

Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

El artículo 429 del Código penal español castiga en su número 1 con la pena de reclusión menor (esto es: privación de libertad de doce años y un día a veinte años) el yacimiento con una mujer cuando se usare fuerza o intimidación (1).

I. EL CONCEPTO DE VIOLACION USANDO DE FUERZA

Antes de entrar en el estudio de la violación por intimidación, y precisamente porque nos va a ser muy útil para determinar el alcance de ésta, voy a examinar brevemente la primera modalidad del artículo 429, número 1: la violación cometida con fuerza. Ahí son imaginables dos situaciones distintas.

1. Primera situación: La violencia empleada hace físicamente imposible la resistencia de la mujer. Estamos entonces ante la vis absoluta, ante la fuerza irresistible. Ejemplos: La mujer es atada e inmovilizada o es sujeta por varias personas mientras el autor yace con ella. Que el empleo de vis absoluta es "fuerza" en el sentido del artículo 429 está fuera de discusión.

2. Pero en la práctica estos casos no son los más frecuentes: los más frecuentes son aquellos otros en los que el autor empieza por aplicar violencia y entonces la mujer, ante el temor al dolor físico que le producirían las posteriores violencias o dándose cuenta de que toda

(1) El texto íntegro del artículo 429 es el siguiente: "La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión menor.—Se comete violación yacimiento con una mujer en cualquiera de los casos siguientes: 1.º Cuando se usare fuerza o intimidación.—2.º Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa.—3.º Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriera ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores". El artículo 430 (abusos deshonestos) remite al 429: "El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualesquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión menor". Por ello —y mientras no se diga otra cosa— lo que se establece aquí para la violación, rige también para los abusos del artículo 430.

resistencia sería inútil o presa de pánico por la violencia que se le aplica, deja de oponerse o cesa de prestar una resistencia hasta el máximo que obligaría al violador a aplicar también el máximo de su energía física. Este supuesto de fuerza no irresistible se halla, en realidad, entre la fuerza y la intimidación. Hay, por una parte, aplicación de fuerza; hay, por otra parte, intimidación, amenaza de que seguirán o aumentarán las violencias si la mujer no abandona o no disminuye la resistencia que opone. Con la doctrina dominante en la ciencia española —PACHECO (2), PUIG (3), QUINTANO (4), CUELLO (5) y RODRÍGUEZ DEVESA (6), entre otros—, en la ciencia alemana (7) —con la importante excepción de BINDING, quien entendía por “fuerza” sólo la vis absoluta (8)—, y con la doctrina dominante también en nuestra jurisprudencia (9) creo que en esos supuestos hay, no yacimiento con intimidación, sino igualmente yacimiento con uso de fuerza, creo que, como dice el TS, no hace falta que la fuerza sea irresistible para la mujer, que basta con que la fuerza sea eficaz para doblegar su voluntad.

Esta interpretación, como han señalado, entre otros, LEVY (10) y

(2) Cfr. El Código Penal concordado y comentado, tomo III, Madrid 1849, pág. 131.

(3) Véase Derecho penal, tomo IV, Parte Especial, volumen II, 5.ª edición, Barcelona 1959, pág. 32.

(4) Véase Comentarios al Código Penal, 2.ª ed., renovada por el autor y puesta al día en texto jurisprudenciales y bibliografía por Gimbernat, Madrid 1966, pág. 786.

(5) Cfr. Derecho penal, conforme al “Código Penal, texto revisado de 1963”, adaptado y puesto al día por Camargo, tomo II (Parte Especial), volumen segundo, 12 ed., Barcelona 1967, pág. 536.

(6) Cfr. Derecho penal español, Parte Especial, 3.ª ed., Madrid 1969, página 164.

(7) Cfr., por ejemplo, Levy, Die Gewaltanwendung beim Sittlichkeitsdelikt, tesis doctoral, Colonia 1932, págs. 19, 20; v. Liszt/Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25 ed., Berlín y Leipzig 1927, pág. 521; Mezger, Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), tomo II, 8.ª ed., Berlín, 1958, pág. 97; Mezger/Blei, Strafrecht, II, Besonderer Teil, Ein Studienbuch, 9.ª ed., Munich y Berlín, 1966, pág. 57; Knodel, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, Munich y Berlín, 1962, pág. 32; Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 14 ed., Munich, 1969, nota marginal 4 al § 177, pág. 968, nota marginal 10 antes del § 234, pág. 1122; Welzel, Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 11 ed., Berlín, 1969, pág. 325.

(8) Cfr. Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, tomo I, 2.ª ed., Leipzig, 1902, págs. 83, nota 2, 84. En base a consideraciones de orden gramatical, Levy, Die Gewaltanwendung, 1932, págs. 22/23, estima que en el § 176, 1 (“mit Gewalt” = con fuerza) del Código penal alemán hay que identificar fuerza con vis absoluta, mientras que en el § 177 (“durch Gewalt” = mediante fuerza) no se requiere que la fuerza sea irresistible.

(9) Cfr., por ejemplo, entre otras muchas: TS 13 enero 1943, A. 49; 21 diciembre 1946, A. 1360; 4 junio 1952, A. 1078; 17 diciembre 1965, A. 5707; 11 junio 1968 (referida a abusos deshonestos violentos del art. 430), A. 2904. (De las sentencias del Tribunal Supremo español [abr. = TS] que se mencionan en este trabajo, y que han sido tomadas del Repertorio Aranzadi [abr. = A.], cito el número con el que figuran en ese repertorio de jurisprudencia.)

(10) Véase Die Gewaltanwendung, 1932, pág. 20.

KNODEL (11), tiene su apoyo en el lenguaje corriente: si un militar revela un secreto ante las torturas que le aplican unos espías, en el lenguaje corriente no se dice que la declaración ha sido obtenida mediante amenazas, sino que ha sido obtenida por la fuerza; y se dice esto, aunque, examinando con detenimiento la situación psicológica, no ha sido la fuerza la que le ha hecho declarar, sino la amenaza, la intimidación de que si no confesaba el secreto le seguirían maltratando.

3. Resumen: Hay violación —o, en su caso, abusos deshonestos— por fuerza cuando se aplica vis absoluta o cuando se emplea violencia con la amenaza de que a mayor resistencia que oponga la víctima mayor será la energía física que aplicará el delincuente.

II. LA VIOLACION INTIMIDATORIA

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Pasemos ahora a ocuparnos de la violación por intimidación. El gran problema dogmático de esta modalidad es el de determinar a qué amenazas se refiere el legislador en ese segundo supuesto del número 1 del artículo 429. En lo que sigue sólo trato de efectuar un acercamiento al problema, proponiendo algunos posibles criterios; tal vez con ello puedan adelantarse unos pasos hacia la definitiva solución.

a) Leamos en el Código: El artículo 429 dice, en el segundo supuesto del número 1, que es violación el yacimiento con una mujer “cuando se usare intimidación”. Pensemos en el siguiente ejemplo: La hija de familia ha ido a bailar sin permiso de sus padres; si accede a yacer con el autor, es porque éste la amenaza con decir en casa de la muchacha dónde ha pasado la tarde. Un segundo ejemplo: El hombre consigue tener acceso carnal con la mujer, amenazándola con que, si se niega a consentir, revelará a las amigas de la intimidada la verdadera edad de ésta. En estos dos casos imaginados ha habido yacimiento usando de intimidación. Y a pesar de que ambos cumplen el supuesto de hecho del artículo 429, parece fuera de discusión que no se ha cometido una violación intimidatoria. Lo cual quiere decir: no todo yacimiento con intimidación es un yacimiento con intimidación en el sentido del artículo 429. La pregunta sigue siendo: ¿A qué intimidación hace referencia la ley en ese precepto?, ¿cuál es la intimidación típica?

Los dos ejemplos que acabo de exponer nos indican ya que la solución del problema no puede ser la de limitarse a decir —con VIADA (12) y con la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de fe-

(11) Cfr. Begriff der Gewalt, 1962, pág. 32.

