

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación

Miriam CUGAT

I. INTRODUCCION: Del «programa de decisión» a la «decisión programada»: fundamentos para un control de constitucionalidad en la aplicación de la ley penal

En estos momentos, en que el Proyecto de Ley Orgánica de 1992 se nos ha presentado como la esperada adaptación global del Código Penal (en adelante CP) a la Constitución, resulta comprensible que el análisis de la legislación penal venga a absorber la mayoría de las expectativas y esfuerzos doctrinales, en una carrera contrarreloj para que el texto definitivo, a la vez que se adapte a las nuevas directrices constitucionales, no padezca de los defectos técnicos de sus antecesores. Sin embargo, un halo de escepticismo parece empañar una vez más las ilusiones puestas en la mencionada reforma, por razones que van más allá de la bondad o corrección técnica de ésta. Parece que la capacidad del sistema penal no está a la altura de las ilusiones puestas en él, a la vista de que, como mínimo en el caso del delito de violación aquí estudiado, no consigue cumplir de manera satisfactoria las funciones instrumentales a él encomendadas; motivo por el cual, ac-

tualmente se habla del cumplimiento de (meras) funciones simbólicas por parte de aquél. Ello nos conduce a pensar que precisamente en este momento, puede considerarse posible e incluso conveniente dirigir por un momento nuestra atención al aspecto de la aplicación judicial de la ley, sin temer perder el tren de la constitucionalización. Si bien es cierto que la adaptación del texto legal se está retardando demasiado, no es menos cierto que las *repercusiones jurídicas de la Constitución* no sólo se deben verificar en el *plano legislativo*, sino también en el *judicial*, el cual no es en absoluto secundario, sino condición de la eficacia del primero, como contrapartida de la validez del segundo.¹

Siendo así que, el camino hacia la constitucionalización del ordenamiento jurídico pasa por la efectiva aplicación de los preceptos constitucionales, no nos podemos conformar en el plano teórico con la fundamentación del *carácter normativo de la Constitución*², su superioridad en el ordenamiento jurídico, y la aplicabilidad directa y prioritaria de sus preceptos. Por las mismas razones, tampoco parece suficiente limitarse a la exigencia de *adaptación a ella de la legislación*, a lo que se dirige el último proyecto de reforma del CP, como culminación de una serie de reformas parciales de este texto legal³.

¹ Al respecto cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2.ª ed., 1990, págs. 352-355 (Ed. castellana en preparación por Editorial Trotta, Madrid). Cfr. asimismo A. Baratta, «La Jurisprudencia y la Ciencia Jurídica como fuente del Derecho», en *Las fuentes del Derecho*, Publicacions i edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 44.

² El hecho de que el carácter normativo de la Constitución, constituye ya una premisa generalmente indiscutida de los trabajos de la Doctrina Penal, nos exime de la tarea de su ulterior argumentación. Cfr. en especial J. M. Escrivá Gregori, «Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución», *Papers. Revista de sociologia*, n.º 13, UAB, Península, Barcelona, 1980, págs. 141-163; J. J. González Rus, «Teoría de la pena y Constitución», *Estudios Penales y Criminológicos* (en adelante EPC) VII, Universidad Santiago de Compostela, 1984; I. Berdugo Gómez de la Torre, «Derechos Humanos y Derecho Penal», EPC, XI, Santiago de Compostela, 1987, págs. 32-34; J. Bustos Ramírez, *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, 1987, págs. 396-398; L. Arroyo Zapatero, «Relaciones entre Constitu-

ción y Derecho Penal», *Seminario Derecho Penal y Constitución*, 10/6/1989 (ponencia mecanografiada), 1989, pág. 1. En el mismo sentido cfr. en especial: E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid (1.ª ed. 1981), 1988; J. Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de A. Azurza, Civitas, Madrid, 1988.

³ El desfile de reformas del CP que suceden a partir de 1978, va precisando los contornos de los delitos sexuales, desprendiéndose progresivamente de connotaciones moralizantes, y buscando, si bien lentamente, sus raíces en el nuevo orden de valores, principios y derechos fundamentales. Entre las reformas que afectan al Título IX cabe mencionar en primer lugar las que se derivan de los «Pactos de la Moncloa»: Despenalización de los delitos de adulterio y amancebamiento (Ley 26 de mayo, 1978, n.º 22/78), modificación de los relativos a los anticonceptivos (Ley 7 de octubre 1978, n.º 45/78); reforma del estupro, el rapto y la disposición general del artículo 443 (Ley 7 de octubre 1978, n.º 46/78). En segundo lugar, cabe mencionar, la alusión directa a la «libertad sexual» que hace el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 —en adelante PLOCP— en la rúbrica del

Pero, si bien tal reforma legislativa no es suficiente, sí que es absolutamente necesaria, y por tanto no se puede subestimar la trascendencia del impulso dado por el legislador a favor de la protección de la libertad sexual, reconocida explícitamente en la legislación penal positiva a partir de la reforma de 1989⁴, que sustituye la mención a la «honestidad» en la rúbrica del Título IX por la de «libertad sexual».

En definitiva, la completa adaptación del ordenamiento jurídico a la Constitución no se puede concebir sin una «reforma jurisprudencial», que garantice que las previsiones del texto fundamental no acaben en la esterilidad. La necesidad de tal «reforma», afecta en especial la materia del delito de violación, en la medida que en la interpretación del precepto legal que lo recoge, aparecen declaraciones sobre temas como la moral o la libertad, que enlazan con los mismos fundamentos ideológicos del Estado social y democrático de Derecho que define la Constitución: los principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, la dignidad de la persona y sus derechos y libertades fundamentales.

Para llevar a cabo el objetivo del presente trabajo, que se propone controlar el grado de adaptación de la interpretación jurisprudencial del delito de vio-

lación (art. 429 CP) al cambio en el ordenamiento jurídico que supone la entrada en vigor de la Constitución, no se ha partido de definiciones a priori de los diversos elementos típicos del delito de violación y del bien jurídico protegido, con las que contrastar las definiciones judiciales, dado que el margen de discrecionalidad en la interpretación de los términos legales y constitucionales impiden la afirmación de un único significado constitucionalmente adecuado de los términos jurídicos. De hecho, constituye una premisa generalmente aceptada en la actualidad, la afirmación de que los preceptos legales permiten, un espacio insuprimible⁵, si bien reducible⁶, de decisión judicial, que es consecuencia de un nivel irreducible⁷, si bien «controlable»⁸ de no-«univocidad» del lenguaje jurídico, al cual se añaden otro tipo de «imperfecciones» del ordenamiento jurídico⁹. Finalmente, cabe decir que, tal indeterminación de los términos legales se agudiza en supuestos como el de la interpretación y aplicación de los términos valorativos¹⁰. Por todo ello, este trabajo no se ha propuesto cuestionar la mera presencia de valoraciones en la Jurisprudencia, como tales permitidas y aún potenciadas por nuestro ordenamiento jurídico¹¹, y en especial por la Constitución¹²; ni tampoco limitarse

Título III (situado sistemáticamente a continuación de los delitos contra la libertad y la seguridad del Título II. Vid. M. E.: 43; 660); si bien éste no descarta la protección de la «honestidad» (vid. Memoria Explicativa del PLOCP: 48; Exposición de Motivos: 659; 663). En el mismo sentido apunta la Reforma del CP por Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, a partir de la cual, el perdón relativo al delito de violación dejará de extinguir la acción penal; se desvincula la responsabilidad civil de las connotaciones tradicionales de la dote, basadas en una concepción de la mujer considerada insostenible, si bien se mantiene ésta como medida especial (art. 444); y se suprime la agravante por razón de sexo del artículo 10.16. También cabe recordar el contenido de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 (en adelante PANCP), que propone la modificación de la rúbrica del que pasa a ser el Título VI, en la que se alude a la «libertad e indemnidad sexuales», y se coloca sistemáticamente este título, igual que en el PLOCP, después de los delitos contra la libertad en general (Título V), si bien de manera autónoma. A tales reformas se añade la de la Ley Orgánica 5/1988 de 9 de junio, en virtud de la cual, se sustituye la noción de delitos de «escándalo público» por los de «exhibicionismo y provocación sexual». Finalmente cabe citar a la reforma del CP por LO 3/1989 de 21 de junio (vid. infra).

⁴ Cfr. par. 20-22 del Preámbulo de la Ley 3/1989; Circular de la Fiscalía General del Estado n.º 2/1990 sobre aplicación de la Reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio (220).

⁵ Tal aserción constituye un lugar común en la teoría jurídica. Cfr. por ejemplo K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 8.ª ed., 2.ª reedición, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln, 1989, págs. 106-107; L. Ferrajoli, *op. cit.*, págs. 99-100.

El escepticismo ante el modelo de la asepsia judicial, consecuencia de la desmitificación del ideal iluminista que proclamaba la absoluta claridad de la ley, en definitiva, la crisis del imperio de la lógica, no comporta sin embargo tanto, una negación de la validez de los criterios lógicos, como una ampliación de los tipos de criterios. En este sentido Cfr. C. Aichourrón-E. Bulygin, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 304. Estos autores, si bien afirman con MacCormick, que «decidir no es deducir», no desdeñan la utilidad de las reglas de la lógica para la «reconstrucción» del razonamiento jurídico como una inferencia deductiva. En el mismo sentido se pronuncia E. Bulygin, en «Sentencia judicial y creación del derecho», en *Análisis lógico y derecho*, CEC, Madrid, 1992:356. Según este autor, si bien, dadas unas premisas, el razonamiento debe desarrollarse lógicamente, aquéllas se eligen a través de un acto de decisión entre otras posibles. De manera que la decisión fundada no es la única posible. En el mismo sentido también cfr. R. Caracciolo, en «Justificación normativa y pertenencia. Modelos de la

decisión judicial», en *Análisis filosófico VIII*, n.º 1, 1988:42, quien habla de «razones alternativas». Al respecto cfr. también la distinción entre el «proceso de descubrimiento» y el «proceso de justificación» a la que se refiere R. Alexy, en *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 220-221.

