

# El delito de estupro - incesto

LORENZO MORILLAS CUEVA,  
Profesor adjunto interino de Derecho  
penal en la Universidad de Granada

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—1. *Determinaciones previas*. 2. *Consideraciones de Derecho comparado*. 3. *Codificación española*.—II. EL TIPO DEL ARTÍCULO 435.—1. *Objeto de protección*. A) Bien jurídico protegido en los delitos de incesto. B) Su protección real en nuestro Código penal. A') Emplazamiento sistemático. B') Objeto jurídico. 2. *Elemento objetivo*. A) Sujetos del delito. B) Conducta típica. C) Diferencia con figuras afines. A') Con otras modalidades de estupro. B') Con la violación. C') Con los abusos deshonestos. D') Con los matrimonios ilegales. 3. *Elemento subjetivo*. 4. *Punibilidad*. 5. *Especiales formas de aparición*. A) La consumación y el problema de las formas imperfectas. B) Concurso de delitos. A') Concurso ideal. B') Concurso real. C) Pluralidad de acciones y unidad de delito. La problemática del delito continuado. D) La circunstancia mixta de parentesco del artículo 11 y la agravante específica del artículo 452 bis g). 6. *Consecuencias jurídicas del delito*. A) Pena. B) Responsabilidad civil especial. C) Extinción de la responsabilidad criminal: el perdón de la ofendida.—III. CONCLUSIONES.—1. *Conclusiones de "lege data"*. 2. *Conclusiones de "lege ferenda"*.

## I. INTRODUCCION

### 1. DETERMINACIONES PREVIAS

Según recoge Seelig "el incestuoso menosprecia la «barrera del incesto», que prohíbe, en nuestro círculo de cultura, el tráfico sexual entre parientes próximos, especialmente en las líneas ascendente y descendente"<sup>1</sup>. La forma incestuosa aparece de esta manera impregnada de múltiples consideraciones en atención generalmente al agente que la realiza, al medio donde se produce y a la ideología que la sustenta.

Es indudable que el hecho incestuoso se ofrece con caracterís-

---

1. SEELIG, ERNESTO, *Tratado de Criminología*. Traducción castellana y notas de José María Rodríguez Devesa. Madrid 1958, pág. 143.

ticas criminológicas y sociológicas de especial consideración. La mayoría de las veces son encontradas anomalías psíquicas que interfieren notablemente en el comportamiento incestuoso del sujeto. Particularmente coincidentes son los estudios realizados por diversos autores en el sentido de apreciar en estos delincuentes una llamativa cifra de individuos con base psicopatológica <sup>2</sup>.

Esclarecedor en este aspecto es el estudio llevado a cabo por Plaut <sup>3</sup> que sobre 63 casos de incesto con propia hija, registra, en base al grado de inteligencia de los autores, los siguientes datos: 3 están sobre el nivel medio, 8 en el nivel, 33 por bajo y 19 son endebletes mentales o imbéciles <sup>4</sup>.

Más analítico, Von Hentig distingue el tipo de los asociales de los seniles, alcohólicos y esquizoides y plantea —acertadamente— la posibilidad de amor y ternura en las relaciones incestuosas de los individuos comprendidos en el primer grupo <sup>5</sup>.

No es nuestra idea al constatar estos y otros datos que más adelante podremos argumentar en relación al complejo problema de la culpabilidad, el intentar desviar la atención primordial de tales supuestos tan cercanos a estados patológicos, en sugerencias sobre la culpabilidad del autor ni, por ahora, introducir en el orden jurídico-penal ningún principio fundamentalmente nuevo que altere la idea matriz de culpabilidad que debe regir en el Derecho penal actual, sólo intentamos una llamada de atención sobre la complejidad y características de la mayoría de los sujetos incestuosos que, inevitablemente, deberá incidir a la hora de completar las situaciones legales para los supuestos de inimputabilidad e imputabilidad disminuida y, en el mejor de los casos, en el momento de replantearse la propia posibilidad legal del delito de incesto.

Junto a los aspectos biológicos citados no son menos interesantes dentro del fenómeno incestuoso las posibles causas sociales que lo determinan. En la mayoría de los casos, los factores sociales, tales como promiscuidad familiar, viudedad, abandono de la esposa o

2. Vid. WULFFEN, ERICH, *Der sexual Verbrecher* (Siebente Unveränderte Auflage). Berlín 1920, pág. 631; VON HENTIG-VIERNSTEIN, *Untersuchungen über den Inzest*. Heilderberg 1925, págs. 7 y ss.; PLAUT, PAUL, *Der Sexualverbrecher und seine Persönlichkeit*. Stuttgart 1960, págs. 82 y ss.; SIMSON, GERHARD y GEERDS, FRIEDRICH, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte*. München 1969, págs. 415-416.

3. PLAUT, PAUL, *Der Sexualverbrecher...*, cit., pág. 94.

4. A parecidas conclusiones llegó VIERNSTEIN en sus investigaciones sobre los penados por este delito en el establecimiento penal de Straubing (Baviera), al constatar que sólo un 16 por 100 no tenían rasgos patológicos, siendo los restantes sujetos anormales. Vid. VON HENTIG-VIERNSTEIN, *Untersuchungen...*, cit., págs. 10 y ss. También el Dr. Kubo, citado por Hirano, investiga sobre el tema, aunque sus deducciones manifiestan un número inferior de individuos anormales. De 36 casos analizados en establecimientos médicos y sociales de Hiroshima, cinco se revelan con síntomas de esquizofrenia y ocho evidencian perturbaciones psico-patológicas. Vid. HIRANO, RYUICHI, *Les offenses a la famille et à la moralité sexuelle en droit japonais*, en "Revue Internationale de Droit Penal", año 1964, pág. 916.

5. HENTIG, HANS VON, *El Delito*, tomo II, Madrid 1971, págs. 338-339.

aislamiento en lugares apartados aparecen como causa influyente en la realización del hecho. En este sentido, Von Hentig llega a la conclusión de que, “a veces, somos nosotros mismos lo que creamos efectos nocivos extremos nacidos del mundo circundante y que rebasan la capacidad de resistencia del hombre medio”<sup>6</sup>. Si reflexionamos sobre un ejemplo —citado por el propio Von Hentig— podemos advertir toda la trascendencia de esta afirmación: “Un sujeto de 50 años, viudo, dormía con su hija de 23 años y dos hijos de tres y seis años en una sola cama.” Consecuencia: incesto.

Estas dos notas, médica y sociológica, que inciden la mayoría de las veces en su realización, se pueden ver incrementadas con un tercer factor de discusión: la reprobación social del hecho.

Es constatable que la idea de orden se diferencia radicalmente de cultura a cultura. Como afirma Herrmann “entre las distintas culturas se dan las mayores diferencias, en especial en las concepciones sobre la moral sexual”<sup>7</sup>. No obstante ser el incesto uno de los temas de la vida íntima más condicionado por tabús y aparecer dirigido por “influencias sociales —sobre todo educativas— que han ido creando, en el curso de la Historia de la Humanidad, un horror al incesto; horror que encontramos en la mayoría de los hombres, aunque, por motivos difícilmente explicables, no en todos ellos”<sup>8</sup>, su disvalor social presenta diferentes acepciones. Para König “las formas de la vida sexual cambian enormemente con las distintas clases y estratos sociales, lo que permite, en consecuencia, inferir una valoración muy diversa de lo sexual”<sup>9</sup>. Revelador es el testimonio de Von Hentig al explicar como “el campesino tiene que enfrentarse a los problemas sexuales de forma distinta, más despreocupada, más natural, e incluso más brutal, que el hombre de la ciudad. Juzga con menos severidad numerosas acciones inmorales que se realizan en los graneros o en los establos durante las largas noches de invierno. Existe una pequeña criminalidad sexual de aldea, que no se aprueba, pero que tampoco se divulga, y sólo en raros casos se denuncia. Los niños del campo son en estas cosas precozmente maduros, las campesinas envejecen de forma prematura y el adulterio del padre se critica únicamente cuando comienza a derrochar la herencia de sus hijos. Aumenta el peligro de incesto cuando la mujer cae enferma, la hija entra en la adolescencia y la familia vive aislada”<sup>10</sup>.

En consecuencia, “el horror al incesto —afirmamos con Bauer—

6. HENTIG, HANS VON, *El Delito*, cit., tomo III, pág. 30.

7. HERRMANN, FERDINAND, *El Derecho Penal Sexual desde el punto de vista etnológico. Sexualidad y Crimen*. Versión de la 3.<sup>a</sup> ed. alemana, por Enrique Gimbernat, pág. 132.

8. BAUER, FRITZ, *El Derecho Penal Sexual en la actualidad. Sexualidad y Crimen*, cit., pág. 20.

9. KÖNIG, RENÉ, *Delitos contra la honestidad y problemas de la conformación de la vida sexual en la sociedad presente. Sexualidad y Crimen*, cit., pág. 367.

10. HENTIG, HANS VON, *El Delito*, cit., tomo I, págs. 290-291.

no tiene nada que ver con una «voz de la sangre»; como la conciencia del hombre, tampoco el respeto por la barrera del incesto es algo innato, sino adquirido”<sup>11</sup>.

Por ello, un planteamiento sereno del tema, sin prejuicios apriorísticos, deberá tomar en consideración todos los índices que posibiliten una adecuada interpretación del problematismo que engendra en sí la idea de incesto.

El enfrentamiento doctrinal con tan sugestivo tema se ha realizado desde divergentes puntos de vista. Carrara impugna su punición cuando tenga lugar con consentimiento<sup>12</sup>. Pessina y Puglia —siguiendo a Carrara— sólo reconocen a la circunstancia de parentesco el valor de una agravante especial para los delitos contra el pudor o la honra sexual<sup>13</sup>. También Garraud parece situarse en análogas premisas<sup>14</sup>. En España, Groizard es igualmente contrario a su punición, alegando que el incestuoso, al pecar gravemente contra Dios, contra la moral y contra el grito de su propia conciencia, ultraja la dignidad del género humano, no la de las leyes<sup>15</sup>.

Este planteamiento omisivo brillantemente defendido por el sector doctrinal citado, se ve modernamente reconsiderado por algunas de las más actuales y progresistas manifestaciones criminológicas que ven en las severas regulaciones tradicionales factores de regresión que no propician las finalidades a cumplir.

No obstante todo ello, es en la actualidad absolutamente mayoritaria la doctrina que se define —desde una variada y multifrónica gama de posibilidades— por una sanción penal para los hechos incestuosos, aludiendo generalmente a razones de índole familiar, social o individual<sup>16</sup>.

11. BAUER, FRITZ, *El Derecho Penal Sexual...*, cit., pág. 20.

12. CARRARA, FRANCISCO, *Programa de Derecho Criminal*. P. E. vol. III. Buenos Aires 1946, págs. 439 y ss.

13. Vid. PESSINA, EURICO, *Elementi di Diritto Penale*, II, Marglieri di Gius 1833, parágrafo 151; PUGLIA, FERDINANDO, *I reati di Libidine e contro il buon costume*. Nápoles 1886, pág. 94.

14. GARRAUD, R., *Traité du Droit Penal Français*, tome IV (troisième édition). París 1924, págs. 489 y ss.

15. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO, *El Código penal de 1870*, tomo V, Salamanca 1893. Págs. 146 y ss.

16. En este sentido, y entre otros, vid. MANFREDINI, MARIO, *Dei Delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*, en “Trattato di Diritto Penale”, 2.ª ed., vol. IX, Milano 1921, págs. 205 y ss.; PISAPIA, DOMENICO, *Delitti contro la Famiglia*. Torino 1953, págs. 574 y ss.; MAGGIORE, GIUSEPPE, *Derecho Penal*. P. E., vol. IV, Bogotá 1955, págs. 208 y ss.; MEZGER, EDMUND, *Derecho Penal*. P. E., traducción de la 4.ª ed. alemana por A. Finzi. Buenos Aires 1959, págs. 118 y ss.; MANZINI, VICENZO, *Trattato di Diritto Penale*, vol. VII, Torino 1951, págs. 731 y ss.; ANTOLISEI, FRANCESCO, *Manuale di Diritto Penale*. P. E., 5.ª ed., Milano 1966, pág. 343; QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Curso de Derecho Penal*, II, Madrid 1963, págs. 391 y ss.; CUELLO CALÓN, EUGENIO, *Derecho Penal*, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, tomo II, P. E., vol. 2.º, 14 ed., Barcelona 1975, págs. 617 y ss.; DIEGO DÍAZ-SANTOS, MARÍA DEL ROSARIO, *Los delitos contra la familia*. Madrid 1973, págs. 346 y ss.; POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, *Introducción a los delitos contra la honestidad*. Sevilla, 1975, págs. 66 y ss.; SÁINZ CANTERO, JOSÉ ANTONIO, *Derecho Penal*, II, U. D./2. UNED. Madrid 1974, pág. VIII/12;

## 2. CONSIDERACIONES DE DERECHO COMPARADO

Una rápida aproximación al Derecho comparado nos muestra esencialmente tres grupos diferenciados en cuanto a la forma de considerar el incesto dentro de su normativa legal: a) Códigos que no tipifican expresamente las relaciones incestuosas. b) Códigos que no previenen el incesto como tal infracción, pero lo presentan en forma de agravante específica o como variedad de otro delito de parecida configuración. c) Códigos que tipifican las relaciones incestuosas como delito autónomo.