(12) Cfr. Código Penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876 concordado y comentado, tomo III, 4.ª ed., Madrid, 1890, pág. 119.

brero de 1964 (13)— que basta (cito de la sentencia de 1964) con que la intimidación “sea suficiente para enervar la oposición de la mujer”. Pues la intimidación de delatar que la muchacha había ido a bailar o de revelar la edad que por coquetería ocultaba fue suficiente, en efecto, para “enervar su oposición”: la mujer se entregó al hombre para evitar que éste realizase su amenaza. Y, no obstante, la intuición jurídica nos dice que, a pesar de ser suficiente, la intimidación de esos dos ejemplos no fue la intimidación típica del artículo 429.

Pero no esperemos demasiado de la intuición jurídica para la solución del problema: en primer lugar, porque se trata de un criterio excesivamente subjetivo; en segundo lugar, porque la solución intuitiva no siempre es tan inequívoca como en los ejemplos de la revelación de la edad o del baile. Pensemos en otros casos posibles: La adúltera cohabita con el hombre que la amenaza con delatar su falta al esposo. PACHECO (14), SÁNCHEZ TEJERINA (15) y CUELLO (16) pensaban que no sólo la intimidación física —la del hombre que amenaza con una pistola o un puñal—, sino también la intimidación moral de causar un perjuicio a la fama, a la reputación o a los intereses de la mujer era amenaza suficiente de violación (16 bis). QUINTANO, en cambio, se

(13) A. 821. En el mismo sentido, y por citar otra sentencia más, véase TS 13 mayo 1967, A. 2271: la “violencia moral... no precisa ser de naturaleza invencible, sino simplemente eficaz en la ocasión concreta”.

(14) Véase el Código Penal III, 1849, pág. 131: “Aún hay momentos, aún se encuentran personas, en los que, o para las que es más importante, la coacción moral que la física. Lucrecia no se entregó a Tarquino cuando amenazaba matarla; y se entregó, sí, cuando la conminó con dejar a su lado un esclavo muerto, y hacer creer que los había sorprendido en tan infame crimen.”

(15) Cfr. Derecho penal español, obra ajustada al Código Penal, texto refundido de 1944, con todas las modificaciones introducidas, tomo II: Parte Especial, 5.ª ed., Madrid, 1954, pág. 295.

(16) Cfr. Derecho penal, tomo II (vol. II), 1967, pág. 537.

(16 bis) En este mismo sentido se ha declarado el TS en dos sentencias de 1969. En la de 5 de marzo de 1969 (A. 1395) se condena en base al artículo 430 a quien realizó actos deshonestos con una mujer, a la que amenazó con perjudicarla en su reputación: “Que si es cierto que el recurrente sorprendió a la ofendida, realizando un acto deshonesto grave, con el hombre a quien prestaba servicios domésticos, comunicándoles repetidas veces que si no se prestaba la muchacha de dieciséis años a realizar lo mismo con él, divulgaría lo que había visto, consiguiendo de este modo vencer la oposición de la menor, resulta evidente que ... empleó amenaza intimidatoria adecuada, que perjudicaba la fama y reputación de una joven adolescente que tenía novio y que no poseía una seria capacidad para la resistencia a ultranza por su escasa personalidad, y que motivó en espíritu tan débil, por su gravedad e incluso injusticia, que resultara eficaz al fin propuesto, pues luego de la reiterada petición, cedió ante el miedo de la divulgación perjudicial de incalculables consecuencias peyorativas”. En la sentencia de 14 de marzo de 1969 (A. 1491), asimismo se estima que cumple el tipo de la violación el yacimiento conseguido bajo la amenaza de lesionar la buena fama de la víctima, argumentándose así: “La mujer aceptó el yacer, no por su libre y espontánea voluntad, sino por el miedo que le producía la denuncia por atentar a la moral pública, que por el supuesto policía se la amenazó con hacerle por la actitud amorosa efusiva que en sitio público se hallaba con su novio, y que se enterasen en su casa y en el domicilio donde trabajaba y se descubriese su falta de virginidad en la investigación policial; temor y miedo que debilitaron su voluntad y que aprovechó el procesado, que indudablemente

mostraba francamente restrictivo ante la amenaza moral (17). ¿Hay, pues, o no hay violación si se intimida a la mujer con revelar al marido una pasada infidelidad? ¿Qué nos dice la intuición?

b) Si se consigue yacer con la mujer porque el productor cinematográfico amenaza a la “estrella” con no darle más papeles importantes o porque el novio amenaza a su prometida con romper las relaciones, ¿habrá o no habrá ahí intimidación en el sentido del artículo 429? ¿Tenían razón las sentencias de 15 de noviembre de 1944 (18) al castigar por violación intimidatoria y la de 24 de mayo de 1948 (19) al condenar por abusos deshonestos por intimidación a dos padres que, aprovechándose del temor y del respeto que infundían a sus hijas, tuvieron con ellas trato carnal? ¿Comete violación el propietario de un piso que amenaza con ejercitar una acción de desahucio contra la inquilina que no tiene dinero para pagar el alquiler si ésta no accede a cohabitar con él? La amenaza de despido de una obrera, ¿puede constituir la base de un delito sexual intimidatorio, como opinó el TS en

se aprovechó de su estado de ánimo, pues antes le había implorado que no la llevase a la Comisaría, para lograr lo que por medios suávorios ni siquiera intentó conseguir, ni hubiese conseguido, si no hubiese estado sometida la mujer, como machaca el considerando, al miedo intenso de ser objeto de diligencias judiciales y seguramente de una investigación sobre sus antecedentes, que hubieran dado lugar, como al fin dio, a poner de manifiesto la pérdida de su doncellez, anterior a los hechos enjuiciados, de ningún modo hubiera consentido entregarse carnalmente”.

(17) Véase Curso de Derecho penal, tomo II, 1963, pág. 349.

(18) A. 1423.

(19) A. 859. Sobre esto, cfr. también TS 13 mayo 1967, A. 2271 (“...mientras que en la violación se logra [sc. el yacimiento] contra la voluntad o sin la voluntad de la víctima... en el estupro, hay siempre voluntad expresa o tácita de la estuprada, pero no libremente conseguida, sino que en unos casos existe el “prevalimiento” de la ventajosa posición del sujeto activo —autoridad, sacerdote— o el aprovechamiento de la convivencia doméstica: la guarda, educación, o custodia de la víctima; la relación parental próxima o incluso la situación de angustiosa necesidad o la preeminencia laboral del patrono con respecto a la menor serviciaria; o se da, en fin, el típico y propio *engaño*, normalmente consistente en la promesa matrimonial...”), 10 diciembre 1968, A. 5282 (“No cabe desconocer que los especiales vínculos que unen a maestros, profesores o educadores con sus discípulos, por una múltiple serie de factores de entre los que cabe enumerar como concurrentes de ordinario, lo limitado de la edad de los segundos, con notable superioridad en este aspecto de los primeros, el ascendiente que el propio magisterio les proporciona, así como el respeto y obediencia que deben inspirar y merecer a los educandos, les sitúan sobre éstos en un plano preeminente y preponderante, que puede prestarse, con mayor facilidad que en otros supuestos, a imposiciones de voluntad en variadas esferas, mas es igualmente necesario destacar que de ello no puede inferirse que estas imposiciones de voluntad, intimidaciones en suma, dimanen o provengan sin más, de la existencia de las precitadas relaciones docentes o de magisterio, antes al contrario, es del todo punto indispensable que se adicione a las mismas la presencia de algún hecho complementario, revelador de que al amparo de cualquiera de las descritas situaciones, permitida o favorecida por ella, el culpable actuó en alguna forma o utilizó determinado medio que venga a cohibir, condicionar o determinar la voluntad de la víctima”) y 21 mayo 1969, A. 2937.

sentencia de 21 de junio de 1955 (20), o sólo de un mero estupro según la tesis del mismo TS en sentencias de 4 de mayo de 1949 (21) y 17 de octubre de 1961 (22)? ¿Está en lo cierto el más alto Tribunal español cuando en sentencias de 17 de noviembre de 1956 (23) y de 6 de abril de 1963 (24) castiga por violación con amenazas en la primera sentencia y por abusos deshonestos por intimidación en la segunda a quien, haciéndose pasar por policía, abusa de una prostituta temerosa de que el supuesto agente de la Autoridad la denuncie?

