁNCHEZ TEJERINA, I.: *El delito de rapto en el Código Penal español*, cit., págs. 556 y ss. CUELO CALÓN, E.: *Derecho Penal*, cit., página 618. PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal*, cit., pág. 72. POLAINO NAVARRETE, M.: *Introducción a los delitos contra la honestidad*, cit., págs. 64 y s. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Curso de Derecho Penal*, tomo II, cit., pág. 353. SÁINZ CANTERO, J. A.: *Derecho Penal II*. Unidades Didácticas redactadas para la UNED. Madrid, 1974. Unidad/2, pág. IX/6. CARRARA, F.: *Programa del Curso de Derecho Criminal*, cit., págs. 491 y ss. ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale*, cit., pág. 381. GONZÁLEZ DE LA VEGA: *Derecho Penal mexicano*, cit., página 314. IRURETA GOYENA: *Delitos contra la libertad de cultos, rapto y estado civil*, cit., págs. 66 y ss. GARCERÁN LAREDO, O.: *El rapto y su jurisprudencia*, cit., págs. 11 y ss. La descripción típica de los delitos de sustracciones de menores que establece el Código Penal italiano—de la que están ausentes los defectos de los que participa nuestro Código—ha permitido a PISAPIA realizar la contundente y significativa afirmación de que «los delitos de detenciones ilegales y sustracciones de menores se caracterizan por la nota negativa de no ir inspirado su autor por miras deshonestas. Cfr. *Delitti contro la famiglia*. Torino, 1953, pág. 773.

(112) No es obstáculo para esta forma de resolver el concurso el hecho de que suponga un incomprensible beneficio para el reo. Aunque creemos que no fue ésta la intención del legislador, lo cierto es que los raptos han llegado a constituir tipos privilegiados respecto de las detenciones ilegales y las sustracciones de menores.

V. CONSIDERACIONES DE LEGE FERENDA.

Desaparecidas hoy todas las razones que en otros tiempos pudieron justificar dicha especialidad, desaparece también la necesidad y conveniencia de que los raptos sigan siendo objeto de una tipificación expresa por parte de nuestras leyes penales. Cabe proponer, por consiguiente, la derogación del artículo 440 en una futura reforma del Código o, mejor aún, que ninguna figura de *rapto* llegara a figurar como delito independiente en un futuro y nuevo Código penal. Los apoderamientos de personas con fines sexuales que *realmente sean intolerables* a nivel social deberán encontrar su adecuado tratamiento en una correcta normativa general sobre los delitos contra la libertad y seguridad de las personas. Esta alternativa al sistema hoy todavía vigente pese a la reciente reforma viene exigida por superiores razones de técnica jurídica y política criminal.

1. Desde el punto de vista de técnica jurídica.

Al ser los delitos de rapto del artículo 440 meras modalidades cualificadas de otras figuras criminales, la pérdida de razón de ser en la causa de especificación convierte al mencionado precepto en una disposición superflua y reiterativa. Su eliminación, su supresión, aparece, pues, indicada. Efectivamente, el campo delictivo que cubre el artículo 440 está abarcado por otras figuras delictivas. Y pese a que son varios los bienes jurídicos que en el mencionado precepto se protegen, aparece en el mismo mucho más clara e inmediata la lesión al bien jurídico de la libertad y seguridad individual que la lesión a valores de naturaleza sexual (113). Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la existencia del artículo 440 del Código penal sólo puede ser calificada de desafortunada.

2. Desde el punto de vista de política criminal.

Si se propone la derogación del artículo 440 de nuestro Código—o lo que es lo mismo, que los delitos de rapto no lleguen a figurar como tales en un futuro texto legal— no es porque se piense que «a los mismos resultados cabe llegar mediante la utilización de otros preceptos del Código penal» —lo que, por lo demás, es rotundamente cierto como hemos visto—, sino porque, por el contrario, creemos que a tales resultados no debe llegarse de ningún modo. Precisamente por ello creo que la eliminación de los raptos de nuestro Código debe ir acompañada de una profunda reforma de los delitos de detenciones ilegales y, sobre todo, de los

(113) Vid. *supra* nota 23.

delitos contra la seguridad de los menores. En este aspecto, la entrada en vigor de la Constitución —al establecer la mayoría de edad en los dieciocho años— supondrá un importante paso adelante. Pero no eximirá de la necesidad de reformar los preceptos penales a los que nos hemos referido.

Al hacer desaparecer de nuestro Código la referencia a los delitos de rapto —la reciente reforma sigue insistiendo en la vía de su punición expresa— se empezaría a liberar a nuestro ordenamiento punitivo de toda la carga ideológica que los mencionados delitos llevan consigo. Esto es: una fuerte carga moralizante, una notable carga de inseguridad jurídica, un buen número de absurdos y un apartamiento de la normativa penal de la realidad social para la que rige. Estaríamos entonces en condiciones de afrontar el problema de cómo articular una efectiva protección de la libertad humana y la seguridad de los menores sin concesiones a trasnochadas y decadentes concepciones de la vida, la sexualidad y la familia.