⁶ Cfr. A. Baratta, *Aspetti teorici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*. Giuffrè, Milano, 1964, pág. 89; L. Ferrajoli, *op. cit.*, págs. 44, 98.

⁷ Cfr. A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Ed Eudéba, Buenos Aires, 1963, pág. 112 y ss; Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, Anel, Barcelona, 1966, pág. 46 y ss; K. Engisch, *op. cit.*, págs. 106-137; L. Ferrajoli, *op. cit.*, págs. 96-97.

⁸ Tales «defectos» del lenguaje jurídico se pueden controlar y reducir al mínimo, de manera que se garantice, como mínimo tendencialmente, la certeza y la seguridad jurídica. A lo cual se consagra la teoría garantista expuesta por L. Ferrajoli, *op. cit.* págs. 6-7; 71-72, a la cual no le basta con la afirmación del «principio de mera legalidad», que sólo garantiza la *sujección del juez «a» la ley*, sino que exige asimismo, el respeto del «principio de legalidad estricta», que aspira a la *sujección del juez a la ley y «sólo a» la ley*, que requiere que las formulaciones legales sean de carácter *taxativo* y con *determinación empírica*, de manera que los tipos tengan un significado unívoco y preciso.

⁹ Cfr. R. Alexy, *op. cit.* págs. 23, 274 quien a parte de referirse a la vaguedad del lenguaje jurídico, apunta la posibilidad de otros problemas como el conflicto de normas, la existencia de vacíos legales o las «decisiones contra legem».

¹⁰ Cabe destacar que hasta la reforma de 1989, la «indeterminación» propia del lenguaje jurídico, en el supuesto del delito de violación se catalizaba por la interpretación de éste a la luz del concepto de «honestidad», el cual siguiendo los criterios de Engisch, se podría calificar de «indeterminado», «normativo», y hasta «valorativo».

P. Andrés Ibáñez en «Los jueces de las pasiones y las pasiones de los jueces», *Sistema*, 1984, págs. 77-79, se refiere con gran plasticidad, a la profusión en esta materia de «conceptos-válvula», que convierten los preceptos legales en «disposiciones de integración diferida» por parte del juez, a través de las cuales éste introduce «sus» criterios.

¹¹ En general, la Doctrina niega la «asepsia valorativa» del Derecho Penal. En este sentido Cfr. A. Baratta, *Aspetti*, cit., pág. 88; Extracto de *La introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970; J. J. González Rus, *Teoría*, op. cit., pág. 288; R. Alexy, *op. cit.*, pág. 27-28; L. Ferrajoli, *op. cit.*, pág. 352.

¹² Respecto la vinculación de los principios y valores constitucionales, para legislador y el juez cfr. A. E. Pérez-Luño, *Dere-*

a criticar la opción por determinadas valoraciones, cuando de hecho la Constitución y la ley las pueden llegar a consentir, y lo único que queda es plantear propuestas de «lege ferenda» o «sentencia ferenda» a favor de interpretaciones alternativas.

Lo que sí que se ha propuesto el presente trabajo, y a la vista de las mencionadas características del objeto de estudio, es el control de la justicia, igualdad o *racionalidad* en general, en la economía de distribución de un complejo sistema de valoraciones contenido en el ordenamiento jurídico¹³. En primer lugar, cabe decir que, para tal fin se ha realizado un *análisis cuantitativo contrastivo automatizado de las sentencias*¹⁴, a partir de los métodos desarrollados por André Salem, en el Laboratorio de Lexicometría y Textos Políticos de la Escuela Nacional Superior de Fontenay-St. Cloud¹⁵. En segundo lugar, cabe mencionar que el control de «racionalidad» tiene unos *límites insuperables*, como reconoce el mismo R. Alexy (*op. cit.* 36-38, 177, 278-280, 304), pero, incluso con ellos, como pone de manifiesto L. Ferrajoli (*op. cit.*), el control de racionalidad permite la limitación (que no supresión) de la potestad punitiva y la tutela de la persona contra el arbitrio. En fin, podemos decir que con ellos se puede evitar, como mínimo de manera tendencial, que el «texto» se convierta en un «pretexto» de la introducción arbitraria de valoraciones subjetivas y hasta inconstitucionales del aplicador de la ley.

Una vez expuesto el tipo de control y asumidos los límites con los que se encuentra, cabe decir que dado que el control de racionalidad en la argumentación judicial se percibe especialmente problemático por la presencia de valoraciones, el objeto de atención preferente deberá ser el *bien jurídico* (lo cual no excluye la mirada a los elementos típicos más expresivos de éste). Y ello, en la medida en que el bien jurídico, cristaliza de manera concreta los valores protegidos jurídicamente, y en especial constitucionalmente, lo que lo erige en fundamento de la intervención penal (con efectos legitimadores o deslegitimadores en función del cumplimiento de

sus requisitos)¹⁶, e instrumento de interpretación de la ley. Respecto los criterios de determinación y fundamentación del bien jurídico, cabe decir que, si bien los valores a los que se refiere se encuentran ya en el ordenamiento jurídico (por el principio de legalidad), es cometido del bien jurídico, en tanto que criterio orientador de la interpretación, la exposición de manera clara y determinada de los valores que protege cada precepto penal (principio de seguridad)¹⁷.

II. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: El dilema entre la protección de la honestidad y la libertad sexual

A) Análisis del período 1967-1978. De la ilusión acerca de la «honestidad» y otros Imponderables preconstitucionales

En este período, las afirmaciones sobre la protección de la libertad sexual, inician un camino aún no andado hasta el final ni por el mismo legislador, desgarrando una mítica unidad jurisprudencial por la fuerza de dos tensiones orientadas en sentidos opuestos (moral sexual/libertad sexual). Puesto que la confrontación todavía se resuelve a favor de la protección de la moral sexual, las referencias expresas que se hacen a la libertad sexual, no consiguen disociarse completamente de unos valores, de los cuales la mujer es el único titular, dado que por imperativo legal ella es el único sujeto pasivo posible¹⁸. De todas maneras, cabe reconocer que ya en alguna sentencia, la mención a la libertad sexual se desvincula de connotaciones relativas al género del sujeto pasivo, coherentemente con la categorización de ésta como derecho fundamental, predicable por tanto de cualquier persona (si bien no se puede olvidar que, otra vez por imperativo legal, la protección penal de la libertad sexual del hombre, aún sólo se puede articular a través de preceptos penales que prevén una menor pena para conductas equipara-

chos humanos, *Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 287; del mismo, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 63; E. García de Enterría, *op. cit.*, págs. 98-99; M. Aragón, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 74; T. Freixes-J. C. Remotti, «Los valores y principios en la interpretación constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 35, CEC, Madrid, 1992, págs. 99, 101, 105-107. Respecto a la problemática concreta de los derechos fundamentales, los cuales por un lado deben respetar los valores superiores, y por otro incorporan determinado orden de valores cfr. en especial A. E. Pérez-Luño, *Los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág. 58-61; del mismo, *Derechos humanos*, *op. cit.*, págs. 282-283; A. Baratta, «Principios del Derecho Penal Mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)», *Doctrina Penal*, n.º 40, Buenos Aires, 1987, págs. 379, 623; I. Berdugo, *op. cit.*, 32; J. Bustos, *Control Social*, *op. cit.*, pág. 399; E. García de Enterría, *op. cit.*, pág. 73; Prieto Sanchis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, págs. 111, 116, 120; T. Freixes Sanjuán, *Constitución y Derechos Fundamentales. I-Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1992, págs. 85, 113-116; Martín-Retortillo-de Otto, *op. cit.*, 26, 56-57.

¹³ Respecto a la necesidad —a la vez que dificultad— del control del complejo sistema de valoraciones, contenido en los ordenamientos jurídicos democráticos avanzados Cfr. R. Alexy, *op. cit.*, págs. 28-29, L. Ferrajoli, *op. cit.*, 907-908.

¹⁴ La aplicación de este método, ha sido posible gracias a la ayuda material de la «Caixa de Sabadell» y el asesoramiento teórico y técnico de la doctora Lydia Romeu y el doctor André Salem.

¹⁵ Sobre la fundamentación y técnicas de aplicación de tales métodos cfr. A. Salem, *Pratique des segments repetes. Essai de statistique textuelle*, INALF, Paris, 1987; A. Salem-L. Lebart, *Analyse statistique des données textuelles*, Dunod, Paris, 1988; de los mismos autores, «Approches du temps lexical». *Statistique textuelle et séries chronologiques*, *Mots*, 17, 1988; A. Salem-L. Romeu-T. Cabré, *Vocabulari de la Lexicometria*, Centre de Lexicometria, PPU, Barcelona, 1990; A. Salem-M. Tournier-P. Lafon-J. Lefèvre, *Maquinal. Principis d'enregistrament informàtic de textos*, adaptado por L. Romeu y T. Cabré, Centre de Lexicometria, PPU, Barcelona, 1992; A. Salem, «La Lexicométrie chronologique. L'exemple du Père Duchesne d'Hébert», 1993, en prensa.

¹⁶ Respecto a la aplicación de los criterios generales que se derivan del principio de protección de bienes jurídicos para el Derecho Penal Sexual cfr. J. L. Díez Ripollés, *El derecho penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal Sexual*, Bosch, Barcelona, 1981, págs. 32-39, 113-107.

¹⁷ Al respecto cfr. J. L. Díez Ripollés, *El derecho penal ante*, *op. cit.*, pág. 34, y en especial nota 107 en pág. 38, para quien «determinación» clara no es sinónimo de «inmovilización».

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) 4/4/1972 (Repertorio Aranzadi —en adelante R.A.— 1546, STS 21/11/1972 (R.A. 4865); STS 5/2/1976 (R.A. 340).

bles a la del delito de violación de la mujer)¹⁹.

En general, en esta etapa predomina la defensa, directa o indirecta, de la protección de valores y sentimientos de contenido moral, amparada por la cobertura legal que ofrece la referencia a la «*honestidad*» en la rúbrica del Título IX del CP²⁰, resistiéndose a la evolución del ordenamiento jurídico positivo, que retira progresivamente a esta Jurisprudencia las bases sobre las que mantener sus posiciones. El carácter macrosocial o supraindividual del bien jurídico, explica la trascendencia del aspecto social, que recogen con especial intensidad los conceptos de «honor»²¹, «honra»²², «pudor»²³, haciendo referencia respectivamente, al aspecto de la consideración social de la mujer, su valor social y el sentimiento de ello, si bien a veces se usan de manera indistinta²⁴.