2. LA "GRAVEDAD" DE LA INTIMIDACIÓN COMO CRITERIO RECTOR

Tomo como punto de partida la opinión de RODRÍGUEZ MUÑOZ y RODRÍGUEZ DEVESA (25), PUIG (26), MENDOZA (27) y CUELLO (28), quienes afirman que las amenazas del artículo 429 han de ser "graves". Mi propósito es ahora el de tratar de fundamentar dogmáticamente por qué la intimidación ha de ser grave y de determinar qué casos abarca, en concreto, el concepto de "intimidación grave".

Que la intimidación ha de ser de extraordinaria gravedad para que pueda hablarse de un delito de violación es algo que se deduce, pienso yo, en base a dos distintas argumentaciones: una de carácter sistemático y otra de carácter teleológico.

a) La argumentación de carácter sistemático consiste en lo siguiente: El artículo 429 recoge sólo supuestos gravísimos de atentados a la libertad sexual. Así, hay que afirmar (29) que el yacimiento conseguido por engaño (por ejemplo: mediante simulación matrimonial) no integra ninguna de las modalidades tipificadas de violación, a pesar de que, sin duda, es también un ataque a la libertad sexual. Observemos los supuestos de violación tipificados en el artículo 429: todos ellos —el yacimiento con fuerza, el realizado con una enajenada o una mujer inconsciente o una niña pequeña— son acciones de una reprochabilidad extremada. La violación por intimidación no puede ser examinada aisladamente, sino en relación sistemática con estas otras modalidades de violación tipificadas en el artículo 429: considerar que cualquier intimidación, por nimia que sea, cumple el presupuesto típico, sería perturbar la estructura del 429 e incluir, junto a yaci-

(20) A. 1844.

(21) A. 654.

(22) A. 3385.

(23) A. 3380.

(24) A. 1595.

(25) Cfr. R. Muñoz/R. Devesa, *Derecho penal*, tomo II, Parte Especial, Madrid, 1949, pág. 262; R. Devesa, *Derecho penal español*, Parte Especial, 1969, pág. 164.

(26) Véase *Derecho penal IV*, 1959, pág. 33.

(27) Cfr. *El delito de violación*, Barcelona s. a., pág. 139.

(28) Véase *Derecho penal*, tomo II (vol. II), 1967, pág. 538.

(29) Cfr. en este sentido, por todos, R. Devesa, *Derecho penal*, Parte Especial, 1969, pág. 166.

mientos gravísimamente reprobables, otros cuya reprobabilidad no se podía ni remotamente comparar a la de los restantes accesos carnales recogidos en el precepto.

b) A la misma conclusión de que el ataque a la libertad sexual ha de ser gravísimo para que pueda hablarse de violación intimidatoria se llega en base a una argumentación de índole teleológica. La pena de reclusión menor —esto es: de 12 años y 1 día a 20 años— señalada por la ley para todas las modalidades de violación —entre ellas: para la intimidatoria— pone de manifiesto que el ataque a la libertad sexual tipificado en la violación intimidatoria del artículo 429 ha de ser un ataque brutal; ha de ser, por lo menos, casi tan brutal como el que consiste en atentar contra la vida de otra persona; pues con la misma pena: la de reclusión menor, castiga el Código Penal el homicidio y la violación de una mujer; esto es: el ultraje cometido por el violador es equiparado por la ley al ultraje realizado por el que quita la vida a la mujer.

c) Una interpretación sistemática y otra teleológica han mostrado que el yacimiento por amenazas sólo es violación si representa un gravísimo ataque a la libertad sexual de la mujer. Ahora hay que dar un paso más y tratar de determinar cuál es, en concreto, la amenaza de la violación intimidatoria. Para averiguar esto, para averiguar cuándo el yacimiento conseguido con amenazas es gravísimamente reproducible, vamos a acercarnos, en primer lugar, al aspecto temporal del problema.

3. PARA QUE PUEDA HABLARSE DE INTIMIDACIÓN "GRAVE" ES NECESARIO QUE SE AMENACE CON CAUSAR INMEDIATAMENTE EL MAL SI LA MUJER NO CONSIENTE, INMEDIATAMENTE TAMBIÉN, EL YACIMIENTO

Antes de entrar a determinar qué clase de amenazas son las subsuimibles en el segundo supuesto del número 1 del artículo 429 hay que estudiar una cuestión previa que, en mi opinión, debe resolverse así: por muy grave que sea la amenaza, no habrá violación si no se exige el yacimiento *inmediato* bajo la amenaza de realizar el mal *inmediamente* también. Con ello seleccionamos —de acuerdo con el criterio rector de la extremada gravedad— aquellos casos de yacimientos intimidatorios que sitúan a la mujer ante una situación desesperada, ante un ataque verdaderamente brutal. Pues si a la mujer se la intimida con, por ejemplo, matarla al día siguiente si no accede a cohabitar en el momento, su situación no es una sin salida, ya que la negativa a yacer no acarrea consigo la realización de la amenaza, sino que dispone de un cierto tiempo para evitar —además de la cópula que no se la exige de manera inmediata— la muerte fijada para un momento posterior. (Por supuesto que es posible que lo que en su origen no era violación acabe siéndolo cuando llegue el momento en que el autor se dispone a llevar a cabo su amenaza; por ejemplo: a las 24 horas de proferida la amenaza de matar a la mujer, el autor la vuelve a poner ante la disyuntiva

de acceder a yacer o de ser privada de la vida ahora ya de manera inminente; en este caso el mal, cuya realización se había diferido en un principio, se ha convertido en inminente si la mujer no consiente, de manera inmediata también, el yacimiento.)

Tampoco se le coloca a la víctima en una situación desesperada, sin salida, si se la amenaza con causar un mal *inmediatamente* en el caso de que dentro de un determinado plazo no se entregue al autor (se amenaza, por ejemplo, con matar en el acto a un pariente de la mujer si ésta no accede a cohabitar en el plazo de 24 horas); pues en ese supuesto la mujer puede evitar la realización inmediata de la amenaza, asegurar al autor que accederá a sus deseos y, antes de que el plazo se cumpla, buscar un medio —avisar a la Policía o al pariente— para impedir que el mal con el que se la intimida se lleve a cabo. (Claro es que, también aquí, lo que en un principio no era violación puede llegar a serlo; por ejemplo, si transcurrido el plazo fijado se exige de la mujer el yacimiento inmediato bajo la amenaza —a realizar ahora ya en el mismo momento— de quitar la vida al pariente.)

Con este primer requisito de la violación intimidatoria de que se ha de exigir el yacimiento inmediato bajo la amenaza de llevar a cabo en el acto el mal, no hemos resuelto más que un pequeño sector de los problemas planteados. Sigue sin respuesta la cuestión de qué gravedad debe tener el mal con que se intimida. Pues volviendo a ejemplos conocidos: parece que no hay delito de violación en el caso de que el autor exija y consiga el yacimiento *inmediato* bajo la amenaza de que, si no, por teléfono o desplazándose a una vivienda contigua, revelará *inmediatamente* a las amigas de la víctima la edad que ésta por coquetería oculta, ni tampoco en el caso de amenaza de decir a los padres de la mujer —inmediatamente también— dónde ha pasado ésta la tarde sin el consentimiento de aquéllos.

Para establecer a qué males hace referencia el artículo 429 número 1 segundo supuesto nos vamos a servir de dos procedimientos que operan, ambos, con criterios extraídos de la ley misma.

4. EL DESVALOR QUE LA LEY PENAL ATRIBUYE AL MAL OBJETO DE LA AMENAZA COMO CRITERIO PARA DETERMINAR LA GRAVEDAD DE LA INTIMIDACIÓN

Para exponer cuál es el fundamento del primer procedimiento hay que tener en cuenta lo siguiente: Por ser la pena la consecuencia jurídica del Derecho penal, este sector del orden jurídico sólo interviene en casos excepcionales, sólo interviene para reprimir conductas que se apartan considerablemente del comportamiento social exigido. Con ello el Derecho penal realiza ya una simple y fundamental valoración: entre conductas punibles y conductas impunes. Dentro de las conductas punibles el orden juridicopenal realiza una ulterior valoración, en cuanto que por la gravedad del castigo previsto para cada uno de los comportamientos tipificados podemos determinar su grado de reprobación.

bilidad: cuanto más grave sea el comportamiento más grave será también la pena prevista para él.