El incesto no aparece regulado en los Códigos penales de URSS, Japón, Paraguay, San Marino, Luxemburgo y Bolivia. Esta afirmación no hay que entenderla en el sentido de su no punición en cualquier caso, sino en el de su especificación legal. Indudablemente, en los Códigos citados el incesto como tal no se castiga, pero existen supuestos incestuosos contenidos en tipicidades más genéricas. En este sentido, el Código penal boliviano agrava en su artículo 423 la seducción de mujer cuando el autor sea "... persona a quien esté encargada la guarda, asistencia o educación de la ofendida, aprovechándose de sus funciones...". Igualmente el Código penal de Paraguay recoge en el artículo 320 "el que simulando un casamiento válido o abusando de facilidades ocasionales o familiares o por medio de maquinaciones dolosas, capaces de sorprender la buena fe, consigue el goce sexual, fuera del matrimonio, de una mujer virgen menor de 16 años". No cabe duda que en ambos Códigos se castigan relaciones sexuales que conocemos como incestuosas, aunque no sea éste el motivo de su punición.

Muy próximos a este planteamiento omisivo, algunos Códigos penales utilizan una fórmula eminentemente restrictiva. Así, bajo la variedad de agravante específica, los Códigos penales de Bélgica y Mónaco lo regulan como agravante de un atentado al pudor<sup>17</sup>; el Código penal de Argentina, de violación y estupro<sup>18</sup>; de un delito sexual de concubinato el de Ecuador<sup>19</sup>; de un delito contra la libertad y el honor sexual, el de Perú<sup>20</sup> y, por último, el Código penal portugués, como agravante de los crímenes contra las buenas costumbres<sup>21</sup>. Otro grupo de países lo recoge como variante de diferentes delitos. Se identifican con esta modalidad los códigos penales de Francia<sup>22</sup>, Holanda<sup>23</sup>, Guatemala y el Salvador<sup>24</sup>.

Una tercera área de países —la más numerosa— regula el incesto

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Español*. P. E., 6.<sup>a</sup> ed., Madrid 1975, pág. 161.

17. Arts. 372 y 327, respectivamente.

18. Arts. 122 y 123.

19. Art. 494 en relación al 493.

20. Art. 199.

21. Art. 398.

22. Como variante de un delito de atentado al pudor. Art. 331.

23. Como variante de un delito contra las buenas costumbres Art. 249.

24. Siguiendo la tradicional regulación de la codificación española, como variante de estupro. Arts. 332 y 396, respectivamente.

como un delito propio. La autonomía propicia su incursión en diferentes epígrafes: *a)* Como atentado contra las costumbres. Lo admiten de esta manera los Códigos penales de Austria (art. 131), Finlandia (cap. XX, párrs. 1 y ss.), Grecia (art. 345), Liechtenstein (artículo 131), Noruega (art. 207), Polonia (art. 175), Suecia (cap. VI, artículo 5), Uruguay (art. 276), Venezuela (art. 381). *b)* Como atentado contra la familia. Con esta configuración se tipifica en los Códigos penales de Alemania (art. 173), Dinamarca (art. 210), Irlanda (art. 190), Italia (art. 564), Suiza (art. 213), Yugoslavia (art. 198), Brasil (art. 258), Colombia (art. 357), Cuba (art. 492) y en la Ley Criminal para Groenlandia (art. 49). *c)* Como atentado contra el orden de las familias y la moralidad pública. Chile (art. 364) y Nicaragua (art. 440) siguen este epígrafe. *d)* Como infracción sexual. Lo regulan así los Códigos penales de Rumanía (art. 203) y Méjico (artículo 272). *e)* Como atentado contra la libertad y la dignidad del hombre: Checoslovaquia (art. 245). *f)* Como atentado contra la honestidad. Siguen parecida formulación el Código penal español, pero autonomizan el delito de incesto, los Códigos penales de Costa Rica (art. 226) y Puerto Rico (art. 275).

Una segunda clasificación la podemos establecer atendiendo al grado de amplitud con que se regula la punición del incesto.

En este sentido castigan de forma muy abierta los Códigos penales de Puerto Rico y Finlandia. El Código penal portorriqueño en su artículo 275 incluye a las personas que se hallen dentro de los grados de consanguinidad en que los matrimonios son declarados nulos<sup>25</sup>. Parecida amplitud presenta el Código penal finlandés<sup>26</sup>. No menos extensa es la punición del incesto en los Códigos penales de Italia, Venezuela, Colombia, Chile, Nicaragua y Costa Rica<sup>27</sup> al incluir como agentes del delito a los ascendientes, descendientes, afines en línea recta y hermanos. El Código penal polaco recoge a los que tengan relaciones sexuales con parientes en línea recta, hermanos o bien con persona a la cual esté ligado por adopción<sup>28</sup>.

Más reducida y cuantitativamente más utilizada es la fórmula que limita la tipicidad del incesto a los ascendientes, descendientes y hermanos. Siguen esta vía intermedia los Códigos penales de Alemania, Grecia, Noruega, Uruguay, Dinamarca, Groenlandia, Irlanda, Suiza, Yugoslavia, Brasil, Rumania, México y Checoslovaquia<sup>29</sup>.

Existe un tercer planteamiento esencialmente restrictivo y que coincide en general con el de los Códigos que admiten el incesto

25. Se consideran, a efectos del Derecho puertorriqueño, matrimonios incestuosos: "Los matrimonios entre padres e hijos, ascendientes y descendientes en todos los grados, entre hermanos de padre y madre y medio hermanos, y entre tíos y sobrinas o tías y sobrinos, son incestuosos y nulos desde su origen, ya fuere legítimo o ilegítimo el parentesco.

26. Cap. XX. §§ 1 y ss.

27. Arts. 564, 381, 357, 364, 440 y 226, respectivamente.

28. Art. 75.

29. Arts. 173, 345, 207, 276, 210, 49, 190, 213, 198, 258, 203, 272, 245, respectivamente.

como agravante o variedad de otras tipicidades. Incluimos aquí los Códigos penales de Suecia, Cuba, Portugal, Argentina, Guatemala y el Salvador<sup>30</sup>, que reducen el contenido legal de los hechos incestuosos a las relaciones sexuales entre ascendiente con descendiente y entre hermanos, y los de Francia, Bélgica, Mónaco, Turquía y Holanda<sup>31</sup>, que sólo recogen las habidas entre ascendiente y menor.

Desde distinta perspectiva es posible distinguir en razón a la penalidad varias formas de castigar el incesto, atendiendo principalmente a graduaciones de edad.

Algunos Códigos establecen una pena sensiblemente superior cuando el incesto es cometido por ascendiente (Códigos penales de Grecia, Noruega, Suecia, Alemania, Irlanda, Cuba y Méjico); otros aumentan la pena si el incesto se realiza con descendiente menor de 16 años (Código penal de Suiza) o menor de 18 (Código penal de Dinamarca e Irlanda) o por persona mayor con menor de 18 (Código penal de Italia y Brasil).

Otro matiz a tener en cuenta es el adoptado por ciertos Códigos en el sentido de no considerar específicamente sujetos agentes del delito a los descendientes que no hayan llegado a una determinada edad. Así, el Código penal griego no castiga al descendiente menor de 17 años que haya participado en el incesto<sup>32</sup>; los Códigos penales de Noruega, Dinamarca y Groenlandia al menor de 18 años<sup>33</sup>; mientras que el propio Código penal noruego incluye también en la no-punición a los menores de 21 años incitados por un pariente en línea ascendente<sup>34</sup>. Con parecido sentido, el Código penal alemán e irlandés no castigan a los parientes en línea descendente y hermanos cuando sean menores de 18 años<sup>35</sup> y el Código penal danés evita la imposición de pena al que sea menor de 16 años en el incesto entre hermanos<sup>36</sup>.

Por último, determinados Códigos exigen para la realización del delito de incesto la producción de escándalo público. Contienen este requisito los Códigos penales de Italia, Uruguay y Venezuela<sup>37</sup>. En el Código penal de Cuba el escándalo público actúa como agravante específica recogido por el propio artículo 492 regulador del delito de incesto.

Esta ojeada de conjunto al Derecho comparado demuestra las considerables diferencias en cuanto a la definición, contenido y extensión que el delito de incesto manifiesta en los diversos Códigos penales analizados.

Como respuesta al pluralismo legislativo en torno al tema, el IX Congreso Internacional de Derecho penal (La Haya, 1964) opta

30. Arts. 5 (Cap. VI), 492, 398, 122 y 123, 332, 396, respectivamente.

31. Arts. 331, 372, 327, 417, 249, respectivamente.

32. Art. 345.

33. Arts. 207, 210, 49, respectivamente.

34. Art. 207.

35. Arts. 173, 190, respectivamente.

36. Art. 210.

37. Arts. 564, 276, 381, respectivamente.

por una postura intermedia entre las legislaciones que admiten una formulación amplia y las concepciones que eliminan completamente de la ley penal el delito de incesto, recomendando en su Resolución II que en los países donde el incesto esté incriminado esta infracción debe ser limitada a las relaciones entre ascendientes y descendientes, entre hermanos y hermanas<sup>38</sup>.

### 3. CODIFICACIÓN ESPAÑOLA

A pesar de que el delito de incesto ya fue ampliamente definido en nuestro derecho medieval, el Código penal de 1822 omite su concreción típica.

Es el Código de 1848 el que lo introduce en nuestra codificación penal. Lo regulaba como una modalidad del delito de estupro en el artículo 356 dentro del Capítulo III ("Del estupro y la corrupción de menores") del Título X ("Delitos contra la honestidad"). Decía el mencionado artículo en su redacción completa: "El estupro de una doncella mayor de 12 años y menor de 23, cometido por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, se castigará con la pena de prisión menor. En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de 23 años. El estupro cometido por cualquier otra persona interviniendo engaño, se castigará con la pena de prisión correccional. Cualquier otro abuso deshonesto cometido por las mismas personas y en iguales circunstancias, será castigado con la prisión correccional."

El Código penal de 1870 mantuvo intacta la redacción y planteamiento sistemático de la figura de incesto. Sólo cambió la numeración del Capítulo (IV) y del Título (IX) —la terminología empleada sigue siendo exactamente igual— y la pena a imponer (prisión correccional en su grado máximo y medio).

La gran variante dentro de la línea tradicional seguida por nuestra codificación penal en relación al delito que nos ocupa la presenta el Código penal de 1928. En este Código el delito de incesto quedó bajo el mismo Título referido a los delitos contra la honestidad, si bien en un Capítulo dedicado al incesto y estupro notablemente diferente en su concepción al correspondiente del Código anterior.

El planteamiento autonomista del Código de la Dictadura en referencia al incesto llevó a redactar el artículo 603 de la siguiente manera: "El incesto será castigado: 1) El de ascendientes con sus descendientes, con la pena de seis meses a seis años de prisión a los primeros y el grado mínimo de la misma pena a los segundos. 2) El de afines en línea recta y el de hermanos, ya sean germanos, ya uterinos, ya consanguíneos, con la de dos meses y un día a un año de prisión. Con las mismas penas, respectivamente, serán castigadas las

38. Vid. *Le IX Congrès International de Droit Penal*, en "Revue International...", cit., 1964, pág. 1129.

relaciones impúdicas entre las personas expresadas en los números anteriores. Si los hechos comprendidos en este artículo tuvieran lugar, con escándalo público, se impondrá la pena en su grado máximo.”