La necesidad de protección de tal aspecto social del bien jurídico, está en la base de las justificaciones del *requisito de procedibilidad* (denuncia previa), que parten de que la publicidad de los hechos se puede considerar tanto o más grave como su misma comisión²⁵, consecuentemente, el TS justifica el indulto parcial ante supuestos de mínima publicidad²⁶. La misma concepción está también en la base de la justificación de la *gravedad de la pena*, que no cabe olvidar que se equipara a la del homicidio. Y en último lugar, explica la concepción de la «*dote*» del artículo 444, como tipo especial de indemnización para el sujeto pasivo del delito, destinada a compensar el «desvalor social» que sufre la mujer, quien además de las «consecuencias inherentes al trauma psíquico» sufrirá la «deshonra» y «capitidisminución social», determinada por la «orfandad» (respecto al «hombre»)²⁷.

La opción por la protección de la moral, acaba por convertir el juicio jurídico en juicio ético de los sujetos implicados, de manera que, el autor se define como un «grosero» y «perverso» agresor, que realiza una «bochornosa convivencia», o «acto carnal inmoral», «deshonesto», «irracional», «tortuoso», «monstruoso», «reprobable»; movido por «torpes y lujuriosos deseos», «malvado propósito» o «livianos

designios». Y del mismo modo, no se descuidan los calificativos moralizantes en relación a la mujer, como se pone de manifiesto en la referencia a la «honradez», «buena fama», «condición moral», etc. de la víctima; aunque algunas sentencias afirmen la irrelevancia penal de la condición «honesta» del sujeto pasivo.

El pulso a favor de la protección de la moral, se aprecia de manera especial en el tratamiento del consentimiento, en el que de una manera prácticamente unánime, se tiende a una uniformización de los criterios aplicables a las diversas modalidades de violación, propia de la protección de la «honestidad», predicable por igual de todos los sujetos pasivos del delito. A tal homogeneización, se llega a través de la mimetización de las diversas modalidades delictivas al modelo prototípico de la primera, la violación con fuerza o intimidación (violación «propia», «genuina» o «real»). De modo que, al resto de modalidades (violación «impropia» o «presunta») no se les atribuye suficiente autonomía como para desarrollarse al margen de la fuerza centrífuga que despliega el arquetipo del mencionado ap. 1. Es por ello que, en el resto de supuestos, en lugar de interpretarse la falta de voluntad como falta de capacidad para decidir o consentir, se suele interpretar como falta de capacidad para oponerse (concepto basado en una presunción *ius et de iure* —pues a veces se hace a pesar de datos fácticos en contra— de que si la mujer hubiera podido se hubiera opuesto) y hasta como oposición implícita o presunta²⁸ (presunción que paradójicamente entra en contradicción con la negación de la capacidad para consentir, que aparentemente es el criterio que la diferencia del apartado 1)²⁹.

Siendo la protección de la honestidad el telón de fondo también de los supuestos de los ap. 2 y 3, la falta de capacidad para consentir sexualmente se conduce a la *falta de capacidad «moral»* (o de conocer la «trascendencia», «importancia», «significado» o «moralidad» de los actos sexuales), con lo cual, se relativiza el avance que suponía la sustitución del concepto de «privación absoluta de razón»,

¹⁹ Cfr. en especial la STS 15/12/1976 (R.A. 5345).

²⁰ STS 13/5/1967, STS 27/2/1970 (R.A. 1045); STS 13/10/1970 (R.A. 4019); STS 28/2/1974 (R.A. 889); STS 28/5/1974 (R.A. 2440), en la que el TS considera que con el delito violación: «se ataca la llamada *moral sexual individual*, entendida como aquella parte del orden moral, que limita, por razones éticas las manifestaciones del instinto sexual en la comunidad nacional».

Igualmente: STS 18/12/1975 (R.A. 4862), STS 22/3/1976 (R.A. 1227) respecto al delito de «abusos deshonestos»; STS 25/1/1977 (R.A. 99); STS 8/3/1978 (R.A. 874); STS 30/3/1978 (R.A. 1086); STS 23/5/1978 (R.A. 2034); STS 15/11/1978 (R.A. 3442).

²¹ STS 12/4/1975 (R.A. 1624); STS 22/12/1976 (R.A. 5515); STS 25/1/1977 (R.A. 99).

²² STS 30/1/1968 (R.A. 713); STS 22/12/1976 (R.A. 5515); STS 15/12/1976 (R.A. 5345).

²³ STS 22/5/1970 (R.A. 2173); STS 4/2/1971 (R.A. 486); STS 14/11/1972 (R.A. 4824); STS 9/11/1974 (R.A. 4281); finalmente en relación a los abusos deshonestos STS 17/2/1976 (R.A. 781).

²⁴ Cfr. STS 17/2/1976 (R.A. 781); STS 22/3/1976 (R.A. 1227)

²⁵ STS 30/3/1978 (R.A. 1086).

²⁶ STS 23/5/1978 (R.A. 2034).

²⁷ STS 5/2/1977 (R.A. 322); STS 24/2/1977 (R.A. 672); STS 11/4/1977 (R.A. 1588).

²⁸ STS 16/5/1968 (R.A. 2505); STS 12/6/68 (R.A. 2908); STS

30/5/1970 (R.A. 2246); STS 13/10/1970 (R.A. 4019); STS 4/2/1971 (R.A. 486); STS 28/9/1973 (R.A. 3386); STS 11/12/1973 (R.A. 4960); STS 9/11/1974 (R.A. 4281); STS 9/6/1975 (R.A. 2824), STS 5/12/1976 (R.A. 340); STS 11/4/1977 (R.A. 1549); STS 23/5/1978 (R.A. 2034). Cfr. en especial STS 21/5/1969 (R.A. 2935): «la misma falta de reacción defensiva de la ofendida, que al no constar que existiera, tuvo que llamar la atención del procesado haciéndole comprender que se trataba de ser casi inconsciente».

También STS 28/5/1974 (R.A. 2440), que considera que en el ap. 2: «de percatarse aquélla del alcance del acto con ella ejecutado se hubiera opuesto, aunque no lo haga por carencia de razón.»

²⁹ Pero la Jurisprudencia oscila en este punto. A favor de la aplicación simultánea del ap. 1 y 3 (criterio de la negación implícita) la STS 8/2/1967 (R.A. 588), según la cual «la violación real confirma la presunta».

En contra expresamente de la anterior argumentación, y por tanto a favor de la incompatibilidad entre tales tipos, se pronunciará la STS 5/12/1976 (R.A. 340) (criterio de la falta de capacidad). Según la cual, la «oposición no demuestra inteligencia, ni supone conocimiento del alcance del acto carnal, sino defensa natural y primaria al margen de toda racionalidad, e incluso contra la fuerza ejercida sobre ella, ciertamente existente».

por el de «privación de la capacidad para consentir en aquel ámbito de la vida».

Consecuentemente con la idea de la «oposición presunta» del sujeto pasivo, en estos supuestos se hablará de «*fuerza presunta*» del sujeto activo. La imposición de tal criterio único, incidirá también en la aproximación entre los ap. 2 y 3. En este sentido, se puede observar la elaboración de criterios comunes, como el de la «*edad mental*», que se puede considerar una verdadera creación jurisprudencial, pues no se deduce del precepto legal³⁰. Al margen quedan algunas pocas sentencias, que se esfuerzan por autonomizar el bien jurídico protegido de los ap. 2 y 3 respecto al ap. 1.³¹

Si bien la sola referencia a la moral sexual, bastaba en principio para situar el bien jurídico en el ámbito de *protección macrosocial*, los términos con los que se menciona o incluso con que se ilustra la conducta típica despejan las últimas dudas que podían existir en relación al espacio que queda a la libertad sexual individual, que en efecto es reducido. El vocabulario utilizado contribuye en primer lugar a *cosificar* el objeto de protección, que se relaciona con la «*virginidad*» o «*pureza*» de la mujer; tal *cosificación* explica el extendido uso de expresiones que presentan *la relación sexual como un acto de «entrega»* de la mujer. En este sentido y por todas vid. STS 28/2/1974 (R.A. 889), que, con un vocabulario más «*militarizante*» que «*militante*», considera protegido,

«el derecho de la fémina para decidir su entrega al hombre»

y considera que se debe valorar cuál ha sido la «causa de la entrega por su idoneidad, y del cese de la oposición de las dos voluntades en guerra, con el triunfo de la del violador.»

³⁰ Doctrina recogida en las sentencias que para aplicar el ap. 2 se basan en la edad mental del sujeto: STS 27/6/1967 (R.A. 3416); STS 5/6/1968 (R.A. 2804); STS 21/5/1969 (R.A. 2935); STS 29/5/1969 (R.A. 3005); STS 23/9/1969 (R.A. 4146); STS 26/1/1970 (R.A. 449); STS 22/5/1970 (R.A. 2175); STS 30/5/1970 (R.A. 2246); STS 15/2/1974 (R.A. 764); STS 28/5/1974 (R.A. 2440); STS 9/11/1974 (R.A. 4281); STS 9/6/1975 (R.A. 2824); STS 21/6/1976 (R.A. 3122); STS 12/4/1977 (R.A. 1641); STS 23/5/1978 (R.A. 2034).

Tal equiparación conceptual lleva también a una confusión terminológica, que se puede apreciar en sentencias como la STS 28/9/1973 (R.A. 3386), que habla de la «*impubertad cronológica*».

Finalmente en alguna sentencia aislada se interpreta que el ap. 3 se refiere a la edad mental (en contra la doctrina prácticamente unánime de que el ap. 3 se refiere a la edad «*cronológica*»). Así, en la STS 20/3/1970 (R.A. 1475), en la que se alego en un supuesto en que la niña tenía una edad cronológica inferior a doce años, pero de edad mental superior. La razón de que fuera inaplicable no fue por la incorrección del criterio, sino que no se consideró probada qué edad aparentaba la niña ni cuál era su «*discernimiento*». En el mismo sentido también la STS 11/12/1973 (R.A. 4960).