Después de estas consideraciones vamos a establecer un nuevo criterio de delimitación: Para que el ataque a la libertad sexual sea gravísimo, gravísimo ha de ser también el mal con el que se amenaza. Este criterio de delimitación tiene un ulterior desarrollo en este otro: El índice de gravedad del mal amenazado viene determinado objetivamente, viene determinado por el mismo orden jurídico. La mujer que yace porque la amenazan con revelar su verdadera edad no puede exigir del orden jurídico que la proteja de un ataque así castigando al hombre con la pena de reclusión menor: pues no puede hablarse de ataque gravísimo a su libertad sexual cuando la misma mujer había tenido en su mano evitar el ultraje sexual si se hubiese decidido a tolerar una pequeña contrariedad para su coquetería femenina. No existe un ataque gravísimo a la libertad sexual cuando el que quiere poseer carnalmente a la mujer la amenaza sólo con un pequeño castigo a la vanidad de ésta, cuando no es capaz de ir más lejos, de realizar males más graves. si la mujer no accede a sus deseos; cuando sólo es capaz de amenazarla con la realización de un mal contra el cual la ley ni siquiera protege juridicopenalmente a la mujer. De lo expuesto deriva esta conclusión: Siempre que el mal con que se amenaza no constituya delito no habrá tampoco violación intimidatoria.

(En todo lo anteriormente expuesto y en lo que sigue hay que tener en cuenta que aquí sólo se pretende determinar cuándo el yacimiento mediante amenazas constituye *violación*. Pero, por supuesto, muchos de los casos que quedan excluidos del artículo 429 *constituirán un delito de amenazas condicionales o de coacciones*. Así, por ejemplo, en base a esos delitos se castigará al casero que consigue cohabitar con la inquilina bajo la amenaza de desahuciarla. Pero la pena de estos delitos del título XII es muy inferior a la de la violación y su también muy complicada dogmática —piénsese en la discutida cuestión del límite entre el delito de amenazas condicionales y el de coacciones— responde a otras características. Lo que me interesa destacar es esto: aquí no se está estudiando la distinción entre yacimiento intimidatorio punible e impune, sino sólo los requisitos típicos de la violación usando de amenazas; puede ser muy bien que comportamientos que queden excluidos de la violación sean, no obstante, constitutivos de esos otros delitos del Código Penal).

Pasando de los males no punibles a la amenaza con aquellos otros que sí constituyen delito, pienso que tampoco puede hablarse de violación cuando, por ejemplo, la mujer casada accede a yacer con quien la amenaza con comunicar al esposo la infidelidad u otra falta real o supuesta de la mujer. Pues el mal que ésta evita, y que sería una injuria grave —injuria que el Código castiga con la pena de destierro y multa—, es el que fija la gravedad que hay que atribuir al ultraje sexual cometido con ella. ¿Cómo va a exigir la mujer de la ley que se castigue al hombre con reclusión menor, esto es: con la misma pena que si la hubiese matado, si ha preferido tolerar la cópula carnal a

soportar una lesión que habría sido castigada con la pena de destierro y multa? Generalizando el principio que subyace en este supuesto llegamos a la siguiente formulación: Si el mal objeto de la intimidación constituye delito, la medida de gravedad de ese mal e, indirectamente, la medida de gravedad que representa el yacimiento intimidatorio vendrán determinadas por la pena que impone el Código al hecho punible con el que se amenazó. Ciertamente que contra esto puede surgir la posible objeción de que a la mujer puede importarle muchísimo evitar males para cuya comisión el Código prevé una pena de presidio o prisión o incluso inferior. Es ésta, en efecto, una seria objeción de la que más tarde me ocuparé detenidamente; pero antes de hacerlo quiero acabar de exponer los criterios que aquí se proponen.

Una vez excluidas como típicas en el sentido del segundo supuesto del número 1 del artículo 429 la amenaza de realizar males no constitutivos de delitos y también, a modo de ejemplo a desarrollar ahora y de entre los que sí constituyen delito, la amenaza de injuriar gravemente a la mujer, surge la cuestión de qué pena (índice de gravedad) debe ser la fijada a la realización del mal con que se amenaza para que pueda afirmarse que estamos ante una de las intimidaciones a que se refiere el Código en el artículo 429. ¿Basta que la causación del mal objeto de las amenazas esté castigado con prisión menor, o se requiere que la pena sea de prisión mayor, o es tal vez necesario que la pena prevista en el Código sea, por lo menos, la de reclusión menor?

En mi opinión, la frontera hay que fijarla en la reclusión menor. Y ello por dos razones.

En primer lugar, porque es la misma mujer la que con su decisión e indirectamente, pero *sobre la base del criterio objetivo de las penas establecidas por el Código*, fija la gravedad del ataque sufrido. Imaginemos que el autor ha amenazado al sujeto pasivo, si no accede a cohabitar, con causarle un mal en su propiedad castigado con presidio mayor (privación de libertad de 6 años y 1 día a 12 años). El Código no puede castigar ese ataque a la libertad sexual de la mujer con reclusión menor, cuando, a pesar de tenerlo en su mano, aquélla no ha impedido el yacimiento a costa de sufrir una lesión de su propiedad. La gravedad de ese yacimiento intimidatorio no equivale en desvalor al homicidio de la mujer (castigado, como la violación, con reclusión menor), pues no era la pérdida de la vida, sino la disminución de su patrimonio el precio fijado por el autor para desistir de sus propósitos deshonestos. Y si la mujer prefirió yacer antes que sufrir un menoscabo de la propiedad, entonces mucho menos aún equivaldrá ese hecho a la lesión de un bien jurídico —la vida— de un valor bastante superior al del patrimonio. Examinando la cuestión desde otra perspectiva: Si el delincuente está dispuesto a renunciar al yacimiento mediante la obtención de un lucro antijurídico, entonces tampoco se puede decir que su ataque equivalga en brutalidad al homicidio (y, por ello, merezca la misma pena que la asignada a este último delito), pues no está creando una situación sin salida, desesperada, de la que la mujer tenga que librarse —comprensible y casi forzosamente— accediendo al

yacimiento. Lo dicho respecto de este ejemplo concreto de amenaza de causar un mal a la propiedad castigado con presidio mayor rige —en base a una argumentación idéntica— para cualquier intimidación de ejecutar un delito al que el Código señala una pena inferior a la reclusión menor. En todos estos casos no hay violación; lo cual no quiere decir, por supuesto, que no haya —pues lo hay— un delito contra la libertad.

La segunda razón por la cual la pena fijada para el mal que se amenaza ejecutar tiene que ser, por lo menos, de reclusión menor es la siguiente. Teniendo en cuenta la severa pena con que se castiga la violación y la gravísima reprochabilidad de las restantes modalidades de violación tipificadas en el artículo 429, hemos llegado a la conclusión de que también la violación intimidatoria debía constituir un ataque extremo contra la libertad sexual de la mujer, que la intimidación, para que fuese típica en el sentido del artículo 429, debía colocar a la víctima ante una situación límite, desesperada, sin salida. De ahí que si logramos encontrar en algún lugar del Código Penal un precepto o unos preceptos que describan —aunque sea dentro de otra conexión— lo que el legislador ha entendido por situación límite, desesperada, sin salida, dispondremos de un firme punto de apoyo para determinar qué es lo que hay que entender por violación intimidatoria. Acudiendo a este segundo criterio llegamos a la misma conclusión: el límite de la gravedad del mal está en la reclusión menor. Pues el Código ha descrito, en otro lugar, qué requisitos deben darse para que se pueda hablar de una situación extrema, desesperada, de una situación que excluye la responsabilidad: en el artículo 8 número 7 (estado de necesidad) y en el artículo 8 número 10 (miedo insuperable). Y las dos veces se exige, para que concorra una situación extrema, una situación que exime de responsabilidad criminal, que la disyuntiva sea entre bienes jurídicos de igual entidad o que se sacrifique el menos valioso para salvar el de rango superior (30). Para la violación se deduce de ahí: se dará una situación extrema en el sentido del Código Penal cuando la mujer acceda a yacer para salvar un bien jurídico de igual (se le amenaza con producir la lesión de un bien jurídico protegido por la ley con la pena de reclusión menor) o de mayor (el mal ha sido evaluado por la ley penal con la pena de reclusión mayor o muerte) entidad.