El Código penal de 1932 vuelve a los planteamientos desarrollados por los Códigos de 1848 y 1870. Introdujo, sin embargo, como novedad, la separación en un artículo independiente de lo que continuaba —con la misma redacción de sus antecesores citados— siendo una modalidad de estupro. Así, el artículo 438, dentro del Capítulo III (“Estupro y corrupción de menores”), Título X (“Delitos contra la honestidad”), tipificaba: “En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el que cometiére estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de 23 años.”

La actual redacción sin modificar desde la primitiva de 1944 es exactamente igual a la del Código de 1932 y, por tanto, semejante en su proyección y contenido a la de los Códigos de 1848 y 1870. Pudiéndose afirmar que está en vigor la tipología concebida para el Código de 1848.

## II. EL TIPO DEL ARTICULO 435

### 1. OBJETO DE PROTECCIÓN

La variedad con que el delito de incesto ha sido tratado por las distintas legislaciones conlleva inevitablemente a una encendida polémica entre los estudiosos que pretenden indagar sobre su objeto jurídico; cuestión que consecuentemente incide en valoraciones dispares sobre su objetividad jurídica, en razón a la multiplicidad de acepciones sistemáticas que puede poseer la figura en estudio.

Con esta perspectiva, nos apresuramos a dividir el análisis sobre el objeto de protección en dos frentes. Uno, el que marca su estudio genérico; otro, el que nos impone su específica regulación en nuestro ordenamiento penal.

A) Bien jurídico protegido en los delitos de incesto en general.

En este sentido hemos de enumerar las siguientes opciones doctrinales —confrontadas con alusiones críticas— que han alcanzado una mejor fortuna:

a) En un momento histórico se pretendió considerar el delito de incesto como una ofensa a la religión. Carrara ya se manifestó en contra de esta opinión<sup>39</sup>. También Salvagno Campos se planteó el problema para llegar a la conclusión de que “esta razón ha sido hoy relegada, como es lógico”<sup>40</sup>.

Efectivamente, las argumentaciones que fundamentaban tal pretensión, basadas en que el incesto ataca preceptos religiosos, nada pue-

39. CARRARA, FRANCESCO, *Programa...*, cit., P. E., vol. III, págs. 442-443.

40. SALVAGNO CAMPOS, C., *Los delitos sexuales*. Montevideo 1934, página 390.

den influir en la determinación del bien jurídico protegido en la actualidad en cuanto, por un lado, en la casi totalidad de las legislaciones vigentes no se castigan en abstracto las ofensas a la religión, por el contrario, lo esencialmente protegido es el derecho de la persona a la libertad religiosa; por otro, es inadmisibles tan sólo volver a replantear la afortunadamente superada identificación entre delito y pecado.

b) Otros han querido ver la razón de la incriminación en los peligros que amenazan a la prole nacida de las relaciones incestuosas<sup>41</sup>. Esta conveniencia eugenésica viene planteada por los graves daños que —según ciertos sectores médicos— puede producir la consanguinidad en las uniones sexuales con respecto a los hijos: concepciones imperfectas, partos monstruosos, enfermedades en la descendencia, etc.

Tal posibilidad ha sido rebatida por diversos autores. Wulffen plantea la réplica con argumentaciones basadas tanto en la existencia de relación sexual entre animales parientes, la cual no les degenera, como la constatable posibilidad de actuaciones incestuosas entre personas que no producen dichas anomalías<sup>42</sup>.

Utilizando un planteamiento diferente —basado en la aceptación inicial de la pretensión aludida— Salvagno Campos llega a parecidas conclusiones: "...ello —dice— es cierto también, pero, por desgracia, tan nocivo carácter, aunque constante, no es a su vez exclusivo de la repugnante conjunción incestuosa y, por tanto, tampoco alcanza a darnos la razón de su particular incriminación, si no se castigan al mismo tiempo todas las otras uniones sexuales que encierran del mismo modo el triste peligro de la degeneración de la especie. Si la ley ha de sacar sólo de tal fundamento la autoridad necesaria para limitar en alguien su derecho a la libertad sexual, fuerza sería que se castigaran también y por igual las uniones sexuales en que actúan los avariosos, los epilépticos, los ebrios consuetudinarios, etc., cuyas taras según lo ha comprobado igualmente la ciencia, se transmiten lo mismo a la prole"<sup>43</sup>.

Modernamente Mezger incide —con mayor moderación— en la acertada teoría de negar dicho fundamento. Para el autor alemán el criterio eugenésico es exacto sólo hasta cierto punto, porque, de acuerdo con los últimos resultados de la investigación científica, la prole incestuosa no es inevitablemente mala, sino que puede acumular características naturales malas, ya existentes en los progenitores<sup>44</sup>.

c) Una gran parte de la doctrina se inclina por considerar el incesto como delito contra la familia.

41. Langle estima como base fundamental de este delito "el interés social de poner dique a los terribles males que esas uniones producen en la raza". Vid. LANGLE RUBIO, EMILIO, *Código penal de 17 de junio de 1870*. Madrid 1915, pág. 516. En igual sentido, Vid. POZZOLINI, *Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*. Milán s/f., pág. 105.

42. Vid. WULFFEN, ERICH, *Der Sexual Verbrecher*, cit., pág. 629.

43. SALVAGNO CAMPOS, C., *Los delitos...*, cit., págs. 391-392.

44. MEZGER, EDMUND, *Derecho Penal*, cit., P. E., pág. 120.

Este acuerdo resaltado por un amplio espectro del pensamiento penal es necesario matizarlo en base a sus posibles alternativas. En este sentido, dentro de la fórmula abstracta de familia, para Manzini, se está protegiendo “el interés del estado de salvaguardar la familia en su esencia y en su función ética”<sup>45</sup>. Pisapia considera protegida la moral familiar<sup>46</sup> y Mezger justifica su castigo “en el deseo comprensible de que la familia no se contamine con relaciones sexuales y de asegurar así un ámbito sin ingerencias sexuales”<sup>47</sup>.

La defensa de la familia como objeto de protección en el delito de incesto —que se muestra con más fundamento que las tesis anteriores— igualmente se ha visto sometido a debate por varios autores. Fue Groizard el primer exponente de una crítica que con cierta habilidad rechaza semejante configuración. Argumenta de la siguiente manera: “el adulterio, el concubinato, la bigamia, son eminentemente delitos contra el orden familiar, porque perjudican directamente los derechos del cónyuge inocente; lo son la mayor parte de los hechos que se clasifican en los libros y en los Códigos, bajo la rúbrica del estado civil de las personas, porque hieren los derechos de los hijos y de los demás miembros que constituyen la sociedad doméstica. Pero nada de esto resulta con claridad en el incesto. Cuando el padre y la hija cohabitan con libérrima voluntad, estando el primero viudo y la segunda todavía soltera, ¿qué entidad familiar sufre y padece en su decoro, por este acto infame y repugnante?”<sup>48</sup>.

Salvagno Campos también manifiesta su disconformidad en cuanto entiende que “si bien el incesto puede atacar las bases y derechos de la familia, ello no constituye un daño constante que pueda ser tenido como invariable de la acción y que sirva para darnos la pauta de que siempre nos hallamos en presencia de un delito, ante cualquier caso de incesto”<sup>49</sup>.

d) Es también defendida con relativo éxito por algunos autores la tesis de que el bien jurídico objeto del delito es el pudor colectivo. Desde este punto de vista, Salvagno Campos admite “se puede reconocer en el incesto una actividad antisocial de la libido, lesiva para la organización social de la familia: en tal sentido constituiría siempre un delito sexual natural al que la ley no puede atribuirle en abstracto los caracteres legales de delito. Este surge cuando esa actividad antisocial de la libido, manifestándose externamente, llega a invadir un fuero de interés legalmente susceptible de protección: la moral ambiente. En consecuencia, no podríamos hallar legalmente

45. MANZINI, VINCENZO, *Trattato...*, cit., vol. VII, pág. 738.

46. PISAPIA, DOMENICO, *Delitti contro la Famiglia*, cit., pág. 588. En igual sentido, MAGGIORE, GIUSEPPE, *Derecho Penal*, cit., P. E., vol. IV, página 208.

47. MEZGER, EDMUND, *Derecho Penal*, cit., P. E., pág. 120.

48. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO, *El Código penal...*, cit., tomo V, pág. 150.

49. SALVAGNO CAMPOS, C., *Los delitos...*, cit., págs. 390-391.

la razón de la incriminación del incesto en ningún derecho de la familia, sino en el bien jurídico del bien social”<sup>50</sup>.

La mayoría de estos planteamientos —que están, en contra de lo que una primera aproximación podría hacer pensar, generalmente muy próximos a los que afirman la protección de la familia como interés tutelado— son propuestos por autores que requieren el requisito de escándalo público para hablar legalmente del delito de incesto.

B) Su protección real en nuestro Código penal.

A') Emplazamiento sistemático.

El legislador español —manteniendo la tradicional trayectoria de este delito en nuestra codificación— ha incluido el artículo 435 en el capítulo III del título IX entre los delitos de estupro y corrupción de menores dentro de los delitos contra la honestidad.

El albergue legal proporcionado por el Código proyecta una serie de consecuencias a tener en cuenta:

a) El delito de incesto se manifiesta en su punición actual como una modalidad del delito de estupro con prevalimiento, concordante con el resto de las figuras de análoga naturaleza recogidas en el capítulo.

Avalan la afirmación anterior los siguientes datos: la remisión que el propio legislador hace —cuando establece la pena— al artículo 434, la utilización al definir la conducta típica del término estupro, la ausencia de cualquier cita al “nomen juris” de incesto, la referencia explícita hermana o descendiente y, sobre todo, su inclusión en el capítulo III del título IX.

b) La opción que establece el legislador inmersa —en referencia a las clasificaciones aludidas cuando analizábamos el Derecho comparado— en una acepción restrictiva, crea más problemas que ventajas y configura una formulación híbrida de vaga e imprecisa interpretación.

c) La naturaleza de dependencia con que se muestra el delito de incesto mediatiza y distingue —con referencia a las posiciones mayoritarias sobre el tema— tanto su fundamento como la averiguación del bien jurídicamente protegido y todos los elementos que dan vida al tipo.

B') Objeto jurídico.

Si en términos generales el bien jurídico que debe ser protegido a través de la represión incestuosa se presenta difícil, en nuestro ordenamiento penal el problema se complica y a la vez limita precisamente por su emplazamiento sistemático.

A dos líneas fundamentales podemos reducir los criterios seguidos en nuestra doctrina. Para unos, se hace preciso identificar el bien jurídico protegido en el artículo 435 como análogo al general defendido para los delitos de estupro, del cual no es sino una modalidad.

50. SALVAGNO CAMPOS, C. *Los delitos...*, cit., págs. 395-396. En igual sentido, MANFREDINI, MARIO, *Trattato di Diritto Penale*, cit., vol. IX, pág. 202.

La opinión disidente considera el incesto como delito autónomo —a pesar de su sistematización y contenido— y, consecuentemente, introduce la idea de un bien jurídico exclusivo y distinto al del estupro.

Al contrario de lo manifestado por algún autor el pensamiento mayoritario actual parece inclinarse por esta segunda formulación.

Así, Cuello Calón —quizá pensando en situaciones abstractas— considera como primera razón que justifica el castigo del incesto “la lesión de orden moral y jurídico familiar, cuya conservación requiere la abstención de relaciones sexuales entre las personas ligadas por íntimos vínculos de sangre”<sup>51</sup>. Parecida opinión mantiene Quintano Ripollés al afirmar “no es tanto la honestidad la razón de ser de este delito como la *commixtio sanguinis*, el atentado contra los vínculos naturales de consanguinidad”<sup>52</sup>. Sáinz Cantero se refiere a la moral sexual familiar<sup>53</sup>. Postura que parecen mantener Polaino Navarrete<sup>54</sup> y Diego Díaz-Santos<sup>55</sup>.

Rodríguez Muñoz-Rodríguez Devesa igualmente llegan a la conclusión de que el artículo 435 no es propiamente un delito contra la honestidad, sino contra el orden familiar. “El legislador —dicen— protege en este lugar la pureza de costumbres de la familia como institución que se considera fundamental para la sociedad”<sup>56</sup>. Sin embargo, Rodríguez Devesa, añade —acertadamente— en la última edición de su Tratado, que “en el contexto sistemático en que se encuentra el delito, este bien jurídico pasa a un segundo plano, para anteponerse la presunción de la falta de libertad con que la hermana, la hija o el hijo, se suponen que acceden a los requerimientos del hermano, padre o madre”<sup>57</sup>. Más claramente Casabó Ruiz no duda en afirmar como bien jurídico protegido la libertad sexual de la mujer<sup>58</sup>.