³¹ La STS 4/2/1971 (R.A. 486) afirma que el precepto del art. 429.3 quiere evitar «*impactar ética y psicológicamente con un trauma trascendente la vida del menor*».

Así en la STS 22/3/1976 (R.A. 1227) el TS justifica la regulación del mismo supuesto diciendo que: «*estos acaecimientos ocurridos en tan temprana niñez, producen con frecuencia efectos retardados, traumatizando, más pronto o más tarde, fuertemente la psique de la víctima de demasías sexuales, la que sufre grave impacto con consecuencias residuales de carácter anormal respecto a su futura y sana sexualidad una vez haya llegado a la pubertad*».

En último término, el espacio de libertad que se reconoce a la mujer parece reducirse a la libertad para decidir dejarse «*violado*». Por ello, no es casual que la STS 28/9/1973 (R.A. 3386), se refiera a la protección penal de la «*autorización*» del «*allanamiento*» (sinónimo de «*violación*») de la «*intimidad femenina*».

En segundo lugar, y después de apartar («*expropiar*») el objeto de protección de la mujer, se *traslada* no sólo fuera de su ámbito vital de relación, sino incluso por encima de éste, en el plano de los valores «*supraindividuales*», con lo cual la mujer aparece como blanco de una agresión, que la afecta no tanto como sujeto de relación, sino como propietaria y hasta garante de un valor ajeno y superior a ella. Ello queda de manifiesto en las expresiones que recogen términos propios de los bienes jurídicos «*supraindividuales*» o «*macrosociales*», de manera que la agresión se convierte en un «*ultraje*», ante el que debe reaccionar la mujer, con una contundencia al mismo nivel que el bien afectado, tal como revela la *escenificación «militarizante»* de la agresión, y la exigencia de una *resistencia «heroica»*³². En este sentido, son especialmente reveladoras las declaraciones de la STS 6/6/1972 (R.A. 2988), que aprecia la oposición de una

«resistencia seria y constante de la mujer atacada que tenaz y firmemente luchó para no dejarse avasallar ni vencer, aun a costa de su integridad física»

La introducción jurisprudencial del requisito de la *resistencia* como elemento «*típico*»³³, y hasta indicador de normalidad³⁴, (excediendo los límites del mero valor probatorio que pueda aportar, tanto respecto a la fuerza típica, como la intimidación), vendrá

También la STS 11/4/1977 (R.A. 1549) subraya el trauma trascendente en la vida de la menor.

³² Así la STS 28/2/1974 (R.A. 889) describe la violación como «*dos voluntades en guerra, con el triunfo de la del violador*», y hace referencia a la *resistencia «heroica»*.

En el mismo sentido: STS 10/10/1975 (R.A. 3624).

También la STS 15/12/1976 (R.A. 5345), que en un supuesto de violación con fuerza describe como ella «*termina rindiéndose o capitulando*».

Igualmente la STS 22/12/1976 (R.A. 5515): «*imponiéndose a la serie (sic), porfiada y continuada resistencia de ella, acabe doblegándola y someténdola a una conjunción sexual que en ningún modo deseaba y a la que se opuso con todo su poderío físico, bien logrando la capitulación o rendición de la referida mujer*».

Así como la STS 21/2/1977 (R.A. 602): «*las características que debe revestir la citada intimidación para que pueda juzgarse o reputarse eficaz e idonea, son las que, en cada caso, basten para que la mujer capitule y se rinda, quedando subyugada por la dominante pasión y los acuciosos deseos lubricos del agente*».

También la STS 31/5/1978 (R.A. 2050).

³³ STS 21/5/1969 (R.A. 2937); STS 24/3/1971 (R.A. 1498); STS 6/6/1972 (R.A. 2988); STS 30/6/1972 (R.A. 3465); STS 14/11/1972 (R.A. 4824); STS 28/2/1974 (R.A. 889); STS 16/2/1976 (R.A. 585) se refiere a la «*vis grata puellis*»; STS 15/12/1976 (R.A. 5345); STS 19/6/1977 (R.A. 2730); STS 8/3/1978 (R.A. 874); STS 9/10/1978 (R.A. 3124); STS 13/11/1978 (R.A. 3648); STS 15/11/1978 (R.A. 3442).

En especial cfr. STS 31/5/1978 (R.A. 2050): «*dado entre ambos vida al binomio fuerza-resistencia, de cuya real e indispensable presencia o existencia depende en definitiva la calificación del hecho enjuiciado como delito de violación*».

³⁴ Así la STS 21/5/1969 (R.A. 2935), STS 1/6/1978 (R.A. 2224).

a diluir los logros jurisprudenciales que consiguen renovar la concepción de la fuerza típica. Pues, si bien se sustituye el concepto de fuerza «absoluta» o «irresistible» por el de fuerza «suficiente» («necesaria», «idónea», «eficaz») al fin de «yacer»³⁵, que tiene en cuenta las circunstancias concretas del caso³⁶; a su vez con la introducción del requisito de la «resistencia» («natural», «abierta», «evidente», «ostensible», «inequívoca», «verdadera», «seria», «firme», «tenaz», «porfiada», «constante», «mantenida», «prolongada») se acaba volviendo al punto de origen de la «fuerza invencible», pues la demostración de su «vencibilidad» cuestionaría seguramente su «seriedad» y destipificaría la fuerza. Quizás sea cierto, que el nuevo criterio no exija una fuerza tan grave (aunque se podría dudar de ello, a la vista de la reiteración en la apreciación de lesiones³⁷), pero no es menos cierto que lo hace a costa de la introducción de criterios vagos que vienen a ampliar los márgenes de discrecionalidad judicial. Ello plantea problemas, en especial en el supuesto de tentativa, en el cual por definición no queda probada la «suficiencia» de la fuerza³⁸. En todo caso, se debe reconocer que, en algunas sentencias no se hace referencia a la «resistencia», sino a la existencia de una «oposición»³⁹. En definitiva pues, la fuerza típica se definirá como aquella capaz de vencer la resistencia⁴⁰, y el fin típico como el dirigido a lograr el yacimiento venciendo la resistencia⁴¹.

En el reverso de la resistencia, está la llamada «*vis grata puellis*»⁴², expresión con la cual la Jurisprudencia hace referencia al supuesto de la oposición formularia o «juego pseudo ruboroso y aparentemente recatado», ante una fuerza tácitamente consentida y hasta querida por la mujer, para hacer más atractivo el acto carnal. En este supuesto, el

consentimiento «tácito», que se supone por su «normalidad»⁴³, eleva una presunción (en general contraria a la voluntad expresa de la mujer) a causa de atipicidad.

Finalmente, cabe decir que se toma en especial consideración (generalmente en sentido exculpante) el carácter instintivo e impulsivo de la sexualidad masculina. La idea de la «incontinencia»⁴⁴ del hombre no parece, sin embargo, tomar por sorpresa a la Jurisprudencia, cada vez que ante su presencia mitiga la reacción punitiva, sino que precisamente constituye uno de los presupuestos antropológicos de los que se parte, ya que no es sino la otra cara de la moneda de la desconfianza en la «autorregulación» moral de la persona y la consiguiente legitimación de la imposición coactiva de normas «heterónomas» en el campo de lo sexual.

Las afirmaciones sobre tal carácter, aparecen en la fundamentación del aspecto subjetivo del tipo, adjetivado de «lúbrico», «lascivo» o «libidinoso», que se concibe como expresión de un instinto primario, al mismo nivel que el de alimentarse, del cual el aparato metafórico de la Jurisprudencia, extrae imágenes y expresiones como la del «apetito sexual» y las «necesidades de saciarlo». Aún más, el instinto no aparece como una mera característica del hombre, sino «la» característica, la misma esencia de la virilidad, en la misma medida en que se desconoce en la mujer «normal» (y por el contrario, se aprecia en la «anormal»)⁴⁵.

Las consecuencias penales de las anteriores afirmaciones se dejan ver de manera concreta en la *determinación de la pena*. En ésta, se tiende a la «desresponsabilización» del autor, quien es tratado no sólo como sujeto activo del delito, sino también y simultáneamente como «víctima»⁴⁶ de unos instintos

³⁵ STS 2/7/1970 (R.A. 3193); STS 24/3/1971 (R.A. 1498); STS 17/1/1973 (R.A. 235); STS 22/3/1974 (R.A. 1420); STS 17/3/1976 (R.A. 1167); STS 8/3/1978 (R.A. 874); STS 9/10/1978 (R.A. 3124); STS 13/11/1978 (R.A. 3648)

³⁶ STS 30/6/1972 (R.A. 3465); STS 28/2/1974 (R.A. 889).

³⁷ STS 8/2/1967 (R.A. 588); 29/11/1971 (R.A. 5267); STS 23/5/1972 (R.A. 2644); STS 21/11/1972 (R.A. 4865); STS 17/4/1973 (R.A. 1768); STS 12/3/1975 (R.A. 1136); STS 12/4/1975 (R.A. 1624); STS 6/5/1975 (R.A. 1943); en la STS 2/10/1975 (R.A. 3534) llegan a la muerte; STS 18/12/1975 (R.A. 4862); STS 16/2/1976 (R.A. 585); STS 18/11/1976 (R.A. 4822); STS 8/3/1978 (R.A. 874); STS 30/3/1978 (R.A. 1086); STS 9/10/1978 (R.A. 3124). Quizás a la vista de la proliferación práctica de tales lesiones en el delito de violación, la sentencia STS 28/2/1974 (R.A. 889) quiere aclarar que ello no se debe a ninguna exigencia el tipo: «que pueden inexistir a pesar del empleo de la violencia, máxime cuando ésta no es extrema, por actuar debilitándola la coacción moral antecedente y coetánea».

³⁸ Problemática que se plantea entre otras en la STS 24/3/1971 (R.A. 1498).

³⁹ STS 22/3/1974 (R.A. 1420); STS 12/4/1975 (R.A. 1624).