Determinado ya el objeto de la intimidación en la violación —determinado en lo esencial, pues aún existe, como veremos en seguida, un ulterior criterio de delimitación— continuamos el estudio de la vio-

(30) Art. 8, núm. 7: "Está(n) exento(s) de responsabilidad criminal: ... 7.º. El que, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.—Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.—Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse." Artículo 8, núm. 10: "Está(n) exento(s) de responsabilidad criminal: ... 10. El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor."

lación por amenazas, dividiéndole ahora en dos grupos principales: amenazas contra la mujer y amenazas contra terceros.

5. EXAMEN DE LAS INTIMIDACIONES CONSTITUTIVAS DE VIOLACIÓN SEGÚN QUE SE AMENACE CAUSAR EL MAL A LA MUJER O A UN TERCERO

- a) *Amenaza contra la mujer. Introducción de un nuevo criterio para determinar la gravedad de la amenaza: el criterio sistemático.*

Como la pena de reclusión menor sólo está justificada contra un ataque brutal a la libertad sexual, como el índice de gravedad se determina por la gravedad del mal amenazado, es claro, de acuerdo con lo expuesto hasta ahora, que, de entre las intimidaciones dirigidas contra la víctima, la amenaza de matarla pone de manifiesto un gravísimo ataque a la libertad sexual: lo es hasta tal punto que ahí la mujer se decide a yacer sólo porque se la amenaza con un perjuicio personal que, de cometerse, la ley castigaría con la pena de por lo menos reclusión menor. Pienso que también el yacimiento conseguido mediante la amenaza de agredir físicamente a la mujer es una violación intimidatoria. Ello no requiere una argumentación detallada para el caso de que se amenace a la mujer, si no accede a cohabitar, con agredirla hasta que preste su consentimiento. Pues ahí a la mujer se la está amenazando con una violación por fuerza si no tolera una violación intimidatoria. O sea: se la amenaza con un mal que, de realizarse, llevará aparejado la pena de reclusión menor.

Pero la amenaza con una agresión física puede ser también de otra naturaleza. A saber: A la mujer se la pone ante la siguiente disyuntiva: Si no accede a cohabitar inmediatamente, el autor ya no tratará de tener acceso carnal con ella, pero la hará objeto de malos tratos de obra. Aquí, pues, el mal con el que se la amenaza no es el de una violación violenta, sino el de unas meras lesiones. Y la pena de unas lesiones que, por ejemplo, produzcan al ofendido incapacidad para el trabajo por 70 días sólo es la de arresto mayor (privación de libertad de 1 mes y 1 día a 6 meses) y multa. De acuerdo con el procedimiento seguido hasta ahora, en un caso así habría que negar una gravísima lesión de la libertad sexual, pues la mujer prefirió yacer a soportar un mal al que la ley no señala una pena de gran severidad.

Parece raro, sin embargo, que no sea violación la amenaza de maltratar a la mujer de tal manera, si se niega a cohabitar, que va a tardar varios meses en restablecerse de las lesiones. Pienso que aquí estamos también ante un delito del 429. Hasta ahora habíamos procedido de la siguiente manera: Partiendo de que la pena de reclusión menor sólo se justifica si el yacimiento representa un ultraje sexual de enorme gravedad, habíamos determinado el índice de esa gravedad sobre la base del desvalor que el orden juridicopenal confiere al mal amenazado. Pero, como ya había adelantado al iniciar el estudio de esta cuestión,

existe todavía otro procedimiento para averiguar qué es lo que la ley entiende por gravísimo ataque a la libertad sexual; a saber: una comparación sistemática que ponga en relación la violación intimidatoria con las otras modalidades de ataque a la libertad sexual del artículo 429. También con este procedimiento, por consiguiente, nos estamos moviendo, para determinar la envergadura del ultraje sexual, con criterios extraídos directamente de la ley penal.

La intuición jurídica nos dice ya que yacer con una mujer a la que se la coloca ante la disyuntiva de acceder a los deseos deshonestos del autor o de ser agredida brutalmente es un ataque gravísimo, digno de ser castigado como violación. Este resultado al que llega la intuición es posible fundamentarlo juridicosistemáticamente. Fijemos nuestra atención en una de las modalidades del artículo 429: en la violación por fuerza. Es doctrina jurisprudencial y científica absolutamente dominante —y a esa doctrina nos hemos adherido aquí (31)— que en la violación violenta no se requiere la fuerza irresistible. Lo que quiere decir: Si la mujer objeto de la violencia cesa o disminuye su resistencia para evitar una agresión brutal, habrá violación por uso de fuerza; la habrá, aunque la resistencia de la mujer no hubiera sido inútil; aunque a costa de sufrir graves maltratos físicos hubiera logrado evitar la cópula. Con otras palabras: Existe violación por uso de fuerza cuando la mujer se conforma con ser ultrajada antes que oponer una resistencia que habría impedido el yacimiento a costa de sufrir una grave agresión física. Pues bien la diferencia entre este yacimiento, que indiscutidamente constituye violación por fuerza, y el supuesto intimidatorio que ahora nos ocupa es una diferencia bien pequeña: en el caso de la violación con empleo de violencia el autor ha llegado *ya* a agredir físicamente a la mujer y la amenaza con proseguir sus malos tratos; en el caso que nos ocupa también hay una amenaza de malos tratos: la única diferencia reside en que el autor no ha iniciado aún la violencia contra la mujer. La amenaza tiene en los dos casos el mismo contenido; les diferencia únicamente en que allí sí, pero no aquí, ha habido ya empleo de fuerza. Pues bien, si la ley ha estimado que el primer caso es un hecho tan grave que constituye violación por fuerza y se le castiga, por consiguiente, con reclusión menor, parece que, conforme a los criterios de gravedad utilizados por el artículo 429, también habrá que considerar el yacimiento logrado por la amenaza de empleo de violencia lo suficientemente reprochable para calificarle de violación intimidatoria y sancionarle, asimismo, con reclusión menor.

b) *Amenaza contra terceros.*

Los resultados alcanzados respecto de la amenaza de males a realizar sobre la misma mujer hacen más fácil ahora determinar cuáles son las amenazas de males dirigidos contra terceros que constituyen

(31) Supra I 2.

intimidación en el sentido del artículo 429, caso primero, supuesto segundo. La averiguación de la gravedad del ultraje sexual por la vía indirecta de la gravedad del mal con el que se amenaza nos lleva —en primer lugar y prescindiendo de casos de laboratorio— a dos clases de intimidaciones contra terceros que fundamentan una violación del 429, 1.º, segundo supuesto; a saber: a las intimidaciones de que, si la mujer se niega a cohabitar, se matará a otra persona o se violará a otra mujer. ¿Es también un ataque gravísimo y que justifica, por ello, la pena de reclusión menor, la amenaza dirigida a la mujer de que, si se niega a yacer, un tercero será agredido físicamente? Opino que sí lo es, que eso también constituye una violación intimidatoria. Al igual que sucedía con la amenaza de agresión física a la misma víctima, también aquí la intuición jurídica nos dice que es un caso gravísimo de ataque a la libertad sexual aquel en que la mujer accede a yacer con el fin de evitar que un tercero sea maltratado corporalmente. Pero, también al igual que en el caso de mal a inferir a la mujer, en el de amenaza de maltratos que sufrirá un tercero la grave reprochabilidad del ataque no se deduce de la pena con que el Código castiga el mal amenazado y evitado por la mujer al tolerar el yacimiento: la gravedad de este ultraje sexual nos la pone de manifiesto, de nuevo, una agrupación sistemática que establece una relación entre el grupo de casos a decidir y una de las modalidades castigadas por el Código como violación. Sabemos que el ayuntamiento carnal al que accede la mujer para evitar un sufrimiento físico que se le inferiría a ella misma es violación intimidatoria. Por ello también tiene que darse ese delito cuando la amenaza de malos tratos se dirige, no contra la mujer, sino contra un tercero. Pues igualmente brutal es el autor —y, con ello, el ataque— en un caso como en el otro: la brutalidad del delincuente no se modifica ni un ápice porque amenace con inferir el sufrimiento físico a la misma mujer o a un tercero. Y si la amenaza de agredir a un tercero es ya típica en el sentido del artículo 429, con mayor motivo lo será también —aunque tampoco en este caso la pena señalada por el Código penal al mal alcance la de reclusión menor— la amenaza de privar de la vida a un feto, de producir un aborto.