La jurisprudencia tampoco es extraña a esta dicotomía que enfrenta a la doctrina. Si analizamos la línea jurisprudencial seguida por nuestro más alto Tribunal nos enfrentamos a los siguientes datos: “... el incesto socava los cimientos de la organización familiar...”<sup>59</sup>, “... en el acceso carnal que se logra con mujer mayor de doce años

51. CUELLO CALÓN, EUGENIO, *Derecho Penal*, cit., tomo II, P. E., vol. II, pág. 618.

52. QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Curso...*, cit., tomo II, pág. 392.

53. SÁINZ CANTERO, JOSÉ ANTONIO, *Derecho Penal*, II, cit., U. D./2, página VIII/6.

54. POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, *Introducción...*, cit., pág. 70.

55. DIEGO DÍAZ-SANTOS, MARÍA DEL ROSARIO, *Los delitos...*, cit., pág. 350.

56. RODRÍGUEZ MUÑOZ-RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal*, tomo II, P. E. Madrid 1949, págs. 268-269. En parecido sentido, vid. BERISTÁIN, ANTONIO, *Les infractions contre la famille et les mœurs en droit espagnol*, en “*Revue Internationale...*”, cit., 1964, pág. 600.

57. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho penal...*, cit., P. E., página 161.

58. CASABÓ RUIZ, JOSÉ R., *El parentesco adoptivo en el Código Penal Español*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, año 1972, página 105.

59. Sentencia de 23 de marzo de 1944.

prevaliéndose del ascendiente que tiene sobre ella por relaciones de parentesco, autoridad, jefatura o cualquier otra en que la última no se encuentra con plena libertad moral para reaccionar frente a su seductor, la tipicidad de las distintas modalidades de esta figura delictiva es única: el consentimiento prestado por la mujer por esa situación de inferioridad en que se encuentra o por engaño...”<sup>60</sup>, “... que el delito de estupro-incesto del artículo 435 del Código penal, defiende por encima de todo bien protegido la “commixtio sanguinis”, lesionada por los sujetos que yacen ligados por relación muy cercana de consanguinidad...”<sup>61</sup>, “... lo realmente trascendente en el estupro incestuoso es el quebranto de los vínculos que la sangre común crea”<sup>62</sup>, “... el bien jurídico protegido, además de la eventual libertad sexual de la mujer, es el orden familiar, tan gravemente quebrantada por el repugnante atentado a los más íntimos vínculos creados por la sangre...”<sup>63</sup>.

Entendemos una vez hechas estas aproximaciones al pensamiento doctrinal y jurisprudencial que —al ser consecuentes con nuestros propios planteamientos de dependencia— debemos interpretar el sentido legal con una clara tendencia a proteger en el artículo 435 el bien jurídico común a los delitos de estupro, es decir, la libertad sexual de la mujer.

Es evidente que al tipificar el legislador el delito de estupro, trata de impedir que en la relación sexual entre varón y mujer la voluntad de ésta se halle intimidada o disminuida por una serie de variables circunstancias, tales como edad, maniobras engañosas, vínculos familiares o relaciones existentes entre ambos sujetos, cada una de las cuales proyecta una actividad criminal, como modalidad de estupro.

Al definirse legalmente el comportamiento incestuoso como el estupro con hermana o descendiente, lo que nuestro Código hace —como apuntó Groizard acertadamente— “es castigar con diferente nombre, con el nombre de estupro, el delito que las leyes romanas y nuestras antiguas leyes han conocido, descrito y castigado con el nombre de incesto. Aparte de que esto es llevar la confusión a las doctrinas, desnaturalizando títulos distintos de delincuencia”<sup>64</sup>. Pero no queda en esta hábil afirmación de Groizard la relatividad del planteamiento, sino que, al mismo tiempo, está apuntando una nueva valoración del tipo: la sumisión a todos los efectos de una figura que podría ser perfectamente autónoma a una categoría de subordinación sobre la razón determinante de la presunción legal de ausencia de consentimiento válido por parte del sujeto pasivo cuando entre él y el sujeto activo hay una relación parental de las recogidas por el artículo. Tal incomprensible actitud atomiza las dificultades

60. Sentencia de 4 de junio de 1960.

61. Sentencia de 27 de junio de 1967.

62. Sentencia de 20 de octubre de 1971.

63. Sentencia de 6 de febrero de 1976.

64. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO, *El Código Penal*..., cit., tomo V, págs. 147-148.

de interpretación, pero evidencia una intención clara de mantener el incesto en la forma reiteradamente aludida.

Lo que parece inclinar a la doctrina en busca de otros bienes jurídicos —postura que en esta parcela compartimos— es la dificultad que cuesta comprender la presunción legal que sostiene el delito de estupro incestuoso. Se nos hace difícil suponer —en aquellos casos no recogidos por otras tipologías menos específicas— que la relación parental pueda condicionar a la mujer hasta el extremo de recurrir a la defensa penal. Con arreglo a la idea que tenemos de la mujer actual, no necesita de esta “pseudo-protección”, que en nada la beneficia y en mucho la perjudica. En todo caso, nuestro Código debería guardar esa defensa para las instituciones (familia, sociedad), como con excelente visión de futuro propugnan las tesis autonomistas.

En resumen, rechazamos los planteamientos de independencia del bien jurídico protegido en el estupro incestuoso no por desacertados, sino por encontrarlos más dirigidos a un hipotético deber ser que a la realidad de nuestra resbaladiza tipificación legal. Defendemos, por contra —con los argumentos dados— que al margen de la posible existencia incidental de otros bienes jurídicos (moral sexual, vínculos de consanguinidad, etc.) el primordial objeto de protección que el legislador ha querido defender en el artículo 435, es la libertad sexual de la mujer.

## 2. ELEMENTO OBJETIVO

### A) Sujetos del delito.

Sostiene Manzini que el incesto es un delito bilateral<sup>65</sup>. Por tanto, su naturaleza reclama dos autores (un hombre y una mujer unidos por un especial vínculo de parentesco).

No es ese, sin embargo, al margen de presentarse como una interpretación correcta —cuando se trata de indagar sobre los sujetos del incesto en términos abstractos—, el tratamiento que deducimos de nuestro Código penal.

La concreción específica de quiénes pueden ser sujetos activos y pasivos está relacionada absolutamente con la alternativa elegida en el momento de determinar el bien jurídico objeto del delito. Si admitimos el incesto como variedad de estupro —tal es nuestra postura— y resaltamos como objeto de protección en el artículo 435 la libertad sexual de la mujer, tenemos que ser consecuentes y reducir —por la propia naturaleza del delito— la posibilidad de ser sujeto activo al hermano y ascendiente varón, mientras que la cualidad de sujeto pasivo puede corresponder única y exclusivamente a la hermana o descendiente hembra.

La tesis contraria, al mantener la protección de un bien jurídico abstracto y colectivo (familia, sociedad) difícilmente puede escapar

65. MANZINI, VICENZO, *Trattato...*, cit., vol. VII, pág. 734.

de las redes inseguras de la duda. En estos autores necesariamente el delito debería tener carácter bilateral, actuando —en todo caso— de sujeto pasivo un ente colectivo. Lo contrario sería caer en la incongruencia inaceptable de jugar como sujeto activo el que al mismo tiempo, por imposición legal, sería titular del bien jurídico protegido.

Sobre tales planteamientos nos extraña que algunos de nuestros más calificados autores caigan en la inconsecuencia de ver quebrantada con la comisión del artículo 435 primordialmente la familia y luego, a la hora de fijar los sujetos del delito, omitan el carácter bilateral de la infracción. ¿Es que sólo atenta contra el orden sexual familiar el varón que yace con su hermana con libre voluntad de ambos? ¿No atenta igualmente contra tan preciado bien la hija mayor de edad que libremente realiza el acto carnal con su padre? La indecisión doctrinal viene determinada porque el legislador realmente no protege a la familia, ni a su orden sexual, ni a la *commixtio sanguinis*, sino a lo que él, en términos generales, llama —confusamente— honestidad y que se puede concretar en este caso en la libertad sexual de la mujer, protegida —eso sí— en base a una resbaladiza y criticable presunción legislativa.

El confusionismo legal —a veces incrementado por la doctrina— es puesto de relieve con la agudeza que le caracterizaba por Quintano Ripollés. “Ha de ser —dice— el delito del artículo 435 un yacimiento consentido, lo que plantea la cuestión de la responsabilidad que a cada sujeto concierne, torpemente resulta en el texto. Median-do cierta coacción, aunque no la de violencia o intimidación, que destruiría el delito, el sujeto que la sufre puede merecer el calificativo de “víctima” y esquivar el de coautor; pero si el acuerdo es pleno y la voluntad libérrima, uno y otro deberían ser responsables. La redacción del artículo, especialmente al aludirse a “hermana”, en femenino, parece dar a entender que el sujeto activo puede ser sólo un varón; pero cabe que una hermana mayor corrompa a un hermano menor, con diferencia de edad y condición bastante para suponer en aquélla una responsabilidad total y activa. Tampoco se prevé el caso, monstruoso pero posible, de yacimiento con ascendiente. Supuestos todos impunes por atípicos”<sup>66</sup>. En efecto, mientras la regulación del Código sea —en este aspecto— tan desafortunada, no hay otra opción que considerar sujetos activos únicamente a los varones y como pasivos a las hembras.

En esta argumentación coincidimos plenamente con Casabó-Ruiz<sup>67</sup>. Con otros —la mayoría— nos identificamos en cuanto a los sujetos, pero discrepamos en su origen: el bien jurídico protegido<sup>68</sup>.

66. QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Comentarios al Código Penal*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid 1966, pág. 799.

67. CASABÓ RUIZ, JOSÉ R., *El parentesco adoptivo en el Código Penal Español*, en ANUARIO..., cit., págs. 108-109.

68. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Curso...*, cit., pág. 392; CUELLO-CALÓN, EUGENIO, *Derecho Penal*, cit., tomo II, P. E., vol. II, pág. 619; PUIG

Por contra, Rodríguez Devesa —con el que partimos de semejante bien jurídico— extiende, sin embargo, la cualidad de sujeto activo al hermano, padre o madre y, en consecuencia, la de pasivo a hermana, hija o hijo <sup>69</sup>.

La sentencia de 23 de marzo de 1944 viene en ayuda de nuestros planteamientos al atribuirle al delito de estupro-incesto un carácter unipersonal estimando que la ley sólo pena al estuprador y no a la estuprada, que es el sujeto pasivo del acto punible.

Delimitado el principal problema que plantean los sujetos en orden al delito que analizamos, debemos dirigir nuestra atención a consideraciones más específicas. Son las siguientes:

a) Es innecesario reiterar que el artículo 435 exige una relación de parentesco para la existencia del delito.

Para Bajo Fernández, el parentesco “se deriva del hecho natural de la procreación o de un vínculo jurídico creado por la voluntad de las partes. En el primer caso se encuentran las relaciones de consanguinidad. En el segundo, el matrimonio y la adopción” <sup>70</sup>.

Atendiendo a esta exacta referencia tenemos que cuestionar aquí dos problemas fundamentales: el parentesco consanguíneo y la adopción. Es excluido taxativamente por el propio artículo el parentesco por afinidad.

En relación al primer tema, el tipo no se refiere a la naturaleza legítima o ilegítima del parentesco. Nuestro Código no sigue un criterio uniforme. En algunos artículos adjetiviza el parentesco consanguíneo con los términos de legítimo, ilegítimo o natural (ejemplos: artículo 405 —“... ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos...”—; artículo 8, número 5 —“... ascendientes, descendientes o hermanos legítimos, naturales...”—). Esto, que podría servir de argumentación para limitar aquellos casos en que no exista mención expresa alguna, sólo a los legítimos <sup>71</sup>, se ve erosionado por la fijación en otros artículos únicamente del calificativo de legítimos (ejemplo: artículo 468) <sup>72</sup>.

Planteada la cuestión en base a la irregularidad del Código llegamos a la conclusión de que, en términos generales, no es factible una solución unitaria para todos los supuestos. Por el contrario, habrá que estar al caso concreto para indagar sobre la voluntad de la ley.

En el supuesto que nos ocupa parece indudable que tiene cabida

PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal*, 6.<sup>a</sup> ed. P. E., tomo IV, Madrid 1969, página 78.

69. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal...*, cit., P. E. página 161.

70. BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, *El parentesco en el Derecho Penal*. Barcelona 1973, pág. 22.