⁴⁰ STS 21/5/1969 (R.A. 2937).

⁴¹ STS 6/6/1972 (R.A. 2988).

⁴² STS 28/2/1974 (R.A. 889); STS 5/2/1976 (R.A. 340); STS 17/3/1976 (R.A. 1167); STS 15/12/1976 (R.A. 5345); STS 18/3/1977 (R.A. 1133); STS 31/5/1978 (R.A. 2050), en la cual el TS propone un indulto parcial; STS 1/6/1978 (R.A. 2224); STS 9/10/1978 (R.A. 3124); STS 13/11/1978 (R.A. 3648); STS 15/11/1978 (R.A. 3442)

⁴³ Así en la STS 2/7/1973 (R.A. 2957) no se aprecia violación ni estupro porque lo único que se considera probado es que el sujeto eliminó los escrúpulos de la mujer «siendo esto lo normal en toda entrega, en que la mujer gene-

ralmente deja hacer, o consiente tacitamente, y hasta con oposición aparente».

En el mismo sentido STS 28/9/1973 (R.A. 3386) «consabida vis grata»; STS 19/12/1975 (R.A. 4922); STS 21/2/1977 (R.A. 602) admite su existencia pero no la aprecia en el presente caso: «vis grata puellis» o a las incitaciones o halagos varoniles normales y acostumbrados en cualquier juego erótico y que lo sazonan aumentado su atractivo».

⁴⁴ Tal concepto no es extraño a la historia de la legislación penal española. De hecho ya aparece en el «Proyecto de Código Criminal de 1830», que en la rúbrica del Título 26 del Libro Primero dice «De los delitos de incontinencia de todas las especies». Igualmente en el «Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sáinz de Andino» la Sección 4ª del Título 10º dice «De los delitos de incontinencia con ofensa o daño privado».

⁴⁵ Curiosamente, sólo se reconoce en las mujeres cuando éstas se hallan «privadas de razón». Así la STS 15/6/1968 (R.A. 2951). Y la STS 26/1/1970 (R.A. 449).

«con la inteligencia y voluntad tan debilitadas, que dominadas por el instinto carnal realizó, el acto, sin que el culpable tuviese que emplear fuerza ni intimidación»

(...) «porque los actos de la vida vegetativa y sensitiva como propios de la vida animal, pueden realizarse sin la dirección de una inteligencia consciente, cual ocurre en los seres irracionales; ya que no basta con saber que se realiza un determinado acto, sino que es preciso saber discernir su alcance y trascendencia para poder ejecutarlo o rechazarlo».

⁴⁶ La STS 23/5/1967 (R.A. 2512); STS 15/10/68 (R.A. 4287) «preso de un intento deseo lúbrico... para dar satisfacción a su apetito sexual»; STS 21/5/1969 (R.A. 2937); STS 29/5/1969 (R.A. 3005); STS 12/6/1969 (R.A. 3620); STS 6/6/1972 (R.A. 2988); STS 17/1/1973 (R.A. 235); STS 22/2/1974 (R.A. 854); STS 28/5/1974 (R.A. 2440); STS 9/11/1974 (R.A. 4281); STS 18/12/1975 (R.A. 4862) «satisfacer repugnantes instintos de cap-

irreprimibles. Paralelamente a ello, la mujer no es tratada como una simple víctima del delito, sino como corresponsable del mismo, cuando de su conducta se deduce que ha actuado «provocativamente», es decir, cuando conduce al autor a una situación en la cual éste perderá infalible e irreparablemente el control, poniendo en peligro la honestidad que ella debe proteger. En definitiva, para la determinación de la pena, se contabilizan todos los elementos considerados relevantes desde los anteriores presupuestos. Y, a través de la aplicación de un especial juego de atenuantes, se compensará la gravedad de la conducta de violación, por un lado con las eximentes que se basan en el carácter instintivo del autor (9.1 en relación al art. 8.1 y 8.3⁴⁷, 9.2⁴⁸, 9.8⁴⁹), y por otro, con las que tienden a la desresponsabilización del autor por la simultánea culpabilización de la víctima, al no haber defendido como debía su «honestidad»⁵⁰. En estos supuestos, la víctima aparte de presenciar como se le retira la protección penal, signo de un reproche que no encuentra otra vía de «sanción» a la que formalmente aparece como sujeto pasivo, que no sea la proporcional exculpación del autor; deberá soportar la sutil y callada complicidad que se muestra con la «sanción privada» que aplica a la mujer el varón «despechado», «decepcionado» y «frustrado», por la imposible expansión de unas legítimas expectativas sexuales, infundadamente despertadas por aquélla que después de «provocarlo» se «echa atrás» (cfr. en especial STS 22/12/1976 (R.A. 5515)).

En síntesis, se desplaza parte de la atención del sujeto activo al sujeto pasivo, de manera que la calificación jurídico-penal definitiva del primero, parece depender de la previa calificación moral y más detenida del segundo⁵¹, la que se expresa con una ge-

nerosidad terminológica, que se echa a faltar en la adjetivación del sujeto activo, para quien se reservan términos más técnicos o neutrales⁵², y que presenta a aquélla ora como «débil», «crédula», «inexperta», «pudorosa», «recatada», «impúber», «inmadura», «ingenua» o «candorosa», ora como «inmoral», «provocadora», «frívola», «ligerera», «liviana», «fácil», «imprevisora», «promiscua», «propicia» y hasta «propiciatoria».

B) Análisis del período 1979-1988⁵³. La llegada de la protección de la libertad sexual, y sin embargo, todavía despropósitos jurisprudenciales contra propósitos constitucionales

En esta etapa, las declaraciones jurisprudenciales ya no se pueden reconducir a una concepción considerablemente homogénea como ocurría en el supuesto anterior. Contrariamente, aquí se pueden identificar manifestaciones judiciales encuadrables en todas y cada una de las posiciones doctrinales, si bien unidas por una alusión generalizada a la libertad sexual. Como sea que nuestro oficio nos previene de la creencia en las casualidades, hemos buscado las razones de tales oscilaciones jurisprudenciales. De manera que, en la exposición del contenido de esta etapa, no se ha buscado tanto el factor denominador común de unas fundamentaciones judiciales esencialmente coincidentes, como los factores que deciden la fragmentación del anterior consenso.

En primer lugar, cabe decir que tales «razones» no son siempre ideológicas al 100 por 100, puesto que el vocabulario utilizado en la Jurisprudencia está condicionado por la *terminología legal* a la que debe

tar la *crudeza de la acción animal*»; STS 14/12/1976 (R.A. 5338) «impulsividad e impremeditación el inculcado actúa movido, más que en ningún otro, por sus primarios instintos»; STS 21/2/1977 (R.A. 602); STS 1/6/1978 (R.A. 2224).

Por todas, vid. la STS 29/3/1971 (R.A. 1508): «Que las apetencias sexuales son tan variadas que apenas hay límite, ni muralla que las contenga, y aunque a veces no resultan explicables para un hombre normal, es lo cierto que en la realidad se presentan, de múltiples formas y sin que el varón presente ninguna anomalía intelectual, aunque sea bien anormal el hecho que realiza».

⁴⁷ La STS 23/5/1972 (R.A. 2644) respecto a la psicopatía de desarrollo paranoico con delirio de celos, que se considera que pueda causar la imputabilidad disminuida del 9.1. del CP, en relación con el art. 8.3. Si bien no la aplica al caso juzgado, en el que aplica la atenuante analógica en relación al art. 8.1.

⁴⁸ STS 11/12/1973 (R.A. 4960); por la «merma de sus frenos psíquicos inhibitorios de los instintos», STS 22/3/1974 (R.A. 1420); STS 17/3/1976 (R.A. 1167).

⁴⁹ La STS 26/11/1971 (R.A. 5187) considera que a pesar de la clara voluntad en contra de la muchacha, se debe tener en cuenta la «incitación del varón que aquélla produjo»; pero no aplica la atenuante de «arrebato», porque ni se alegó ni tendría efectos sobre la pena que ya se impone en el grado mínimo; la STS 12/4/1975 (R.A. 1624) pone especial énfasis en la «responsabilidad» de la mujer en la comisión del delito. Por lo cual considera que si se hubiera alegado, se hubiera podido aplicar la circunstancia del artículo 9.8, pero como no es así el TS propone el indulto; La STS 2/2/1978 (R.A. 327) aprecia la circunstancia del 9.5, aún no habiendo sido alegada en primera instancia, porque como los hechos probados contienen todos los requisitos de aquélla, el Tribunal tiene la obligación de aplicarla incluso de oficio. Considera aplicable la circunstancia del 9.5 o 9.8, que es más genuinamente pasional. Entiende que los tocamientos que hicie-

ra a la mujer con el consentimiento de esta constituyen «estimulos poderosos para producir ofuscación en la inteligencia y sobreexcitación en la voluntad determinantes de un obrar instintivo e irreflexivo».

⁵⁰ Cfr. STS 13/5/1971 (R.A. 2290); STS 26/11/1971 (R.A. 5187); STS 23/5/1972 (R.A. 2644); STS 15/2/1974 (R.A. 764); STS 19/12/1975 (R.A. 4922); STS 14/12/1976 (R.A. 5338); STS 22/12/1976 (R.A. 5515); STS 21/2/1977 (R.A. 602); STS 2/2/1978 (R.A. 327); STS 23/5/1978 (R.A. 2034). La STS 3/12/1979 (Jurisprudencia Criminal —en adelante J.C.— 1253) califica la conducta de la mujer como imprudente y traslada a ésta la doctrina de la «actio libera in causa», tratándola de manera equivalente al sujeto activo, STS 30/9/1981 (R.A. 3411). En contra, la STS 19/6/1977 (R.A. 2730) considera que no es prueba del consentimiento de la mujer al coito, el hecho de que hubiera consentido actos sexuales previos.

⁵¹ La misma conclusión se desprende de la investigación sobre la Jurisprudencia relativa al delito de parricidio de C. Fernández Villanueva-A. I. Fernández Cantero-P. Orts Poveda, *La mujer ante la Administración de Justicia. El caso del Parricidio*, Ministerio de Cultura-Instituto de la Mujer, Madrid, 1988, págs. 38, 46-66.