6. CONCLUSIONES

Resumo: Aunque todo yacimiento por intimidación sea subsumible en la literalidad del artículo 429, caso primero, supuesto segundo, no todo yacimiento por intimidación constituye violación. La pena de reclusión menor sólo se explica porque el legislador quería tipificar con esa modalidad de violación ataques gravísimos a la libertad sexual. En la misma dirección habla un segundo argumento de carácter sistemático: pues si todas las modalidades de violación del artículo 429 constituyen ataques de suma reprochabilidad contra la libertad sexual de la mujer, el supuesto de violación intimidatoria tendrá que presentar análogas características de gravedad. De acuerdo con ello, y después de esta-

blecer —sobre la base del criterio rector de la gravedad— el principio general de que el autor ha de exigir el yacimiento inmediato, amenazando, si no, con causar el mal en el acto, hemos tratado de determinar cuáles son los males —con cuya ejecución se amenaza de manera inmediata— objeto de la intimidación del artículo 429. Para resolver esta cuestión hemos tomado por referencia, como índice de gravedad, la pena señalada por el Código a la ejecución de ese mal, en base a ello hemos excluido del ámbito del artículo 429 la amenaza de males no constitutivos de delito, y, para aquellos otros que sí lo constituyen, hemos fijado el límite —acudiendo a distintos razonamientos— en la pena de reclusión menor. Pero no sólo ese criterio del desvalor del mal amenazado es utilizable para determinar la gravedad del ultraje sexual. El mismo Código, en las otras modalidades de violación distintas de la intimidatoria, nos ha mostrado qué es lo que entiende por ataque gravísimo a la libertad sexual. Por ello, también la comparación con esas otras modalidades puede ayudarnos a determinar yacimientos intimidatorios de carácter gravísimo y merecedores, en consecuencia, de la pena de reclusión menor. La conclusión a que hemos llegado operando con todos estos criterios es que, prescindiendo de casos de laboratorio que no pueden ser discutidos dentro del marco de esta exposición, constituyen violación intimidatoria sólo aquellos supuestos en que se amenaza con matar, violar o agredir a un tercero o a la misma mujer.

Quiero volver a insistir, sin embargo, en que lo expuesto es sólo un intento de aproximación al difícil problema de delimitar la intimidación en los ultrajes sexuales violentos; un problema del que hasta ahora la ciencia y la jurisprudencia españolas prácticamente no se habían ocupado. Tal vez alguno o algunos de los criterios que he sometido aquí a discusión puedan servir en el futuro para la delimitación dogmática de la intimidación del artículo 429.

7. LA OBJECCIÓN DEL DESCUIDO DEL ASPECTO SUBJETIVO EN LOS CRITERIOS EMPLEADOS

Una vez expuestos los criterios de delimitación que me parecen correctos, ha llegado el momento de ocuparse de la eventual objeción (32) de que la tesis que propongo ha descuidado el aspecto subjetivo. La objeción surge respecto de supuestos como el de la mujer casada que accede a yacer para evitar —este es el mal con el que se la amenaza— que una pasada infidelidad llegue a conocimiento de su marido. Esta amenaza es tan grave, así pudiera argumentarse, que incluso es imaginable que la mujer, puesta en la disyuntiva, prefiriese morir a que su marido se enterase del adulterio.

A esta eventual objeción contesto con cuatro argumentos.

Primer argumento: El problema que se planteaba en la violación:

(32) Cfr. *supra* II 4.

intimidatoria era el de determinar la gravedad del ataque a la libertad sexual. Naturalmente que para determinar esa gravedad existen infinidad de criterios: racionales e irracionales, objetivos y subjetivos, compartidos por la mayoría de los ciudadanos o sólo por un grupo minoritario. Pero si queremos huir de la arbitrariedad, de lo que le parece a cada uno y de lo incontrolable, sólo puede haber un criterio: la valoración dada por la ley penal como objetivación del espíritu común.

Segundo argumento: Imaginemos el supuesto de un sujeto que, sin exigir nada de la esposa y sólo por odio y para ofenderla, comunica al marido la infidelidad. Por mucho que a la mujer le importe esa injuria y que alegue que hubiera preferido morir a soportarla, no conseguirá que al autor se le castigue con mayor pena que la de destierro y multa. Como no conseguiría que se elevase en nada la pena contra el estafador, por más que asegure que tenía en tanta estima la cosa estafada que antes que perderla hubiera sacrificado la vida. Y es que el Código ni en la injuria ni en la estafa ni en ningún otro delito determina la gravedad del ataque tomando como criterio la susceptibilidad de la víctima. La gravedad del ataque y, en consecuencia, la pena a imponer se calibran en base a criterios que no tienen en cuenta la sensibilidad personal de cada sujeto pasivo del delito. Este es el procedimiento que sigue el Código y este es, también y precisamente, el procedimiento que hemos tratado de seguir aquí para determinar la gravedad del yacimiento intimidatorio.

Tercer argumento: Adoptar el criterio subjetivo para determinar la gravedad del ataque sexual es entrar en un terreno de fronteras imprevisibles. Pues también la mujer coqueta de nuestro ejemplo podría conseguir que se castigase al hombre con reclusión menor si demostraba convincentemente que hubiera preferido la muerte a que se llegara a conocer su verdadera edad.

El cuarto y último argumento recurre a la justicia material: Ciertamente que una mujer puede preferir perder la vida o que la maltraten físicamente a que su marido se entere de una pasada infidelidad. Pero el autor que comete un ataque verdaderamente brutal —y, por ello, el único que en justicia merece la pena de reclusión menor— es el que hace elegir a la mujer entre acceder a yacer y: o perder la vida o sufrir un terrible maltrato de obra (para aludir a dos casos característicos de violación intimidatoria). El otro delincuente, el que la amenaza con comunicar al esposo el adulterio, será más hábil, más astuto; pero su ataque no alcanza en brutalidad, ni con mucho, al de que va a matar o martirizar a la mujer como castigo por haberse negado a acceder a sus deseos deshonestos. Si se me permite emplear una terminología ya superada, diría que el delincuente que amenaza con matar o agredir es un caso paradigmático del “tipo de autor” de violador; y diría también que quien amenaza con revelar infidelidades pasadas si la mujer no accede a cohabitar con él, es un sujeto que responde al “tipo de autor” del chantajista: por eso opino que se le

debe castigar en base al delito que en el Código español equivale al chantaje.

III. LA POSIBILIDAD DE VIOLACION DE LA MUJER DE VIDA DESHONESTA Y DE LA PROPIA ESPOSA

Para finalizar, pasemos ahora a discutir dos supuestos que, desde antiguo, ocupan a la doctrina. ¿Puede violarse a una prostituta? ¿Es punible en algún caso la violación de la propia esposa?

1. La opinión dominante en la ciencia española (33) dice que el yacimiento mediante fuerza o intimidación realizado con una prostituta es violación; de esta tesis discrepa el maestro JIMÉNEZ DE ASÚA (34). La doctrina jurisprudencial dominante admite también que la mujer deshonesto puede ser sujeto pasivo de la violación; así, las sentencias de 4 de diciembre de 1906 (35) y de 17 de noviembre de 1956 (36).