71. Posible argumento: cuando el legislador quiere incluir a los ilegítimos o naturales, lo dice textualmente.

72. Según el anterior planteamiento, sería innecesario citar la legitimidad, puesto que se presumiría al no decirse nada en contra. No sigue esta línea el legislador, con lo que rompe con cualquier conclusión de carácter general sobre el tema.

tanto el parentesco legítimo como ilegítimo. Motiva esta afirmación la certeza —atendiendo al bien jurídico protegido— de que al legislador le interesa en el artículo 435 el vínculo de sangre en la medida en que puede manifestarse como condicionante a la libertad sexual de la mujer; pareciendo indiferente, por tanto, que la procreación biológica se dé o no dentro del matrimonio.

Por el mismo motivo el tipo alcanza igualmente tanto a los hermanos de doble vínculo, como aquéllos unidos sólo por vínculo materno (uterino) o paterno (consanguíneos).

Diferente situación, aunque movida por soluciones semejantes, presenta la posible admisión como sujetos de la hermana o descendiente —*sensu contrario*: hermano y ascendiente— por adopción.

No existe ningún impedimento formal —al igual que ocurría en los supuestos anteriores— para suscitar una respuesta afirmativa. No obstante, como apunta Casabó Ruiz, “para resolver el problema resulta necesario atender al bien jurídico que se protege, pues de entender que es la evitación de la *comixtio sanguinis*, tan sólo alcanzará a los consanguíneos; en cambio, si se considera que es la libertad sexual de la mujer, nada impide que puedan asimismo considerarse comprendidos los hermanos y descendientes adoptivos”<sup>73</sup>.

Al presentarse a lo largo de este trabajo reiteradamente nuestra opinión sobre el objeto de protección contenido en el artículo 435 creemos queda perfectamente clara la postura afirmativa que sustentamos.

b) La figura del estupro-incesto a diferencia no sólo del tipo recogido en el artículo 434, sino también del artículo 437 y los supuestos de prevalimiento del 436 no exige en la ofendida ni doncellez ni honestidad<sup>74</sup>, mostrando una vez más la incongruencia y debilidad de la terminología de delitos contra la honestidad utilizada por el legislador para dar vida al título donde están contenidas conductas como éstas. Por tanto, como dice Puig Peña, “es dable catalogar incesto el ayuntamiento con hija o hermana ramera”<sup>75</sup>.

c) El sujeto pasivo ha de ser mayor de doce años. Al contrario de lo que sucede con los demás delitos de estupro, no existe límite máximo de edad, por tipificarlo así el propio artículo.

La cita, “aunque sea mayor de 23 años”, utilizada con referencia al sujeto pasivo por el Código en el artículo 435, se nos muestra, en atención al bien jurídicamente protegido y a la presunción legal que lo sustenta, como excesivamente arriesgada. Distinta opinión tendríamos si el legislador protegiera claramente la familia, entonces el máximo de edad para que existiera delito podría ser rechazable.

B) Conducta típica.

73. CASABÓ RUIZ, JOSÉ R., *El parentesco adoptivo en el Código Penal Español*, en ANUARIO..., cit., pág. 99.

74. Como apuntaba Groizard: “Cuando la ley no distingue ni califica, no deben los llamados a aplicarla distinguir ni calificar tampoco”; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO, *El Código Penal...*, cit., pág. 147.

75. PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal*, cit., P. E., tomo IV, pág. 79.

Al castigar el artículo 435 “el que cometiere estupro con su hermana o descendiente”; el estudio de la conducta típica queda reducido —una vez delimitado el sujeto activo y pasivo de la infracción— exclusivamente al análisis del vocablo estupro.

No existe acuerdo unánime en nuestra doctrina cuando se trata de situar el verdadero alcance y contenido del concepto. Varias han sido las corrientes de opinión que han manifestado su postura ante el tema. La más amplia —aquella que identifica estupro con el simple yacimiento carnal ilícito— ha de ser rechazada sólo con una primera ojeada, puesto que la terminología de estupro es servidora únicamente de una modalidad individualizadora de yacimiento ilegítimo. Tampoco es admisible el planteamiento que reduce la consideración de estupro en exclusiva al yacimiento engañoso. Un ligero repaso al actual contenido del Capítulo III, Título IX, del Libro II de nuestro Código niega de inmediato la excluyente naturaleza engañosa de dicha figura delictiva.

Como situación ecléctica una gran parte de nuestra doctrina propone la consideración valorada del término estupro con un contenido más amplio que el simple de engaño. Así, entre nuestros más tradicionales comentaristas, Vizmanos y Alvarez Martínez lo definen como “el acto carnal o ilícito en que interviene seducción”<sup>76</sup>, Pacheco como “el goce de una doncella, conseguido por seducción”,<sup>77</sup> y Groizard, como “la fornicación de una mujer honesta mediante seducción o engaño”<sup>78</sup>. Modernamente, Rodríguez Devesa lo entiende como “el acceso carnal con mujer honesta y libre (no casada), conseguido por seducción real o presunta”<sup>79</sup>. Aunque todas las definiciones citadas están en una línea más real con el auténtico contenido legal, no llegan a completar un concepto absolutamente válido.

La investigación gramatical tampoco ayuda excesivamente a una interpretación correcta del concepto. Por el contrario, entendemos que actualmente el sentido atribuido por el diccionario de la lengua y su configuración jurídico-penal aparecen disociadas.

La voz estupro es definida gramaticalmente como “acceso carnal del hombre con doncella mayor de 12 años y menor de 23, logrado con abuso de confianza o engaño. Aplícase también por equiparación legal a algunos casos de incesto”. En una segunda acepción recogida por extensión relata: “se decía también del coito con soltera núbil o con viuda, logrado sin su libre consentimiento”.

Ninguna de las definiciones hasta aquí enunciadas deja satisfecha nuestra opinión sobre el estupro. Al defender a lo largo de este trabajo la idea del incesto como variedad de estupro y, en consecuencia,

76. VIZMANOS, TOMAS MARÍA y ALVAREZ MARTÍNEZ, CIRILO, *Comentarios al Código Penal*, tomo II, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid 1853, pág. 376.

77. PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO, *El Código penal concordado y comentado*, 5.<sup>a</sup> ed., tomo III, Madrid 1881, pág. 130.

78. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO, *El Código Penal...*, cit., tomo V, pág. 140.

79. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal...*, cit., P. E., página 158.

asimilarlo a los demás tipos del Capítulo, sus rasgos característicos necesariamente habrán de ser tenidos en cuenta en el momento de definir el estupro como concepto general válido para todas sus modalidades.

De esta forma, somos contrarios a ciertas notas tradicionalmente características en la definición de estupro y que no hacen sino desvirtuar su contenido al abarcar sólo algunos tipos integrados en el conjunto de la figura delictiva. Así —comentando únicamente los referidos en las definiciones expuestas—, la doncellez no se exige ni en el artículo 435, ni en el 436 y 437; el engaño no interviene en los artículos 434, 435, 436, números 2.º y 3.º —aquí se manifiesta sólo como agravante de la pena—, y 437; la honestidad y el límite máximo de edad para ser ofendida están excluidos en el estupro-incesto.

Como dice Puig Peña, “no quedan más notas comunes que la ilegitimidad, que lo distingue de la simple fornicación, y la ausencia de violencia, que le separa del delito de violación”<sup>80</sup>. Con tales argumentaciones es absolutamente necesario la construcción de un concepto más abierto y general.

En esta línea para el propio Puig Peña constituye estupro “todo acceso carnal ilegítimo no acompañado de violencia”<sup>81</sup>. La definición acertada en su sencillez por mostrar el fundamento donde se debe apoyar una exacta concepción del estupro legal, peca, sin embargo, de excesivo simplismo. Más clarificadora es la interpretación que hace Casabó Ruiz al entender por estupro, en general, “el yacimiento con mujer cuya libertad para determinarse sexualmente aparece condicionada”<sup>82</sup>. El sentido utilizado por Casabó en la definición lo podríamos suscribir casi en su totalidad por la identidad de nuestros planteamientos globales con ella. Sin embargo, se nos muestra incompleta al omitir el mínimo de edad de la mujer y utilizar aislado el vocablo “condicionada”, que deja margen abierto a una hipotética inclusión de formas violentas de condicionamiento propias de la violación.

Atendiendo a semejantes puntualizaciones podemos definir descriptivamente el estupro como el yacimiento con mujer mayor de 12 años, cuya libertad sexual se muestra condicionada por engaño o seducción ilícita no violenta<sup>83</sup>.

Destacamos de esta definición los siguientes datos a desarrollar:

a) Yacimiento. Por yacer entiende Rodríguez Devesa la cópula o conjunción carnal en un sentido amplio; es decir, “para la consu-

80. PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal*, cit., P. E., tomo IV, pág. 71. Olvida la edad —que más adelante comentaremos—, también elemento diferencial con la violación.

81. PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal*, cit., P. E., tomo IV, pág. 71.

82. CASABÓ RUIZ, JOSÉ R., *El parentesco adoptivo en el Código Penal Español*, en ANUARIO..., cit., pág. 108.

83. No es preciso hacer mención expresa que diferencie el estupro con el núm. 2.º del artículo 429, al venir referido en la definición dada, en cuanto entendemos no se puede condicionar la libertad sexual del que no la tiene (mujer privada de razón o sentido).

mación basta la *conjunctio membrorum*, no siendo necesaria ni la *immissio seminis*, ni que la *immissio penix* sea completa”<sup>81</sup>.

La jurisprudencia amplía la correcta interpretación citada. Así, la sentencia de 26 de enero de 1976 resume la opinión de nuestro Tribunal Supremo sobre el tema. Matiza: “... en lo que concierne a la dinámica comisiva, que haya yacimiento, lo que implica cópula carnal que, según las sentencias de este Tribunal de 10 de febrero de 1923 y 18 de junio de 1935, no es menester ser perfecta, bastando la introducción del pene en la vagina aunque no sea completa o seguida de eyaculación, y siendo idóneos para integrar el concepto tanto el llamado *coitus interruptus*, como el realizado con preocupaciones neomalthusianas”. La aludida sentencia de 18 de junio de 1935 es —en la misma línea— aún más explícita al destacar: “el acceso carnal, principal elemento del estupro, representa un concepto más amplio que el coito fisiológico, pues mientras éste se halla integrado por la introducción del pene y la eyaculación seminal dentro de la vagina, aquél no necesita que concurra esta última circunstancia, siendo indiferente a tales efectos, que el coito se realice con fines anticoncepcionales, que constituya un *coitus interruptus*, o que se halle integrado por una serie de actos que fisiológicamente se pueden estimar constitutivos de un coito imperfecto”.

En otro sentido, el yacer implica una relación heterosexual. Los sujetos del delito necesariamente han de ser un hombre con la madurez para la cópula (activo) y una mujer (pasivo). Las relaciones homosexuales o, mejor, lesbianas —en atención al sujeto pasivo— no serán constitutivas legalmente del delito de estupro. En el caso concreto del estupro-incesto, la homosexualidad entre ascendientes-descendientes y hermanos, y el lesbianismo entre ascendiente-descendiente y hermanas se manifestarán atípicos como tales.

b) El sujeto pasivo del yacimiento ha de ser mujer mayor de 12 años, para diferenciarse del mismo sujeto de la violación.

c) La libertad sexual de la mujer —objeto común de protección en las distintas tipologías de estupro— tendrá que aparecer condicionada por engaño o seducción ilícita no violenta. La forma de engaño la recoge el artículo 436, número 1.º. Dentro de la seducción ilícita no violenta recogemos todos los demás tipos de estupro denominados de prevalimiento. En concreto, en el delito de estupro incestuoso la seducción ilícita no violenta se presume *iuris e de iure* por el legislador, al entender que la voluntad de la mujer estará ineludiblemente viciada para el yacimiento por el parentesco establecido en el artículo 435.

C) Diferencias con figuras afines.

A') Con otras modalidades de estupro.

Hemos venido indicando que los presupuestos comunes a todas las modalidades de estupro son el bien jurídico protegido y el acceso carnal ilícito no violento. A partir de estos dos puntos de coinciden-

84. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARIA, *Derecho penal...*, cit., P. E., página 152.

cia cada una de dichas modalidades se caracteriza por poseer notas específicas y peculiares que la distingue de las demás.

Con la idea de establecer criterios diferenciadores entre las diversas variantes y el estupro incestuoso hemos clasificado aquéllas, a efectos puramente metodológicos, de la siguiente manera: *a)* Estupro simple de engaño (art. 436-1.º). *b)* Estrupo de prevalimiento. Acoge: el prevalimiento autoritario o doméstico (art. 434), prevalimiento de la edad de la ofendida (art. 436-3.º), prevalimiento o abuso de la situación de angustiosa necesidad de la ofendida (art. 437), prevalimiento patronal o laboral (art. 437).