⁵² Se puede apreciar como la mujer aparece designada como la «ofendida»; «víctima»; «hembra»; «femina»; «agredida sexualmente»; «agraviada»; «interesada»; «mujer atacada»; «perjudicada»; «doncella»; «mujer»; «muchacha»; «chica»; «joven»; «mujer incipiente»; «impúber»; «niña». Mientras que al sujeto activo se lo designa con los términos más neutrales o técnicos como «hombre», «procesado» «culpable», con ausencia del resto de términos equivalentes a los femeninos como el «chico» o el «muchacho» violador.

⁵³ A partir de la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978.

atenerse, y que no predetermina la definición del bien jurídico en un sentido unívoco. En este sentido, el concepto de «honestidad» aparece en supuestos en los que la argumentación judicial se sirve de la alusión a la *rúbrica del Título IX*, bien para hacer consideraciones de tono general sobre todos los delitos contenidos en aquel título, bien para conectar los delitos del Título con otros externos a él, como con el delito de robo con violación. Si se tiene en cuenta que el uso de tal concepto obedece más a razones circunstanciales (redacción legal) que propiamente ideológicas, será fácil comprender que en este supuesto de robo con violación, aparezcan referencias a la libertad sexual, cuando interese afirmar expresamente que tal es el contenido del bien jurídico. Ello ocurre en los supuestos de delito continuado, en los que sólo la afirmación de un bien de carácter eminentemente personal, como la libertad sexual, permite excluir la aplicación de tal figura⁵⁴. Igualmente en los supuestos en los cuales el sujeto pasivo es la prostituta, en los que se tiene presente que sólo la referencia a la libertad sexual y no a la «honestidad» permite extenderles la protección penal⁵⁵. Además, de modo general, se puede apreciar una tendencia creciente a sustituir las referencias a la «honestidad» por las de la libertad sexual.

El influjo de la terminología legal, se hará notar también en los supuestos en que se hace referencia a las conductas que contempla el artículo 430 que contenía el delito de «abusos deshonestos» («agresiones sexuales» a partir de la reforma de 1989). Así, cuando se hace referencia a las conductas precedentes a la conducta de «yacer», se habla de «actividades deshonestas», «abusos deshonestos», o «actividades impúdicas», incorporando la misma expresión o sinónimas de la que caracteriza el «nomen» legal del delito, el cual será de aplicación en caso que quede probada la ausencia de la finalidad propia de la violación.

En segundo lugar, cabe decir que, determinados temas asociados en la etapa precedente a la fundamentación de la protección de la «honestidad» mantendrán unos vínculos privilegiados con la terminología propia de aquella concepción del bien jurídico, aún cuando en la misma sentencia se proclame la protección de la libertad sexual.

En concreto, y en primer lugar, en el supuesto de *mujer privada de razón o de sentido o menor de doce años*, se mantiene la tendencia jurisprudencial a considerar que el bien jurídico protegido es la «ho-

nestidad». Aunque, en supuestos de privación de sentido, se planteará también la protección de la libertad sexual, sobre la base de que el sujeto puede estar carente sólo temporalmente de la capacidad para consentir, y por tanto se le pueden reconocer espacios de libertad.

La referencia a la «honestidad» también aparecerá en supuestos de resistencia heroica o como mínimo tenaz de la mujer⁵⁶, propia, como ya se ha visto, de la concepción macrosocial del bien jurídico protegido. En la interpretación de este elemento, del mismo modo que hemos visto en otros lugares, se puede observar una evolución cronológica, en la que las referencias a la «honestidad» se verán progresivamente reemplazadas por las alusiones a la «libertad sexual»⁵⁷.

El tratamiento del problema de la *consumación* no es especialmente claro. Aquí, la referencia casi obsesiva al tema de la desfloración de la mujer, y con ello de su previa virginidad se presenta como una arma de doble filo, porque, si bien expresamente se reitera la irrelevancia de tal dato, el alto grado de recurrencia a tal argumento, muy por encima de las necesidades probatorias respecto al hecho de la penetración, puede hacer pensar que la anterior concepción no está completamente superada ni por los mismos jueces.

También en el tema de la *perdón* aparecen las ideas propias de la protección de la «honestidad»⁵⁸, de la misma manera que en los argumentos relativos al *requisito de procedibilidad*⁵⁹, y en la doctrina sobre la «dote»⁶⁰.

Finalmente, la concepción antropológica del hombre como ser que actúa sexualmente movido por sus *instintos*, se mantiene incluso en aquellas sentencias que afirman la protección de la libertad sexual, aunque precisamente era uno de los argumentos de los que se servía el planteamiento que defiende la protección de un orden moral de carácter heterónomo, impuesto coactivamente al hombre⁶¹. De la misma manera que se ha visto en el análisis de la primera etapa, las referencias en este sentido aparecen de manera especial en el ámbito de la *tipicidad subjetiva*, en el que se mantiene la idea de que el ánimo delictivo es expresión de un instinto primario e irreprimible, con la consiguiente «adulteración» del contenido de la conducta típica, por obra de la introducción de unas «imágenes culturales» que tendrán una efectiva repercusión en la calificación jurídica de la conducta⁶². De tal caracterización de los autores como sujetos dominados por sus instintos⁶³, se des-

⁵⁴ Cfr. por ejemplo STS 19/12/1982 (J.C. 1621).

⁵⁵ Cfr. por ejemplo STS 18/2/1983 (J.C. 206).

⁵⁶ Cfr. en especial la STS 30/9/1981 (J.C. 3411):

«cuando la joven ofendida resistió tenaz y largamente, la acometida sexual del más tarde fallecido, evidenció que no consentía ni deseaba el desafuero y que estaba dispuesta a oponerse a todo intento de yacer con ella (...) al desistir (...) merced a la porfiada resistencia de la ofendida, ya sabía y le constaba que ésta no accedía a ninguna extralimitación y que solo por la fuerza se podría doblegar su honestidad (...) sin que lograra poseerla gracias a la «fiereza», tenacidad y hasta ingenio de la citada ofendida».

⁵⁷ STS 6/2/1984 (J.C. 165); STS 17/2/1984 (J.C. 244):

«para vencer la indudable oposición y resistencia con que la ofendida defendió su honestidad y recato moral que no pudo ser vencida por aquél, pese a sus malos tratos de palabra y obra (...) en su torpe y lascivo deseo y hasta qué extremos defendió su libertad y honor sexual la ofendida».

⁵⁸ STS 21/6/1982 (J.C. 862); STS 16/7/1982 (J.C. 1049).

⁵⁹ Así la STS 3/3/1984 (J.C. 315)

⁶⁰ STS 20/2/1979 (J.C. 207)

⁶¹ Así en la STS 6/5/1981 «lamentable hecho social revelador de brutalidad erótica y de regresión a épocas ancestrales de barbarie, actualmente superadas pero que permanecen latentes en la naturaleza humana» () dada la animalidad que subyace en el ser humano (...); STS 8/6/1983 (J.C. 871) «delincuencia atávica y que encuentra sus raíces en los más bajos instintos».

⁶² En este sentido, cabe destacar que la STS 22/5/1980 (J.C. 624) no aprecia el delito de «abusos deshonestos» por la masturbación que siguió al yacimiento, porque se considera que ambos hechos se resumen en una misma intención, un «idéntico móvil lascivo». Siendo irrelevante pues, que el contenido de la voluntad sea reconducible a la realización de dos conductas típicas.

⁶³ STS 5/2/1982 (J.C. 120); STS 30/5/1987 (J.P. 956).

Lo cual como ya habíamos visto, definía al «hombre», de modo

prende su tratamiento como «semi-inimputables» casi por definición⁶⁴, en la medida en que se aprecian tipos de «enfermedades» «a medida» de los requisitos de las respectivas atenuantes⁶⁵; como por ejemplo, la «perversión sexual» (STS 16/01/1986 (J.P. 31), la «psicopatía amorosa de origen genético» (STS 22/12/1981 (J.C. 1542) o la «agresividad canalizada hacia la figura femenina»⁶⁶. A tal caracterización es especialmente proclive el TS, ante supuestos en los que se prueba la ingestión de alcohol por parte del sujeto activo, en la medida en que se considera factor desinhibidor y hasta multiplicador de los impulsos, que fundamenta las correspondientes repercusiones en la determinación de la pena⁶⁷. Tal caracterización, igual que en la primera etapa no sólo tiene la función de exculpar al sujeto activo, sino la de «culpar» correlativamente a la mujer que actúa sin tener en cuenta el peligro que acecha bajo cada figura masculina, y que no se protege como «debería» ante él, o hasta actúa de manera que provoca los «instintos» de aquél. Por lo que no es de extrañar que se le aplique al sujeto pasivo la figura de la «*actio libera in causa*» inicialmente concebida para el sujeto activo (STS 3/12/1979 (J.C. 1253).

Al lado de tales temas, se dan otros que contarán con un especial trato de favor en las argumentaciones defensoras de la *libertad sexual*.

Entre éstos se destacan las fundamentaciones del supuesto de violación con *fuerza o intimidación*, en las cuales se admite de manera unánime que se actúa «contra la voluntad de la víctima».

También en la definición del *sujeto pasivo*, se subraya que para la calificación de un sujeto como tal, es irrelevante su condición «honesta», si bien no es un criterio absolutamente firme en la Jurisprudencia. A favor de tal argumento, se aduce la asociación de la libertad sexual a los derechos y libertades fundamentales⁶⁸, como tales, relativos a cualquier persona, a cualquier mujer en este caso.

En las alegaciones de *delito continuado*, el TS se basa en el carácter eminentemente personal de la libertad sexual para descartar su aplicación en supuestos de violación, a diferencia de lo que ocurre con los otros delitos contra la «honestidad»⁶⁹. No obstante, se mantienen conceptos propios de la protección de la «honestidad»⁷⁰. Se puede considerar paradójico, que en este caso, la afirmación de la libertad sexual comporte en la práctica, la defensa de

una pena exasperada, sólo aceptable a partir de las premisas contrarias, que defienden precisamente la protección de la honestidad.