El argumento que alega la opinión minoritaria: dado que la violación es un delito contra la honestidad, si la mujer "no es honesta no cabe violar un bien inexistente y sólo queda un delito de coacción" (37), tiene una gran fuerza de convicción. Pues si el título IX del Libro II del Código Penal español reza: "De los delitos contra la honestidad", parece que allí donde no haya lesión del bien jurídico: honestidad, como sucede en el caso de la violación de la prostituta, no podrá darse tampoco ese delito. La doctrina no se ha sustraído del todo a esta argumentación, reconoce que en muchos de los delitos del título IX no hay ataque a la honestidad, y aboga, de lege ferenda, por la distribución de esos delitos por otros títulos del Código o por la creación de nuevos títulos con epígrafes más adecuados (38). Pero

(33) Véase Pacheco, El Código Penal III, 1849, págs. 125, 132; Groizard, El Código penal de 1879 concordado y comentado, tomo V, Salamanca, 1893, páginas 85/86; S. Tejerina, Derecho penal español II, 1954, pág. 295; Puig, Derecho penal IV, 1959, pág. 32; Mendoza, El delito de violación, págs. 31, 113; Quintano, Curso II, 1963, págs. 339, 346; Cuello, Derecho penal, tomo II (vol. II), 1967, pág. 532; R. Devesa, Derecho penal, Parte Especial, 1969, página 163 (anteriormente, R. Muñoz/R. Devesa, Derecho penal II, 1949, pág. 261, habían mantenido otra opinión).

(34) Cfr. Crónicas de Derecho penal hispanoamericano en los años 1954-1955 y 1956-1957, en: El Criminalista, 2.^a serie, tomo III, Buenos Aires, 1960, pág. 137. Véase también lo expuesto, en referencia al Código Penal español de 1928, por J. de Asúa/Antón, Derecho penal conforme al Código de 1928, tomo II (Parte Especial), Madrid, 1929, pág. 219.

(35) Cfr. Colección Legislativa (Jurisprudencia Criminal), págs. 402-404 (404).

(36) A. 3380.

(37) J. de Asúa, El Criminalista, 2.^a serie, III, 1960, pág. 137.

(38) Sobre todo esto, cfr.: J. de Asúa/Antón, Derecho penal II, 1929, página 217: "Nuestro Código (sc. el español de 1928), en el título X del libro segundo, trata como "delitos contra la honestidad": la violación y los abusos deshonestos, el incesto y estupro, los delitos relativos a la prostitución, el rapto, los delitos de escándalo público, el adulterio y amancebamiento. Pero en realidad, el adulterio es un delito —caso de serlo— contra la relación matrimonial;

prescindamos de las consideraciones de lege ferenda: el hecho es que el extraño contenido del título IX hace preciso detenerse en el problema. Porque si el bien jurídico protegido es la honestidad, no se explica cómo es que el legislador ha incluido en el título la violación de una niña menor de doce años, aún cuando esté ya completamente corrompida; ni se entiende tampoco por qué el artículo 449 castiga el adulterio de incluso una mujer pública; ni se ve dónde está la honestidad atacada en los tipos de aquellas legislaciones que castigan la mera ejecución de actos homosexuales entre adultos; ni se alcanza a comprender por qué en los Códigos extranjeros en que es punible tal hecho se incluye en los delitos contra la honestidad a la bestialidad, siendo así que la honestidad es un concepto normativo que no puede ser referido a animales, sino sólo a personas.

La inconsecuencia que supone que el legislador haya creado un título para proteger la honestidad incluyendo luego en él delitos que no representan ataque alguno contra la honestidad, inclina a pensar que lo que en realidad sucede es que el epígrafe: "De los delitos contra la honestidad" no va referido a un bien jurídico. Estamos aquí ante un fenómeno parecido al que se da, por ejemplo, en el título VII, donde, como escribe QUINTANO (39), "el Código Penal abandona en su epígrafe la habitual redacción de tomar por base el bien jurídico" para reunir una serie de delitos sobre el fundamento común de que todos ellos son cometidos por funcionarios. Algo análogo encontramos también en el título III que alude a las "falsedades". "Este epígrafe" —vuelvo a citar a QUINTANO (40)— "tiene el inconveniente de sustituir la alusión al bien jurídico (sc. de la seguridad del tráfico fiduciario),

el rapto, un delito contra la libertad y el buen orden de la familia, y algunas formas de escándalo público, así como las infracciones relativas a la prostitución, son delitos contra las buenas costumbres y no van contra la honestidad del individuo, en su sentido estricto, sino contra la sociedad"; Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung, Beiträge zur Sexualforschung*, tomo 12, Stuttgart, 1957, quien después de constatar que "en la literatura científica y en la jurisprudencia se mencionan simultáneamente, como objeto de protección de las disposiciones penales sobre violación y coacción sexual, dos bienes jurídicos: la libre autodeterminación sexual (libertad sexual) y el honor sexual" (pág. 42), afirma: "Vemos, pues, que el bien jurídico del honor sexual ha experimentado tal proceso de socavamiento que sólo ha quedado un eslabón léxico. Lo mejor sería prescindir de él, a fin de excluir la última posibilidad de extraer consecuencias equivocadas. Si la violación de cualquier mujer, independientemente de cual sea su reputación, es punible según el § 177, es absurdo y conceptualmente falso hablar de una lesión de la honra"; y Cobo, *El bien jurídico en el adulterio* (artículo 449 del Código Penal), en *ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES* 1963, quien estima que "el legislador español no ha estado afortunado en la inscripción del adulterio en la rúbrica de 'contra la honestidad'" (página 510), y que "en forma alguna es la honestidad el bien jurídico protegido (sc. mediante la criminalización del adulterio), sin que nos encontremos vinculados a la sistemática legal" (pág. 511).

(39) Curso II, 1963, pág. 549.

(40) Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, tomo IV: Infracciones contra la comunidad social (coordinado por Gimbernat), Madrid, 1967, pág. 554.

por lo que al fin y al cabo no pasa de ser un medio comisivo, el falsario”.

En el título IX, esa es mi opinión, la referencia a “delitos contra la honestidad” pone de manifiesto algo común a los hechos allí tipificados: que se cometen mediante acciones deshonestas, inmorales desde el punto de vista del pudor. Los bienes jurídicos atacados mediante esas acciones deshonestas son muy diversos: la familia, en el adulterio; en el rapto, según la sentencia del TS de 4 de abril de 1966 (41), “la honorabilidad de la familia y la autoridad de los padres”; en la violación, la libertad sexual de la mujer. En lo que coinciden todos estos delitos es en que es una acción deshonestas la que produce la lesión del bien jurídico.

Aceptando esta tesis, nada se opone a considerar violación el yacimiento violento o intimidatorio con una prostituta. Pues el bien jurídico protegido no es la honestidad y, por ello, es indiferente la condición de la mujer. Lo único que importa es que la lesión del bien jurídico se haya realizado mediante una acción deshonestas. Y eso precisamente es lo que ha sucedido: mediante una fornicación extramatrimonial —acción deshonestas (42)— se ha lesionado el bien jurídico de la libertad sexual.

2. Pasemos a examinar el siguiente problema. La situación de las distintas opiniones es ésta: El Tribunal Supremo español, a diferencia de la jurisprudencia alemana, no ha tenido ocasión hasta ahora, por lo que alcanzo a ver, de ocuparse de la cuestión. En la ciencia, GROIZARD (43) dice que no es posible la violación de la propia esposa. La doctrina dominante española —S. TEJERINA (44), QUINTANO (45), CUELLO (46) y R. DEVESA (47)— es de otra opinión. Prescindiendo de pequeñas diferencias y matices entre los distintos autores, la tesis fundamental es ésta: El yacimiento o los abusos deshonestos con la propia esposa, usando de violencia o intimidación, es un comportamiento típico en el sentido del artículo 429 ó 430; pero el marido está amparado por la causa de exclusión de lo injusto del ejercicio de un derecho. La acción, pues —así se opina—, es típica, pero no antijurídica. Los autores españoles se apresuran a decir, y ello es

(41) A. 1766.