*a)* El estupro incesto difiere del estupro simple de engaño en la cualificación de los sujetos (art. 436-1.º: cualquier hombre; artículo 435: ascendientes o hermanos)<sup>85</sup>, en la edad de la ofendida (artículo 436-1.º: mayor de 16 años y menor de 23; art. 435: mayor de 12 años) y en la necesidad de engaño para el tipo del artículo 436-1.º (el art. 435 no lo exige).

Si en una hipotética situación de hecho ambas figuras fueran aplicables, el problema del concurso aparente de normas se resolvería por la relación de especialidad. Siendo la ley especial, el artículo 435 concretado por la relación de parentesco y la general, el artículo 436, número 1.º.

*b)* Con el estupro de prevalimiento autoritario o doméstico se diferencia en la especificación de los sujetos (el art. 434 exige para ser sujeto activo ser Autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada. El artículo 435 sólo ascendiente o hermano), en la edad de la ofendida (art. 434: mayor de 12 años y menor de 23; art. 435: mayor de 12 años) y en la cualidad de doncella exigida por el artículo 434 para la ofendida (el art. 435 no hace mención a este requisito).

La posibilidad de conflicto entre ambos supuestos es grande, puesto que se proyectan sobre parcelas muy semejantes. Es fácilmente previsible que los ascendientes o hermanos sean tutores y la ofendida sea doncella comprendida entre los 12 y los 23 años. El Código penal viene a complicar aún más esta situación con una absurda equiparación de penas. Desde ese momento el artículo 68 se hace inaplicable. Nos encontramos ante una relación de alternatividad, tan deficientemente solucionada por nuestro derecho cuando las penas son semejantes.

*c)* Con el estupro de prevalimiento de la edad de la ofendida se distingue en los sujetos (art. 436-3.º: cualquier hombre; art. 435: ascendiente o hermano), en la edad de la ofendida (art. 436-2.º: de 12 o más años y menor de 16; art. 435: mayor de 12 años) y en el requisito de honestidad exigido por el artículo 436-3.º (el art. 435 lo omite).

85. Al referirnos a los sujetos, hacemos mención del agente; debe entenderse que si el activo es ascendiente, el pasivo será descendiente; si patrón el activo, obrero el pasivo. etc.

Por iguales motivos que aludíamos en el estupro simple de engaño, en caso de conflicto de normas entre el artículo 435 y el artículo 436, número 3.º, se aplicará el estupro incesto por estar en relación de especialidad.

d) Con el estupro de prevalimiento o abuso de la situación de angustiosa necesidad de la ofendida se diferencia en el sujeto (artículo 436-2.º: cualquier hombre; art. 435: ascendiente o hermano), en la edad de la ofendida (art. 436-2.º: mujer mayor de 12 años y menor de 23; artículo 435: mayor de 12 años), en la exigencia en el artículo 436-2.º, de acreditada honestidad en la ofendida (el art. 435 no la reclama) y en el requisito de abuso de situación de angustiosa necesidad en la ofendida, que caracteriza el artículo 436-2.º (no lo menciona el art. 435).

En cuanto a un posible concurso de normas se resolverá igualmente por una relación de especialidad.

e) Con el estupro de prevalimiento patronal o laboral se muestra desigual en los sujetos (art. 437: patrono o jefe prevalido de esta condición; art. 435: ascendiente o hermano), en la edad de la ofendida (art. 437: mujer menor de 23 años —mayor de 12—; artículo 435: mayor de 12 años), en la exigibilidad por parte del artículo 437 del requisito de acreditada honestidad (omitido por el art. 435) y en la necesaria relación de dependencia que manifiesta el artículo 437 (diferente al artículo 435).

En la probabilidad de una colisión de normas entre ambos preceptos, existirá una relación de especialidad. En ella, la norma general será el artículo 437 y la especial el artículo 435.

B') Con la violación.

La violación y el estupro-incesto tienen, esencialmente, en común que la conducta típica se realiza por medio de un acceso carnal ilegítimo con mujer.

Sin embargo, mantienen la diferencia fundamental de que en la violación se actúa siempre sin o contra la voluntad del sujeto pasivo, sea a través de violencia —cuando se usare fuerza o intimidación (art. 429, núm. 1.º)—, sea abusando de su inconsciente estado —cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa (núm. 2.º)—, sea por su edad —cuando fuere menor de 12 años cumplidos (núm. 3.º)—. Por el contrario, en el estupro-incesto concurre esa voluntad, aunque lograda por vías irregulares, esto es, prevaleciendo el agente de la relación de parentesco existente entre ambos, cuya mera existencia hace presumir a nuestro legislador una superioridad moral que resta libertad al consentimiento prestado por la víctima.

Por tanto, si al yacer la hermana o descendiente se encuentra sometida su voluntad por una de las causas descritas en el artículo 429, no tendrá aplicación el estupro-incesto, al manifestarse la conducta constitutiva de un delito de violación. Estamos, pues, ante un concurso aparente de normas penales solucionado por una rela-

ción de especialidad —cuyas características de concreción son precisamente las circunstancias referidas por el artículo 429— que margina cualquier posibilidad de admitir ambas figuras en concurso ideal de yacimiento violento con descendiente o hermana.

C') Con los abusos deshonestos.

Si en la violación el punto básico de coincidencia con el estupro-incesto es la acción de yacer ilegítimamente, en los abusos deshonestos, por el contrario, puede haber total identidad en todos los elementos, excepto en la conducta típica de yacimiento.

La diferenciación, pues, entre el artículo 435 y los abusos deshonestos del artículo 436, último párrafo, se manifiesta exclusivamente en que aquél exige la conjunción carnal, mientras estos comprenden sólo “los actos *contra natura* y aquéllos distintos del coito, por los que el agente intenta satisfacer sus apetitos libidinosos”<sup>86</sup>.

D') Con los matrimonios ilegales.

La posible identidad entre figuras tan dispares viene cuestionada por la probabilidad de contraer matrimonio ilegal, con impedimento dirimente no dispensable de parentesco consanguíneo en los grados reconocidos por el artículo 435 y el consecuente yacimiento.

La incidencia de ambas circunstancias mostrará la concurrencia de dos normas en dos supuestos aparentemente distintos: los matrimonios ilegales (art. 472) y el estupro-incesto (art. 435). Sin embargo, la posibilidad de un concurso de delitos se nos muestra lejana. Al engendrar el matrimonio las naturales y lógicas relaciones sexuales entre los contrayentes, parece prudente considerar la conducta incestuosa consumida por la más amplia del matrimonio ilegal, castigando solamente por esta última figura; por más que nuestro legislador se empeñe en sancionar con igual pena ambos preceptos<sup>87</sup>.

### 3. ELEMENTO SUBJETIVO

La figura recogida por el artículo 435 es eminentemente dolosa. El dolo —elemento subjetivo necesario para que el delito de estupro incestuoso resulte una infracción punible— consiste en la voluntad consciente y libre de efectuar el acto sexual con el conocimiento de las relaciones de parentesco existentes entre el sujeto agente y la víctima.

Introducimos de esta manera los dos elementos que constituyen el dolo penal: la consciencia y la voluntad del hecho punible. El elemento intelectual o cognoscitivo se desdobra en un previo conocimiento de los hechos —relación de parentesco— y en la captación por parte del actor de su significación valorativa, en cuanto conciencia de la ilicitud del injusto; el elemento emocional o volitivo, porque lo querido en la conciencia se admite por la voluntad,

86. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal...*, cit., P. E., página 162.

87. En el sentido aludido, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Comentarios...*, cit., pág. 800.

encaminada a la realización delictiva —voluntad consciente y libre de efectuar la relación carnal.

Las cuestiones derivadas del error —como causa de ausencia de culpabilidad— pueden llegar a tener relevante importancia en este delito que, a pesar de manifestarse esencialmente objetivo, precisa el elemento personal del conocimiento del vínculo.

Algunos autores consideran que el error acerca de la existencia o grado del parentesco excluye el delito. Discrepamos de esta opinión por entender de necesaria aplicación las consideraciones generales sobre el error vigente en nuestra doctrina. Si el error es esencial, no vencible, no existe problema en admitir la exclusión de responsabilidad criminal. Si, por el contrario, el error es esencial y vencible —supuesto de difícil hipotización práctica, pero constatable en cuanto pretensión teórica— puede engendrar la imprudencia genérica del artículo 565.

Se puede matizar, entonces, que el artículo 435 es eminentemente doloso en su tipología, pero admite la posibilidad teórica de una comisión culposa por error esencial vencible sobre el vínculo de parentesco exigible por la propia infracción.

Las particulares condiciones del ambiente social donde generalmente se producen las relaciones incestuosas —tema al que aludíamos en la primera parte de este trabajo— no pueden tener influencia específica —según el sistema actual— en el momento de determinar la imputabilidad y responsabilidad criminal del individuo. Sólo pueden servir —desgraciadamente— como llamada de atención y reflexión sobre una realidad sociológica que la propia comunidad engendra y que, por tanto, tiene el deber de afrontar y solucionar.

#### 4. PUNIBILIDAD

El artículo 433 del Código penal fija para los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y raptó una condición de procedibilidad basada en la imposibilidad de iniciar el proceso si no existe denuncia de la persona agraviada, o del cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador de hecho por este orden. Por los menores de dieciséis años podrán denunciar los hechos el Ministerio Fiscal, la Junta de Protección de Menores o cualquier Tribunal Tutelar de Menores. Igualmente, el Ministerio Fiscal podrá denunciar y el Juez de Instrucción proceder de oficio en los casos que consideren oportuno en defensa de la persona agraviada, si ésta fuere del todo punto desvalida.

La necesidad legal para perseguir el delito de estupro-incesto de denuncia de alguna de las personas a las cuales hemos aludido, manifiesta ineludiblemente el carácter de delito privado que le atribuye la propia Ley y muestra —una vez más— la realidad del bien jurídico protegido. No cabe duda que si el bien jurídico protegido a través del precepto tuviere carácter colectivo (familia, matrimonio,

sociedad...) sería inexplicable la razón legal para desarrollarlo como delito perseguible sólo a instancia de parte.

La legitimación de parte que aparece claramente desarrollada por el artículo 443, necesita, no obstante, por la especial naturaleza del delito que nos ocupa, alguna puntualización:

a) El inciso "por este orden" del párrafo primero habrá que interpretarlo de forma lata y poco rígida. Así, la sentencia de 10 de junio de 1964 precisa "debe interpretarse en el sentido de que a las personas citadas en ulteriores lugares les está atribuida la legitimación para denunciar cuando las personas enunciadas con anterioridad no existan y, cuando, aun existiendo, no están en condiciones de decidir por sí mismas si, en interés de la ofendida, es oportuno presentar la denuncia; debe, además, entenderse que la persona o personas que anteceden al guardador de hecho en dicha escala no están en condiciones de tomar la decisión tanto en el caso de que por una causa legal se hallen incapacitados para omitir válidamente una declaración de voluntad, como en la hipótesis de que por cualquier circunstancia, de hecho, no puedan adoptar tal resolución oportunamente o con la inteligencia y libertad necesarias".

La misma sentencia ejemplifica en el supuesto que conoce de agraviada con déficit mental. Ocurre que "no puede entrar en cuenta el padre por haber sido el mismo el autor del delito; y tampoco podía entenderse que la madre gozaba *in actu* de la serenidad de juicio precisa, porque, aparte de la obediencia debida al marido, su autonomía personal estaba mediatizada al converger en ella el deber de protección de su hija y el de auxilio a su cónyuge, razones que permiten desplazar la carga de la decisión sobre los hombros de los hermanos de la ofendida, cuya denuncia resulta admisible".

b) El concepto de desvalimiento del párrafo tercero hay que entenderlo no tanto como ausencia de pariente, sino como falta de amparo.

La sentencia de 27 de junio de 1967 se mueve en esta línea al afirmar que el desvalimiento "no puede circunscribirse a actuación sustitutiva, sólo para el supuesto de inexistencia de los parientes citados, sino que opera cuando concurriendo éstos, no protejan, tutelen o amparen, debiendo hacerlo racionalmente, a la mujer ofendida o incapaz".

## 5. ESPECIALES FORMAS DE APARICIÓN

A) La consumación y el problema de las formas imperfectas.