En el tema del *consentimiento*, se aprecian vaivenes en la determinación del bien jurídico, que se pueden leer como el fruto del difícil equilibrio que se mantiene entre: las declaraciones de protección de la libertad sexual a las que se asocia por definición (y que se considera afectada en supuestos de actuación contra o sin la voluntad de la víctima), y las rémoras de la protección de la honestidad a la que se vincula por tradición (apreciables en el requisito de «resistencia», la tendencia a la homogeneización entre los diversos supuestos, etc.).

Finalmente, se puede destacar la relevancia del *factor temporal*. En este punto, los datos obtenidos a través de los programas informáticos que desarrollan los métodos de análisis cuantitativo pueden contribuir a corregir la idea que se podría desprender de una primera lectura de la Jurisprudencia, de que la protección de la libertad sexual es un tema resuelto porque ya se menciona de manera generalizada en la Jurisprudencia. Efectivamente, como demuestran los datos obtenidos a través de tales métodos, la referencia a la libertad sexual es prácticamente unánime, pero a la vez muestran que hay una renovación a lo largo del tiempo del aparato terminológico general (fenómeno conocido como «tiempo léxico»). Por ello, la explicación de tal evolución no se puede buscar en la determinación expresa del bien jurídico protegido, sino en la interpretación concreta de los elementos típicos delictivos, expresiva del ámbito de relación social concreto que efectivamente se protege.

Entre los términos soporte de tal evolución, se pueden destacar entre otros, aquellos con los que se designa al sujeto pasivo. Al respecto, se puede observar una evolución a lo largo del tiempo, que parte del uso predominante del término «ofendida», en el cual se enfatiza el «sentimiento» del sujeto pasivo respecto a la acción agresora, como sucedía con la «honra», y el de «víctima». Este término se sustituye progresivamente por otros más técnicos, como «perjudicada» o «denunciante». A pesar de tal evolución, algunos temas, como el de la dote, continuarán siendo proclives a utilizar el vocabulario propio de la primera etapa estudiada.

Respecto a la *mujer privada de razón*, se mantiene la interpretación propia del período preconstitu-

que la referencia al instinto sexual en la mujer sólo aparece cuando se la considera inimputable. Cfr. STS 17/3/1981 (J.C. 367).

⁶⁴ STS 18/4/1980 (J.C. 440); también la STS 20/1/1982 (J.C. 36), en la que se aplica la atenuante del art. 9.1 en relación con el art. 8.1; STS 31/3/1984 (J.C. 493); STS 16/1/1986 (J.P. 31); STS 31/1/1986 (J.P. 127); STS 23/4/1986 (J.P. 580); STS 18/6/1986 (J.P. 904), en las alegaciones del recurrente; STS 26/9/1986 (J.P. 1156); STS 31/1/1987 (J.P. 139), «psicopatía desalmada»; STS 30/10/1987 (J.P. 1994); STS 7/11/1987 (J.P. 2110); STS 23/2/1988 (J.P. 480); STS 12/3/1988 (J.P. 671).

La misma asociación del hombre a tal actuación instintiva y pasional lleva a la STS 22/12/1986 (J.P. 1737) a negar la posibilidad de aplicar la atenuante de arrebatado u obcecación, a la vista de que la «pasión sexual» es considerada ingrediente del mismo delito. Con lo cual si bien aquí no comporta efectos atenuantes, acaba por reafirmar una imagen que actúa en general en tal sentido. En el mismo sentido STS 3/12/1979 (J.C. 1253).

⁶⁵ Al respecto cfr. Fernández et al., *La mujer ante la Adminis-*

tración de Justicia. El caso del Parricidio, Ministerio de Cultura-Instituto de la Mujer, Madrid, 1988, págs. 42, 60.

⁶⁶ Que permite a la STS 3/7/1987 (J.P. 1220) aplicar la circunstancia atenuante del artículo 9.1 al artículo 8.1

⁶⁷ STS 25/11/1983 (J.C. 1568); STS 9/12/1988 (A.TS).

⁶⁸ STS 17/3/1981 (J.C. 367); STS 2/2/1984 (J.C. 139).

Al respecto, cabe recordar que en la STS 7/11/1987 (J.P. 2110), el TS acordó elevar al Gobierno una Exposición dirigida a promover una reforma legislativa, para que se incluyeran otros tipos de «yacimientos» («contra natura») entre personas de distintos e iguales sexos, de manera que quedara protegido el hombre en las mismas condiciones que la mujer.

⁶⁹ Cfr. STS 22/1/1979 (J.C. 60); STS 21/4/1980 (J.C. 451); STS 25/6/1981 (J.C. 897); STS 31/1/1986 (J.P. 127); STS 21/3/1986 (J.P. 429); STS 7/3/1986 (J.P. 625); STS 18/6/1988 (J.P. 1599), la STS 13/12/1988.

⁷⁰ STS 22/1/1979 (J.C. 60); STS 6/2/1979 (J.C. 123); STS 27/10/1981 (J.C. 1204).

cional de que es necesaria la capacidad de conocer la trascendencia o valoración moral de sus actos. De la misma manera, se recurre todavía al criterio (ahora con mero valor indiciario) de la edad mental⁷¹. De todos modos, se introducen nuevos criterios interpretativos que alejan esta Jurisprudencia de la anterior. En este sentido, se empieza a equiparar este supuesto al de alienación del artículo 8.1⁷², y se introduce el requisito del «abuso»⁷³, avanzando de este modo el contenido de la reforma de 1989.

También se vuelve la mirada a interpretaciones preconstitucionales, en el tratamiento judicial de la *resistencia*⁷⁴, y de la «*vis grata puellis*»⁷⁵, neutralizándose con ello, el avance que suponía el criterio de la fuerza relativa («suficiente», «eficaz» o «adecuada»)⁷⁶, o como mínimo subordinándolo a criterios de discrecionalidad judicial. El progreso respecto tal jurisprudencia se consigue aquí con la admisión de un supuesto mixto de «fuerza-intimidación»⁷⁷, en el que caben aquellos supuestos en los que no se aprecia una fuerza invencible, a partir de la consideración de que la primera cantidad de fuerza tendría efectos intimidantes⁷⁸. Tal evolución en la interpretación es acompañada por una paralela evolución en el uso del vocabulario, en el que se sustituirá progresivamente el concepto de «resistencia» (de la «víctima» u «ofendida») por el de «oposición» (de la «víctima», en especial del delito de robo con violación), y con ello unos requisitos del elemento típico por otros.

III. CONCLUSIONES

1. En primer lugar, a partir del análisis de la Jurisprudencia, observamos que a supuestos de

hecho equivalentes, dadas las premisas de las que de manera explícita parte el juez en su argumentación, se les asignan soluciones jurídicas diversas. Así por ejemplo, la prueba de la oposición de la mujer recibe diferente trato en supuestos equivalentes de violación con fuerza, en función de si se aprecia o no una previa provocación de la víctima⁷⁹. La primera conclusión apunta pues, en el nivel de la *fundamentación interna*⁸⁰, a la *denuncia de la afección al principio de universalidad, con las consiguientes repercusiones en el principio de igualdad*, que impone como ha reiterado el Tribunal Constitucional, tratar igual aquello que es igual, lo cual no se cumpliría, al tratar diferente aquello que se diferencia sólo en función de unas premisas ilícitas, y por tanto incapaces de fundamentar un trato desigual.

2. El método de análisis de contenido contrastivo automatizado, nos ha ayudado a descubrir las premisas implícitas presentes en la argumentación judicial⁸¹, y que hemos localizado a través de la asociación de determinado vocabulario a conceptos relevantes jurídico-penalmente, que se ha leído como indicativo de la «opinión» judicial sobre ellos. A la vista de tales premisas «implícitas», la «irracionalidad» a la que nos referimos en la primera conclusión se revela como la otra cara de la moneda de una «*lógica real*» y *diferente de la «explícita»*⁸², la cual explica mucho más sa-

⁷¹ STS 28/3/1979; STS 17/03/1981 (J.C. 367), STS 21/4/1981 (J.C. 539); STS 7/10/1981 (J.C. 1112); STS 27/10/1981 (J.C. 1204); STS 5/2/1982 (J.C. 120); STS 3/3/1984 (J.C. 315), STS 20/12/1985 (J.C. 1886); STS 31/3/1986 (J.P. 464).

⁷² STS 28/3/1980 (J.C. 372); STS 7/5/1983 (J.C. 671).

⁷³ STS 7/10/1981 (J.C. 1112), citando al PLOCP; STS 24/10/1981; (J.C. 1195); STS 5/2/1982 (J.C. 120); STS 23/5/1985 (J.C. 837); 22/1/1986 (J.P. 63); STS 30/5/1987 (J.P. 956); STS 10/10/1987 (J.P. 1761).

⁷⁴ STS 12/11/1980 (J.C. 1238), STS 20/11/1980 (J.C. 1287); STS 6/5/1981 (J.C. 601); STS 1/6/1981 (J.C. 767); STS 16/11/1981 (J.C. 1308); STS 10/7/1982 (J.C. 991); STS 18/2/1983 (J.C. 206); la STS 7/5/1983 absuelve ante la prueba de oposición pero no de resistencia; STS 28/11/1983 (J.C. 1568); STS 2/2/1984 (J.C. 139); STS 17/2/1984 (J.C. 244); STS 19/2/1984 (J.C. 247), que considera que la víctima no opuso la suficiente resistencia ante la simple amenaza de hacerla llegar tarde a su casa; STS 2/7/1984 (J.C. 1038), STS 28/5/1986 (J.P. 789); STS 27/8/1986 (J.P. 957); STS 3/11/1986 (J.P. 1368) no considera suficiente la presencia de una «negativa inconsistente o un enfrentamiento formal, más o menos convencionales, insuficientes para tildar de violento el ataque sexual»; la STS 17/3/1987 (J.P. 423) niega el requisito de la presencia de una resistencia heroica, y considera suficiente que sea real, decidida, razonable y de suficiente entidad; en el mismo sentido la STS 24/6/1987 (J.P. 1148), que considera que tal exigencia sería discriminatoria para los sujetos pasivos de este delito en relación con otros en los cuales no se exige; STS 21/3/1988 (J.P. 745); STS 6/4/1988 (J.P. 883); STS 19/10/1988 (A.TS. 126); STS 19/10/1988 (A.TS. 131); STS 24/10/1988 (A.TS. 179); STS 27/10/1988 (A.TS. 202).