(42) No es posible entrar aquí en la cuestión de cuál es la moral que debe tomarse por base para interpretar el Código penal español o para crear normas juridicopenales; de ahí la provisionalidad de algunas de las tesis que aquí se exponen. Sobre el problema de la remisión de la ley a la moral, cfr., detalladamente, Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción de Gimbernat, Madrid, 1968, págs. 247 y ss.; sobre el contenido de la moral sexual desde las más diversas perspectivas, cfr. la obra “Sexualidad y crimen”, traducción de Gimbernat, Madrid, 1969, en la que figuran contribuciones de juristas, sociólogos, teólogos, psiquiatras, etc.

(43) Cfr. El Código penal V, 1893, pág. 85.

(44) Véase Derecho penal II, 1954, págs. 295/296.

(45) Cfr. Curso II, 1963, pág. 348 (véase, sin embargo, la nota 4 de esa página); Comentarios, 1966, pág. 786.

(46) Véase Derecho penal, tomo II (vol. II), 1967, pág. 534.

(47) Véase Derecho penal, Parte Especial, 1969, pág. 165.

perfectamente consecuente con su tesis, que si, por el motivo que sea, la esposa no está obligada a cohabitar con el marido, ya no concurrirá la exigencia de ejercicio de un derecho, el comportamiento típico será también antijurídico y, por ello, punible como violación. Así, se habla de violación por parte del marido cuando cohabita con su mujer en un paraje público y cuando, por padecer una enfermedad contagiosa o por el débil estado de su mujer, pone en peligro la salud de ésta. Y se habla de abusos deshonestos violentos del marido contra la mujer cuando la fuerza a realizar actos sexuales contra natura (48). En Alemania, donde en el tipo de la violación (§§ 176, número 2 y 177) se hace referencia expresa a que el yacimiento ha de ser “extramatrimonial” (49), la doctrina y la jurisprudencia admiten, sin embargo, los abusos deshonestos violentos (§ 176, número 1) sobre la propia esposa cuando se la obliga, por ejemplo, a cohabitar en público (50) o a realizar actos sexuales antinaturales (51).

(48) Por todos, cfr. Cuello, Derecho penal, tomo II (vol. II), 1967, páginas 534/535: El yacimiento “ejecutado por el marido con violencia o sin consentimiento de la mujer no constituye violación, pues aquél, al disponer sexualmente de ésta, obra en el ejercicio legítimo de un derecho, pero además la mujer no puede invocar, en el caso de resistencia violenta, la legítima defensa, pues no hay, por parte del marido, agresión ilegítima. Podrá aquél, en ciertos casos, ser responsable de vías de hecho o de lesiones causadas a consecuencia de la cópula violenta, pero no de un delito de violación... El acceso carnal violento dentro del matrimonio será ilícito y constituirá violación cuando la mujer tenga derecho a resistir, como cuando fuese peligroso para ella o para la prole (en el caso del marido sifilítico, ebrio, etc.), o cuando constituyere un acto lesivo del pudor público o del de la propia mujer (v. g., si el marido intenta realizar la cópula en presencia de otras personas). El marido que obliga, con violencia o intimidación, a su cónyuge a conjunción anormal —contra natura— no es culpable de violación, sino de abusos deshonestos, pues el acceso carnal a que se refiere el delito de violación es, como se ha dicho, el normal”.

(49) Sobre esto, en sentido crítico, Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz, 1957, pág. 44 (“Para explicar esta situación jurídica sólo pueden servir las valoraciones burguesas del siglo pasado con su característico privilegio del varón”), 117 (“Más bien me inclino a admitir que sería más coherente suprimir las distinciones entre heterosexual y homosexual, así como entre dentro y fuera del matrimonio y agrupar los delitos en un tipo unitario de la coacción sexual, en el cual únicamente se deberían destacar especialmente el coito y las acciones análogas al coito”).

(50) En este sentido, por ejemplo, v. Hentig, Sittlichkeitsdelikte unter Ehegatten, en: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, tomo 42 (1929), pág. 264, nota 3; Maurach, Deutsches Strafrecht BT, 1964, pág. 417; Welzel, Strafrecht, 1969, pág. 422; Schönke/Schröder, StGB, 1969, nota marginal 3 a al § 176, página 958; y la Audiencia Territorial de Baviera (citada en Schönke/Schröder, loc. cit.).

(51) En este sentido, por ejemplo, Hanke, Rechtsgüter bei Sittlichkeitsverbrechen, tesis doctoral, Marburg, 1926, pág. 44; v. Liszt/Schmidt, Lehrbuch, 1927, pág. 545; Frank, Das Strafbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 18 ed., Tübingen 1931, § 176 I, pág. 397; Mezger, Leipziger Kommentar II, 1958, pág. 97; y el Reichsgericht (sentencia citada en Schönke/Schröder, StGB, 1969, nota marginal 3 a al § 176, pág. 958). En contra —basándose en que en los abusos la “deshonestidad” (“acción deshonesto”) es un elemento del tipo—: Levy, Die Gewaltanwendung, 1932, pág. 39: “Tropezaría con muy grandes dificultades la constatación de lo que sea deshonesto entre

En mi opinión, el ayuntamiento carnal entre esposos no puede ser nunca ni siquiera típico en el sentido del artículo 429. Ciertamente que el marido que acude a la violencia o a la intimidación ataca la libertad sexual de la mujer; pero no lo hace como hemos visto que requiere el epígrafe del título IX, a saber: no lo hace mediante una acción deshonestas (52). La referencia a la honestidad que se hace en ese título no supone, como he tratado de demostrar, que se agrupe a toda una serie de delitos porque atacan el bien jurídico "honestidad"; la honestidad de que habla el Código lo que supone es que se ha agrupado a toda una serie de delitos por su característica común de ser acciones deshonestas que atacan bienes jurídicos de distinta naturaleza. Pues bien: el yacimiento matrimonial no puede nunca ser deshonesto. Esto requiere una ulterior explicación: cierto que el marido que, con violencia o intimidación, cohabita con su mujer, a pesar del peligro evidente que ello representa para la salud de la esposa, comete una acción reprobable. Pero la reprobabilidad no proviene en tales casos de la deshonestidad de la acción, sino de la falta de sensibilidad, de lo desconsiderado de la actuación del marido. Y el título IX sólo está ahí para castigar lesiones de bienes jurídicos mediante acciones deshonestas; para acciones reprobables por su falta de sensibilidad y por su desconsideración están otros tipos del Código. De lo dicho deriva el siguiente criterio fundamental: todo depende de si la negativa de la mujer a yacer es o no arbitraria: si la mujer —por una enfermedad o por cualquier otro motivo fundamentado— tenía razones para negarse a cohabitar, el marido responderá por un delito de amenazas condicionales o coacciones en eventual concurso con otro de lesiones. Pienso que no otra cosa debe regir para el supuesto en que el marido obliga a la mujer a yacer en un paraje público; cierto que aquí hay una acción deshonestas; pero la deshonestidad no deriva del hecho de que el marido cohabite con su mujer, sino de la falta de pudor que representa el hacerlo en público; y el desvalor que esa deshonestidad contiene queda totalmente reprimido y compensado mediante la aplicación del tipo del escándalo público que concurrirá con amenazas condicionales o coacciones y, eventualmente, con lesiones.

esposos, siendo así que éstos se otorgan la acción sexual más intensa: el coito"; Schönke/Schröder, StGB, 1969, nota marginal 3 a al § 176, pág. 958: "No es prácticamente posible ni moralmente admisible establecer, dentro del sector del matrimonio, distinciones entre acciones sexuales que son deshonestas y aquellas otras que no lo son". Sin concretar sobre el problema Binding, Lehrbuch, Besonderer Teil, I, 1902, pág. 202: "No puede pasar desapercibido que el matrimonio sustrae la deshonestidad a una serie de acciones entre los esposos y que no pueden convertirse en deshonestas aunque sean impuestas".

(52) Hemos visto (supra nota 51) que la doctrina alemana, porque figura expresamente en el tipo, requiere en los abusos la "deshonestidad" de la acción. En mi opinión, y como ya he indicado, del título IX ("De los delitos contra la honestidad") se deduce, aunque ello no se diga *expresamente* en el tipo —en la violación, por ejemplo, sólo se habla de "yacimiento", pero hay que entender "yacimiento *deshonesto*"—, que los bienes jurídicos protegidos en el título deben ser lesionados mediante acciones deshonestas.