La infracción recogida en el artículo 435 no presenta excesivos problemas en el momento consumativo. Al igual que la mayoría de las tipicidades de análoga naturaleza —se puede plantear como excepción el tipo del artículo 436, número 1.º, que, de acuerdo con la sentencia de 17 de diciembre de 1960, "...lo integran dos elementos: el de yacimiento y engaño, y preciso es la realización de:

los mismos para que el delito quede completo...”—, el hecho delictivo queda consumado desde el momento mismo del yacimiento.

Cuando las dificultades devienen en importantes es a la hora de precisar la viabilidad de las figuras imperfectas. La problemática está estrechamente hilvanada con otras áreas de semejante configuración al estupro incestuoso —estupro, en general, y violación—. Las respuestas, por tanto, serán la mayoría de las veces comunes.

Podemos resumir en tres las incidencias más importantes que afectan la determinación de la tentativa y frustración en el caso que nos ocupa:

a) La amplitud con que definíamos el concepto de yacimiento lleva implícitamente una intromisión —caso del coito no perfecto— en esferas más propias de las formas imperfectas.

b) Al diferenciarse el estupro-incesto de los abusos deshonestos del artículo 436, último párrafo, en el yacimiento del sujeto, la constatación de si un hecho se debe conminar como forma imperfecta del artículo 435 o como abuso deshonesto no violento, presenta importantes dificultades, a tenor de las semejanzas que manifiestan ambas figuras.

c) El tercer problema lo matiza —en caso de admisión de formas imperfectas— la siempre sutil distinción entre tentativa y delito frustrado, tal como los acoge el artículo 3.º del Código penal.

El primer aspecto es una cuestión de exclusiva predeterminación del concepto de yacimiento. Como nuestra postura sobre el tema está recogida en páginas anteriores, baste aquí mostrar las previsibles connotaciones que un planteamiento amplio puede tener sobre las formas imperfectas.

En cuanto al segundo tema de reflexión es evidente que las conductas externas de las formas imperfectas de estupro-incesto y las de los abusos deshonestos no violentos puedan llegar a ser las mismas. No obstante, nuevamente tenemos que acudir al criterio diferenciador entre estupro y abusos deshonestos —el acceso carnal— para resolver la coincidencia. Si los actos realizados se encaminan al yacimiento —ánimo de yacer—, habrá tentativa o frustración; si, por el contrario, no persiguen tal fin, serán constitutivas de abusos deshonestos.

Acertadamente remacha esta idea Quintano Ripollés a propósito de la violación<sup>88</sup>: “toda violación presupone actividades deshonestas que le sirven de inevitable camino, como las lesiones al homicidio; y, como en este caso, la violación subsume a los abusos, incluso en sus formas imperfectas, siendo el signo diferencial entre ambas figuras, la de violación imperfecta o la de abusos perfecta, la existencia o no de ánimo de yacer”<sup>89</sup>.

Por último, para resolver el problema diferencial entre tentativa

88. La cita es igualmente válida para los delitos de estupro y, en especial, para el delito de estupro-incesto en relación con los abusos deshonestos del artículo 436, último párrafo.

89. QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Curso...*, cit., tomo II, pág. 351

y frustración habrá que estar al supuesto de hecho en concreto, no pudiéndose apuntar más criterios de distinción que los generales contenidos en el artículo 3.º del Código penal.

La opinión jurisprudencial en delitos semejantes se muestra contradictoria<sup>90</sup>. En referencia al delito de estupro-incesto sólo conocemos una sentencia que se plantea la posibilidad de forma imperfecta. En ella —sentencia de 4 de junio de 1960—, el Tribunal Supremo no duda en castigar como tentativa del artículo 435 al padre que “trató de realizar el coito con la niña, levantándole el viso y tocándole con la mano sus órganos genitales y diciéndole que no tuviera miedo, que no le haría nada, sin que llegara a realizar su intento por haber huido atemorizada la niña”.

En definitiva, y a pesar de todas las dificultades enunciadas, creemos factible la posibilidad de admitir la comisión del delito tipificado en el artículo 435 en grado de tentativa y frustración.

B) Concurso de delitos.

A') Concurso ideal.

a) El escándalo público toma, en relación a los delitos de incesto, distintas variantes. Como recordaremos, en los Códigos penales de Italia, Venezuela y Uruguay, para que el incesto pueda ser reprimido como delito, tiene que haber producido necesariamente escándalo público. En Cuba se configura como agravante específica del delito de incesto. Sin embargo, en la mayoría de los países se presenta distinto y autónomo. En esta última forma lo tipifica el Código penal español.

La más importante conexión con el estupro-incesto es precisamente su fácil concurrencia en concurso ideal de delitos. Efectivamente, como manifiesta la sentencia de 23 de marzo de 1945, “el delito de escándalo público no está subsumido en el incesto... tienen, pues, estos dos delitos esferas distintas y radios de acción diferentes, menos extenso el del primero que el del segundo, y no son incompatibles entre sí, porque puede darse el uno sin que se dé el otro...”. Por tanto, si la acción incestuosa tipificada en el artículo 435 se divulga o hace pública, convergen a través de una sola acción dos delitos diferentes: el estupro-incesto y el escándalo público.

Una nueva y grave contradicción se desprende de la posibilidad indicada. La jurisprudencia no duda en considerar —cuando concu-

90. En el delito de violación, el Tribunal Supremo considera la existencia de frustración cuando los procesados ejecutaron un acto carnal con la ofendida, no pudiendo completarlo por apercibirse de que se acercaba gente al sitio en que estaban (sentencia de 28 de febrero de 1894), cuando existe eyaculación prematura (sentencia de 29 de diciembre de 1959 y 15 de octubre de 1968), cuando no se produce el yacimiento por desproporción de los órganos genitales del ofensor y de la ofendida (sentencias de 17 de noviembre de 1922, 20 de abril de 1950, 14 de noviembre de 1961, 21 de diciembre de 1961 y 13 de mayo de 1974). Considera tentativa de igual manera, cuando existe desproporción entre los órganos sexuales (sentencia de 2 de mayo de 1959 y 10 de abril de 1968) y cuando se produce eyaculación prematura (sentencia de 15 de noviembre de 1963).

rren ambos delitos—sujeto activo del estupro-incesto sólo al varón, y al varón y a la mujer del escándalo público<sup>91</sup>. ¿Cómo puede pasar de víctima de un delito a sujeto activo del otro? ¿En base a qué circunstancias se castiga a la mujer por la publicidad de un acto donde ella es considerada la ofendida? Las respuestas habría que buscarlas en la deficiente redacción del artículo 435.

A tenor precisamente de la pobre regulación del incesto en nuestro Código penal, la jurisprudencia utiliza el escándalo público como motivo subsidiario para rellenar las evidentes lagunas que la tipificación legal manifiesta (incesto entre descendiente y ascendiente, incesto conocido sin denuncia de parte legitimada, etc.).

b) El yacimiento con hermano o ascendiente contagiándole enfermedad a través del coito integra un concurso ideal entre el estupro-incesto y los delitos de lesiones.

c) Igualmente puede presentarse el delito de estupro-incesto en concurso ideal con el adulterio del artículo 449 y el amancebamiento del artículo 452.

B') Concurso real.

La pluralidad de hechos constitutivos cada uno de delito imposibilita cualquier especificación con respecto a una determinada infracción.

El delito de estupro-incesto no es una excepción y, a efectos procesales, podrá entrar en concurso real con cualquier otro delito cometido por el mismo sujeto activo. Por tanto, para su estudio habrá que estar a las normas generales recogidas en los artículos 69 y 70 de nuestro Código penal.

C) Pluralidad de acciones y unidad de delito. La problemática del delito continuado.

Es frecuente en la realización de ciertos delitos —entre ellos los sexuales y, más concretamente, el de estupro-incesto, para cuya consumación se precisa del yacimiento con consentimiento de ambos sujetos, aunque se presuma viciado el de la ofendida— que la acción se repita dándose los mismos supuestos de hecho. Ante tal posibilidad, el jurista tiene que tomar una actitud. ¿Se deben castigar tantos delitos cuantos actos sexuales se hayan realizado o, por el contrario, se puede admitir la existencia de un solo delito a pesar de la repetición de la conjunción carnal? ¿Se realiza un solo delito de estupro-incesto con un solo acto carnal o con muchos?, en definitiva, ¿existe pluralidad de acciones y unidad de delito o estamos ante un auténtico concurso real homogéneo de delitos?

La respuesta es controvertida y se muestra íntimamente relacionada con el planteamiento general que hagamos sobre el delito continuado. Institución que, al estar movida eminentemente por la doctrina y la jurisprudencia, deja vía libre a las más subjetivas interpretaciones.

Nuestra jurisprudencia, que mantiene una línea definitoria sobre el delito continuado poco clara, tampoco, en consecuencia, es uni-

91. Sentencia de 13 de febrero de 1957.

forme en la apreciación concreta de dicha figura en el delito que nos ocupa. Como dato cuantitativo son mayoría las sentencias de estupro-incesto que se inclinan a considerar una unidad de delito<sup>92</sup>, siempre que exista unidad del bien jurídico lesionado, unidad del tipo básico realizado con todas las acciones reunidas por la abrazadera de la continuidad y unidad del sujeto pasivo.

Aunque esto puede ser una solución aceptable al problema planteado, necesita, sin embargo, algunas matizaciones.

Una excesiva rigidez —con las circunstancias actuales— en la elaboración y aplicación de los requisitos citados como constitutivos —según la jurisprudencia— del delito continuado, puede llevar a situaciones tan poco razonables como las que se pueden deducir de la sentencia de 7 de junio de 1965.

Trata dicha sentencia el supuesto de un padre que realiza numerosos yacimientos con su hija a partir de tener ésta ocho años de edad y hasta hallarse próxima a cumplir los 16. Se presenta, pues, el problema de si tales hechos constituyen varios delitos de violación y varios de estupro-incesto o uno solo de violación o uno de violación y otro de estupro-incesto. Al admitir la sentencia la teoría del delito continuado, la dificultad se reduce a las dos últimas hipótesis.

Afirma en sus considerandos que en el delito continuado “cada una de las acciones, considerada aisladamente, ha de reproducir el supuesto del tipo penal, aunque acaso varíen secundariamente entre sí por las posibles cualificaciones y privilegios que especialicen el tipo genérico. Este requisito no se da en el caso enjuiciado, porque el yacimiento del padre con su hija mayor de 12 años, hecho recogido en el Resultando de la sentencia, no puede subsumirse en el tipo de violación definido en el número 3.º del artículo 429 del Código penal, que requiere que el sujeto pasivo sea menor de 12 años cumplidos, por lo que, de acceder al recurso, quedarían por el nexo de la continuación dos acciones, a su vez continuadas, la segunda de las cuales no realizaría el tipo, supuestamente básico de la violación. A este resultado se opondría igualmente que, aparte de razones procesales, sirve de fundamento a la teoría del delito continuado, cual es el de la adecuación de la pena al injusto cometido, porque entonces será merecedor de igual castigo el padre que, con el consentimiento de su hija, sana mental, yace con ella antes de alcanzar los 12 años, que el que sin solución de continuidad prosigue el contacto carnal después de cumplir la hija esa edad, y hasta podría llegarse al absurdo de pretender la impunidad del padre que viene haciendo vida marital con su hija desde que contaba con menos de 12 años, si la monstruosidad es descubierta después de cumplir la mujer los 27 años, pues podría alegarse la prescripción de la violación y, con la misma falta de fundamento, la impunidad del estupro incestuoso por ser mera continuación de la violación prescrita”.

Esta vía, que en la sentencia aparece como absolutamente razo-

92. En esta línea, sentencias de 4 de junio de 1960, 7 de junio de 1965 y 6 de marzo de 1972. En contra, sentencia de 6 de diciembre de 1972.

nable al hacerla criterio general, puede llevar al lado opuesto y castigarse con mayor pena —reclusión menor y prisión mayor— al individuo que realice el acto sexual una sola vez con su hija de 11 años y 10 meses y lo vuelva a realizar otra vez con ella misma pasados cuatro meses, que al sujeto que mantiene en veinte ocasiones conjunción carnal con su hija menor de 12 años —sólo reclusión menor—. Ello, en lógica jurídica, es inadmisibile.

Por otro lado, la sentencia de 6 de diciembre de 1972 mantiene la postura contraria, que niega el delito continuado, al castigar al sujeto como autor de cuatro delitos de estupro incestuoso, tantos cuantos fueron los actos de aquella naturaleza realizados. A pesar de la importancia de tal resolución, no da ninguna razón que la fundamente. Sí lo hace la sentencia de 11 de noviembre de 1971 a través de un supuesto de incesto —no tipificado— violento (violación), cuya realidad es perfectamente adecuada al caso que nos ocupa.