⁷⁵ STS 20/11/1980 (J.C. 1287); STS 6/5/1981 (J.C. 601); STS 1/7/1982 (J.C. 918); STS 7/5/1983 (J.C. 671); STS 5/10/1985 (J.C. 1379); STS 6/4/1988 (J.P. 883); STS 15/4/1988 (J.P. 937); STS 19/10/1988 (A.TS. 126); STS 27/10/1988 (A.TS. 202).

⁷⁶ En este sentido Cfr STS 22/5/1980 (J.C. 624); STS 16/11/1981 (J.C. 1308); STS 1/7/1982 (J.C. 918); STS 2/6/1986 (J.P. 804); STS 26/9/1986 (J.P. 1152); STS 3/11/1986 (J.P. 1368);

STS 10/5/1988 (J.P. 1210). En contra: STS 23/5/1979 (J.C. 648).

⁷⁷ STS 12/11/1980 (J.C. 1238); STS 5/2/1981 (J.C. 115); STS 15/12/1981 (J.C. 1489); STS 12/6/1985 (J.C. 967); STS 29/2/1988 (J.P. 543).

⁷⁸ STS 6/5/1981 (J.C. 601)

⁷⁹ En Fernández y otros, *op. cit.*, se pueden encontrar datos sobre el grado de respeto al principio de igualdad, en la jurisprudencia pre y postconstitucional sobre el parricidio.

⁸⁰ Se debe subrayar que en el esquema teórico de Alexy, el criterio para distinguir la fundamentación interna de la externa depende del objeto de análisis: las premisas a partir de las cuales se desarrolla la fundamentación (externa), o el desarrollo a partir de las premisas (interna). En cambio en la teoría de Ferrajoli y Baratta, la distinción entre la justificación interna o intrasistémica respectivamente, y la externa o extrasistémica, depende de su ubicación dentro o fuera del ordenamiento jurídico positivo.

⁸¹ Con el concepto de «premisas implícitas» nos referimos a datos contenidos de manera explícita en la Jurisprudencia (puesto que el análisis se ciñe exclusivamente al discurso judicial publicado en las colecciones oficiales de sentencias del Tribunal Supremo), pero que no se toman directamente como premisas de la argumentación jurídica.

⁸² Respecto al concepto de «lógica del funcionamiento» y funciones reales del sistema» cfr. A. Baratta, «Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social», *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, 1989, págs. 45-46.

Respecto al carácter «ideológico», y en concreto político, de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cfr. el trabajo de F. J. Bastida, *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*, Ariel Derecho, Barcelona, 1986, págs. 14-16. En el mismo sentido, y respecto a los delitos contra la «honestidad»/«libertad sexual» cfr. el trabajo de J. J. Ruiz-Rico, *El sexo de sus señorías. Sexualidad y tribunales de justicia en España*, Ed. Temas de hoy, Madrid, 1991, en el cual expone los «arquetipos» por los que se rige la «lógica real» de una Jurisprudencia, que concibe como espejo de los valores sociales. Respecto a la aplicación por parte de los jueces de valores cul-

tisfactoriamente las oscilaciones jurisprudenciales en la interpretación de unos mismos elementos típicos, y que en definitiva se conduce a la «moral sexual social». A tal «segundo código», denunciado por la Criminología Crítica desde su identificación inicial por McNaughton-Smith⁸³, se podría añadir en el terreno de lo sexual hasta un doble nivel de segundo código, pues, pareciera que la moral sexual que fluye paralela a los valores positivizados, y que parece explicar la «lógica real» de la argumentación judicial, contiene su propia hipocresía⁸⁴.

3. Finalmente, en el nivel de la *fundamentación externa*, cabe denunciar la presencia de premisas (implícitas) cargadas de *estereotipos o valoraciones culturales contrarios*⁸⁵ a los valores constitucionales. Al respecto cabe precisar en primer lugar, que no se objeta el mero recurso a los estereotipos, puesto que a la vista de las actuales investigaciones de psicología social, se reconoce su asociación al proceso de significación de lo real, así como su inevitabilidad en los procesos de comunicación⁸⁶. Sin embargo, su utilización en la argumentación jurídica, *no se puede admitir sólo por sus «funciones prácticas», si estos estereotipos contradicen los valores constitucionales*, como el de igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 1 y 14 de la Constitu-

ción), y ello, porque el juez, en virtud del artículo 9.2 del mismo texto legal, está obligado a «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas»⁸⁷, a lo que se opondría una utilización de estereotipos «inconstitucionales», que además por la fuerza del «precedente», acaban elevándose a la categoría de «elementos típicos de hecho»⁸⁸, o «presunciones *iuris et de iure*», con efectos tan reales como discriminadores⁸⁹. En este sentido se pueden criticar ideas jurisprudencialmente acuñadas como la de «resistencia», la «vis grata puellis», la presunción de inmadurez sexual de la víctima menor de doce años, el móvil pasional del autor, etc. En último lugar, cabe advertir que, con ello no se pretende negar la posibilidad de apreciar en los hechos probados la efectiva presencia de resistencia, o de elementos que fundamenten la atenuación de la inimputabilidad del autor, sino plantear la ilegitimidad que supone considerar tales ideas, estereotipos, como patrones de lo que representa una «verdadera» violación, puesto que con ello no sólo se adultera el contenido estricto del precepto legal, en el cual se introducen de contrabando nuevos elementos de creación jurisprudencial, sino que además se contradicen valores constitucionalmente reconocidos.

turales en estos delitos cfr. también P. Andrés Ibáñez, *op. cit.*, págs. 79-82, 85.

⁸³ Concepto acuñado por McNaughton-Smith, en «The Second Code Toward (or Away from) an Empiric Theory of Crime and Delinquency», *The Journal of Crime and Delinquency*, vol. 5, 1986.

⁸⁴ En este sentido es interesante la afirmación de Ruiz-Rico, *op. cit.* 42-45, quien observa agudamente que la misma cultura que valora una relación como legítima, en tanto que contribuye a mantener el orden», incita a la ilegítima, a la cual se le supone la quinta esencia de los placeres.

⁸⁵ Actualmente, parece admitirse la trascendencia de las valoraciones en la determinación de los hechos, tanto si se parte de que constituyen «prejuicios» de la calificación jurídica (F. J. Bastida, *op. cit.*, págs. 15, 22), que surge de una sentencia estructurada formalmente en dos fases, como si, se parte de la existencia de un proceso unitario, que reconoce un nexo dinámico entre interpretación y aplicación, en el fenómeno que desde Hassemmer, se ha venido a conocer como la «espiral hermenéutica». Al respecto cfr. las reflexiones de A. Baratta en *la introduzione*, *op. cit.*, págs. XXI-XXII, así como en *La Jurisprudencia*, *op. cit.*, págs. 42-43, sobre la interrelación entre el momento «interpretativo» (del enunciado normativo, premisa mayor) y «aplicativo» (interpretación de los hechos, premisa menor). Respecto a la introducción de estereotipos en la Jurisprudencia alemana sobre delito de violación vid. el completo trabajo de M. H. Abel, *Vergewaltigung. Stereotypen in der Rechtsprechung und empirische Befunde*, Beltz, Weinheim-Basel, 1988.

⁸⁶ Tal es la concepción sobre los estereotipos que se mantiene vigente en los estudios de psicología social desde los años setenta. Con la cual se supera la inicial concepción negativa vigente en los años treinta-cuarenta, que los identificaba con actitudes individuales, irracionales, impregnadas de «prejuicios», incorrectas y hasta patológicas (J. L. Sangrador, «Esterotipos y cognición

social: una perspectiva crítica», *Interacción Social*, Madrid, 1/1991.

⁸⁷ Respecto a las repercusiones del poder judicial en el conocimiento y percepciones de los ciudadanos, cfr. A. Garzón, «Psicología social y Tribunales de Justicia», en *Psicología social y sistema penal*, compilación a cargo de F. Jiménez Burillo y M. Clemente, Alianza editorial, Madrid, 1986, págs. 136-137. En concreto, respecto a la incidencia de las concepciones judiciales sobre el delito de violación, en el comportamiento de la policía y el Ministerio Fiscal vid. M. H. Abel, *op. cit.*, págs. 248-250.

⁸⁸ En este sentido y respecto a la introducción judicial del requisito de la «resistencia» en la apreciación del delito de violación cfr. C. Suay Hernández, «Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación», *La Ley*, 1992. En Baratta, *La Jurisprudencia*, *op. cit.*, pág. 45, se puede encontrar una crítica a tal proceso de «tipificación jurisprudencial». Se pueden encontrar ejemplos de tales «creaciones judiciales» también en F. J. Bastida, *op. cit.*, pág. 22.

⁸⁹ Respecto a la «construcción social de la realidad» a la que contribuyen tales estereotipos, a la vista del fenómeno de la espiral hermenéutica cfr. Baratta, «Proceso penal y realidad en la imputación de la responsabilidad penal. La vida y el laboratorio del derecho», *Revista General de Derecho*, n.º 531, Valencia, diciembre, 1988, págs. 6655 y ss; del mismo autor cfr. *La introduzione*, pág. XXIV; del mismo autor, *Por una teoría*, págs. 35-38, con abundantes referencias bibliográficas en pág. 38: nota 29) En concreto, respecto al delito de violación cfr. M. Los, *The Struggle over the Definition of Rape in Canada in the 1980's*, ponencia mecanografiada para el «XIIth World Congress of Sociology», Madrid, 9-13 julio 1990, pág. 1. En este sentido, J. J. Ruiz-Rico, *op. cit.*, págs. 26, 50, quien observa que, incluso a pesar de la reforma legal y la tendencia jurisprudencial a afirmar la libertad sexual de la mujer, «la vieja concepción, que como el Cid Campeador gana batallas después de formalmente muerto, aparece por donde menos se espera».