En los considerandos de las sentencias nuestro Tribunal Supremo, ante la afirmación por parte del recurrente de constituir los hechos un delito continuado, responde: "... alegación que no puede ser aceptada, porque la teoría del delito continuado nació bajo el principio de favorecer al reo, y que se integró jurídicamente a base de la concurrencia de ciertos requisitos, a los que se refiere el recurso, doctrina que ha sido y es muy discutida en el orden científico y práctico, ha sido últimamente objeto de una dirección jurisprudencial nueva, sobre todo a partir de la sentencia de 22 de marzo de 1966 y muchas posteriores, en el sentido de que tal doctrina, en permanente evolución, debe tender a buscar con ella la realización de la justicia al caso concreto y así poder implantar mejor la defensa social, prescindiendo de algunos formulismos, para aplicarla o no en cada caso examinado, es decir, buscando un arbitrio judicial fundado en aplicar al caso los principios superiores de Justicia y, desde este punto de vista, es notorio que en el que se juzga, de gravedad extrema, pues contempla el caso repetido de un incesto por la vía de la violación, debe juzgarse con el prudente arbitrio que dicho caso requiere, que no debe perder de vista ni los dictados supremos de la moral ni los principios básicos de derecho, para poder graduar la sanción adecuada, conforme a cuyos criterios debe valorarse este caso realmente excepcional, dejando aparte un principio que por su sola aceptación es de índole benévola, no adecuado al que se debate.

Esta nueva orientación jurisprudencial<sup>93</sup> viene a complicar un poco más la posibilidad de enumerar unas reglas generales que sirvan de base en el momento de plantearnos el problema suscitado en el epígrafe. No obstante, entendemos, hasta tanto se produzca la solución idónea —formulación legal del delito continuado—, que la vía más satisfactoria es la iniciada por el Tribunal Supremo y apuntada por Sáinz Cantero en el sentido de "estar al caso concreto, dejando

93. Sustentada por la ya citada sentencia de 22 de marzo de 1966 y análogas de 8 de junio de 1967, 28 de enero de 1968, 3 de mayo de 1968, 19 de junio de 1968 y 24 de noviembre de 1969.

al arbitrio judicial la decisión no sólo de si los hechos se asemejan más al delito simple o al concurso correspondiente, sino al estudio de la personalidad del delincuente, al efecto de imponerle las penas que en justicia le correspondiesen”<sup>94</sup>.

D) La circunstancia mixta de parentesco del artículo 11 y la agravante específica del artículo 452 bis g).

Dentro del estudio de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, para cuya incidencia en el delito que nos ocupa habrá que atender a las reglas generales establecidas por los artículos 9.º y 10 del Código penal, merece especial atención la circunstancia mixta de parentesco del artículo 11 y la específica del artículo 452 bis g).

Es reiterada la jurisprudencia que considera acertadamente a la circunstancia del artículo 11, inherente al delito del artículo 435 y, por tanto, sin calidad agravadora genérica. Así lo recoge la sentencia de 24 de junio de 1975 al entender erróneo aplicar dicha agravante genérica, “pues en el estupro-incesto el parentesco es de por sí calificador del hecho, ya que de no mediar esta relación parental se trataría de un tipo de estupro que habría, para ser punible, de reunir las condiciones y requisitos que la Ley exige para cada uno de los tipos que describe, y estando insito y siendo consustancial el parentesco en la concepción de este delito es notoriamente inaplicable la agravante genérica”. Más técnica es la explicación dada por la sentencia de 6 de diciembre de 1972 al estimar no puede tenerse en cuenta “una vez que el legislador ya tomó la resolución parental que unía al reo con su nieta —sujeto pasivo de la infracción... para describir el tipo penal contenido en el artículo 435 del Código penal, de modo que se da el segundo de los tres supuestos enumerados en el artículo 59, calificados por la doctrina de inherencia expresa y que convierte al precepto sancionador del incesto en norma principal respecto de la contenida en el artículo 11, que viene así a actuar como norma subsidiaria expresa sólo para los tipos cuya entrada en juego lo permita”.

La reforma de 1963 incorporó en el Capítulo VIII, bajo el artículo 452 bis g), una agravante específica, que no es más que una variante cualificada de las agravantes genéricas de parentesco y abuso de funciones, aplicable a todo el Título IX. En lo referente al artículo 435, la inherencia aludida para la circunstancia mixta de parentesco no obsta para la aplicación de la específica del artículo 452 bis g)<sup>95</sup>, ya que éste no supone “un criterio antagónico, sino dispar, diferente y diverso”<sup>96</sup>, pues lo que pretende es “castigar con la pena en grado máximo en todos los delitos comprendidos en el Título IX,

94. SÁINZ CANTERO, JOSÉ ANTONIO, *Derecho Penal*, I, UNED. Madrid 1974, pág. XXVIII/10.

95. En este sentido, sentencias de 7 de junio de 1965, 22 de mayo de 1971, 6 de marzo de 1972 y 24 de junio de 1975.

96. Sentencia de 24 de junio de 1975.

cuando el ascendiente lo perpetrare abusando de la autoridad que la Ley le confiere”<sup>97</sup>.

La tipicidad del artículo 452 bis g) supone una curiosa figura de prevalimiento en dos escalones. En el primero, el legislador presume que el simple parentesco en los grados establecidos en el artículo 435 —o la tutoría, magisterio, etc., del artículo 434— vicia necesariamente la voluntad de la ofendida; por el segundo, se objetiviza un nuevo prevalimiento —necesariamente distinto al presumido— consistente en aprovecharse de la autoridad que posee el sujeto activo sobre la víctima. Mientras el primero siempre se presume (art. 435), el segundo se debe constatar en el supuesto de hecho (art. 452 bis g)).

## 6. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

### A) Pena.

Para la fijación de la pena del estupro-incesto, nuestro Código remite al artículo 434. Conminando, por tanto, con idéntica sanción a la establecida para este precepto, es decir, prisión menor.

Extraña la equiparación punitiva que el legislador establece entre ambas infracciones, de donde parece deducirse —como apunta Quintano Ripollés— “que igual sanción merece quien estupra a su criada menor que quien estupra a su propia hija también menor, absurdo que raya en lo monstruoso”<sup>98</sup>.

Particularmente a tener en cuenta en el momento de la determinación de la pena es la excepción que a las normas generales sobre punición de la complicidad —artículo 53— recoge, como disposición común a los delitos contenidos en el Título IX del Libro II, el artículo 445 al tipificar: “Los ascendientes, tutores, maestros o cualesquiera personas que, con abuso de autoridad o encargo, cooperaren como cómplices a la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena señalada para los autores”. “Los maestros o encargados en cualquier manera de la educación o dirección de la juventud, serán, además, condenados a inhabilitación especial”. Se trata, pues, de una auténtica equiparación entre autoría y complicidad.

Si nos planteamos la penalidad del incesto desde perspectivas generales, podemos observar que una —cada vez más numerosa parte de la doctrina extranjera —en cuyos Códigos se protege generalmente un bien jurídico distinto al protegido en el Código español— se manifiesta contraria a la pena de prisión de larga duración, al no ser medida apropiada para combatir el incesto. En esta dirección se expresa Blau al considerar que “la destrucción definitiva de la familia está generalmente provocada precisamente por la condena del padre a una pena de larga reclusión, y el efecto de pre-

97. Sentencia de 24 de junio de 1975.

98. QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Comentario...*, cit., vol. I, pág. 800.

vención general y especial de la incriminación del incesto es mucho más ineficaz que en cualquier otro delito"<sup>99</sup>.

Atendiendo a semejantes consideraciones, la más moderna criminología recomienda como alternativa válida la aplicación de medidas estatales, sociales y económicas, dirigidas a terminar con las causas y motivaciones que producen y facilitan el hecho incestuoso.

#### B) Responsabilidad civil especial.

Paralelamente a la regulación general que en nuestro Código posee la responsabilidad civil dimanante del delito, el legislador ha incluido, para los reos de violación, estupro o rapto, en el artículo 444, tres supuestos especiales: 1.º) Dotar a la ofendida, si fuere soltera o viuda. 2.º) Reconocer la prole, si la ley civil no lo impide. 3.º) En todo caso, mantener a la prole.

C) Extinción de la responsabilidad criminal: el perdón del ofendido.

Junto a las causas genéricas de extinción de la responsabilidad criminal reguladas en nuestro Código penal (art. 112), el artículo 443 recoge como disposición común referida a los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto el perdón del ofendido, que viene a ampliar expresamente lo contenido en el artículo 112, número 5.

De este modo, el citado artículo tipifica en sus párrafos 4.º y 5.º: "en los delitos mencionados, el perdón expreso o presunto del ofendido, mayor de 23 años, extingue la acción penal o la pena impuesta o en ejecución. El perdón no se presume, sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor. El perdón del representante legal, protector o guardador de hecho del menor de edad y el del ofendido, mayor de 21 años y menor de 23, necesita, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor o al ofendido el Ministerio Fiscal".

### III. CONCLUSIONES

#### 1. CONCLUSIONES DE "LEGE DATA"

a) El incesto no es en nuestra legislación penal un delito con sustantividad propia. Constituye una modalidad de estupro, incluido entre los delitos contra la honestidad del Título IX.

b) El carácter híbrido que su específica regulación le concede, coloca su estudio en un callejón de difícil salida: por la forma, no permite una interpretación amplia que lo relacione con las figuras autónomas de incesto que rigen en derecho comparado; por el fondo, se presume alejado de los demás tipos de estupro.

<sup>99</sup>. BLAU, GÜNTHER, *Les infractions contre la famille et les moeurs en droit allemand*, en "Revue Internationale...", cit., 1964, pág. 431.

c) En atención a su situación y contenido legal no cabe ninguna duda que el legislador pretende proteger en el artículo la libertad sexual de la mujer, viciada —según presunción legal— por la relación de parentesco contenida en el artículo 435.

d) La propia naturaleza del delito reduce la tipicidad al vaciamiento con mujer descendiente o hermana. Se muestra, en este sentido, como un delito unilateral, en contra del carácter más propicio a estas infracciones de la bilateralidad, donde serían culpables todos los que consienten. La exclusión de la mujer como sujeto pasivo y la tipicidad del incesto con ascendientes lleva a manifestar serias incongruencias.

e) La necesidad de denuncia por parte legitimada y la posible extinción de la responsabilidad criminal por perdón de la parte ofendida o persona legalmente capacitada para ello, manifiesta el carácter privatista que este delito posee en nuestro derecho, lo que excluye cualquier primacía de bienes jurídicos de naturaleza colectiva.

## 2. CONCLUSIONES DE "LEGE FERENDA"

Cuando tratamos de sintetizar unas conclusiones futuribles que pongan punto final a este trabajo, las posibles respuestas se nos acumulan —como el propio delito— confusas. Sin embargo, una deviene esencialmente clara: la urgente y necesaria reconsideración legal del tipo contenido en el artículo 435. Se precisa clarificar y determinar la imperfecta homología con que se introduce el incesto en nuestra legislación. Sobre tres caminos se puede lograr el cambio:

a) Continuando en la idea que orienta actualmente los delitos contra la honestidad. En este supuesto se integraría en los estupros de prevalimiento del artículo 434, sin ninguna concesión —como ahora sucede— a la sustantividad del incesto (omisión de edad máxima en la ofendida y de la honestidad).

b) Creando un delito autónomo cuya inserción inevitablemente estaría bajo un epígrafe nuevo de "delitos contra la familia". Para ello, sería necesario extender el tipo a las relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes, hermanos y hermanas, transformándolo en una infracción de carácter bilateral y pública.

c) Haciendo una profunda reforma de nuestro Derecho penal sexual, que evite la tradicional consideración de la mujer como criatura débil e inexperta predestinada al abuso y al engaño del macho fornicador, imagen que afortunadamente no corresponde a la mujer que hoy vive en nuestra sociedad, y reduzca al mínimo las parcelas reprimidas criminalmente, para así garantizar un más adecuado desarrollo del individuo en una sociedad libre y sin prejuicios. En este contexto los casos graves de incesto estarían abarcados suficientemente por otras tipologías y, en último caso, cuando se manifestara un fuerte quebranto a las vivencias sociales actuaría como un atentado a la sociedad.

La elección depende, evidentemente, de la ideología con que nos enfrentemos al tema.