

TAXATIVIDAD, FRAGMENTARIEDAD, PREVENCIÓN Y CONSTITUCIONALIDAD EN LA REGULACIÓN DE LOS TIPOS BÁSICOS DE AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995

GUILLERMO OLIVER CALDERÓN

I. INTRODUCCIÓN

El Código penal español de 1995, entre otras novedades, introdujo una regulación distinta de la prevista en el anterior Código de 1973, en materia de delitos contra la libertad sexual. Ya en 1989 el legislador había modificado la antigua e inadecuada denominación del título IX del libro 2º del Código entonces vigente, “Delitos contra la honestidad”, que contenía los delitos sexuales, sustituyéndola por la de “Delitos contra la libertad sexual”, por ser éste el auténtico bien jurídico protegido, según se expresaba en la Exposición de Motivos de la pertinente ley de reforma. Pero el Código de 1995, manteniendo dicha rúbrica, ahora en el título VIII de su libro 2º, cambió completamente esta normativa, distinguiendo entre, por un lado, las agresiones sexuales (capítulo 1º, artículos 178 a 180) y, por otro, los abusos sexuales (capítulo 2º, artículos 181 a 183) y destinando otros capítulos para la descripción del resto de los delitos del mismo grupo, como el acoso sexual, el exhibicionismo, etcétera, además de unas disposiciones comunes.

Finalmente, mediante LO 11/1999, de 30 de abril (BOE de 1 de mayo), se volvió a modificar esta materia, fundamentalmente, buscando “...garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces...”, como señala su Exposición de Motivos.

En lo que interesa para este trabajo, el Código de 1995 contempla el delito de agresiones sexuales, cuyo tipo básico se prevé en su artículo 178, que sanciona al que “...atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación...” y el delito de abusos sexuales, cuyo tipo básico se contiene en su artículo 181, que castiga a quien “...sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona...”¹. Como puede apreciarse, prescindiendo de la referencia a la indemnidad sexual, tanto el delito de agresión, como el de abuso sexuales, consisten en atentar contra la libertad sexual de otra persona, diferenciándose ambos en que aquél

¹ El texto del artículo 181 del Código Penal fue modificado por la ya indicada LO 11/1999.

exige la concurrencia de violencia o intimidación y éste, la ausencia de dichas circunstancias y de consentimiento.

La tesis central de este escrito es que la peculiar forma empleada por el legislador para describir los delitos de agresión y abuso sexuales en sus tipos básicos, utilizando una fórmula tan amplia y vaga como la de atentar contra la libertad sexual de otro, es criticable por no satisfacer las exigencias que impone el respeto del mandato de determinación² y del principio de fragmentariedad, además de admitir reparos desde una óptica preventiva del Derecho penal y serias dudas de constitucionalidad, críticas, reparos y dudas que se traducen en objeciones a la política criminal del Legislativo en esta materia.

II. MANDATO DE DETERMINACIÓN EN EL TIPO BÁSICO DE LA AGRESIÓN Y EL ABUSO SEXUALES

El artículo 1.1 de la Constitución española establece que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”. A partir de este reconocimiento, es posible plantear ciertos límites para el ejercicio del *ius puniendi*. Así, por ejemplo, del Estado social se puede derivar la exigencia de que el Derecho penal sirva exclusivamente a la protección de bienes jurídicos; del Estado democrático, el principio de humanidad de las penas y del Estado de Derecho, el principio de legalidad³.

El principio de legalidad, sintetizado en la conocida máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, atribuida a Feuerbach, da lugar a las llamadas garantías del principio de legalidad, criminal (el delito debe estar señalado por la ley), penal (la pena para el delito también debe estar indicada en la ley), jurisdiccional (la existencia de delito y la imposición de pena deben determinarse por sentencia judicial, previo procedimiento legalmente tramitado) y de ejecución (las penas deben ejecutarse en la forma prescrita por la ley). Para cumplir dichas garantías, la ley que las ofrezca debe tener ciertas características⁴, como ser anterior al delito (*lex praevia*), escrita, lo que excluye la costumbre como fuente directa de Derecho penal (*lex scripta*) y formulada con precisión, lo que excluye la aplicación de la analogía – prohibición dirigida al juez penal– e impone el respeto del principio de taxatividad o mandato de determinación –exigencia destinada al legislador– (*lex stricta*)⁵.

El artículo 25.1 de la Constitución española, al señalar que “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”, no ha hecho un reconocimiento expreso de todas las garantías

² La idea de escribir este trabajo fue motivada por las observaciones que, en relación con la falta de taxatividad en esta materia, formuló el Dr. Sr. Santiago Mir Puig en clases del Master de Especialización en Derecho Penal, impartido conjuntamente por las Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra, España, versión anual 1999 - 2000, que cursamos.

³ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* (5ª edición, Barcelona, 1998), pp. 74 ss.

⁴ La agregación de estas características se suele atribuir a MAURACH. Véase su *Tratado de Derecho Penal*, trad. CÓRDOBA RODA (Barcelona 1962), I, 8, V, A, p. 100. Citado por CURY URZÚA, *Derecho Penal. Parte General* (2ª edición, Santiago de Chile, 1996), I, p. 143.

del principio de legalidad, sino que sólo ha aludido a la garantía criminal y a la irretroactividad de las leyes penales⁶. La manifestación de los restantes aspectos del indicado principio debe buscarse en otros preceptos del texto fundamental⁷. Con todo, ningún artículo alude explícitamente al mandato de determinación, a pesar de lo cual la doctrina⁸ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español⁹ lo derivan del propio artículo 25.1 ya citado.

El mandato de determinación implica una exigencia para el legislador penal¹⁰, que le obliga a redactar del modo más preciso y claro posible, tanto la conducta prohibida, como la pena con que se amenaza su realización. Así las personas pueden saber qué se les prohíbe y, en consecuencia, qué se les permite, además de qué pena arriesgan en caso de hacer lo prohibido¹¹. Como se comprende, este principio es de la máxima importancia e impone el cumplimiento riguroso de cierta técnica legislativa. Como dice Rodríguez Mourullo, constituye "...piedra de toque para comprobar si en el plano penal se respetan o no las exigencias del Estado de Derecho..."¹². En efecto, es indudable que si la ley penal empleara términos amplios y vagos en la tipificación de los delitos, no sería el legislador, sino el juez quien a la postre decidiera el ámbito de lo punible, lo cual infringiría el postulado de la división de poderes del Estado, no respetaría la seguridad jurídica –consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución española–, pues los ciudadanos no podrían saber con certeza qué pueden hacer y qué no¹³ y conduciría a la arbitrariedad judicial¹⁴. Sin embargo, en

⁵ Así, en lo que respecta a la *lex stricta* y su contenido: RODRÍGUEZ MOURULLO, *Principio de legalidad*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona, 1971), XIV, p. 888; MIR PUIG, *Derecho Penal* cit., p. 78; EL MISMO, *Introducción a las bases del Derecho Penal* (Barcelona, 1976), p. 145. Sin embargo, hay quienes derivan el mandato de determinación de la exigencia de una *lex certa* (hecha por Jescheck; véase CURY URZÚA, *Derecho Penal* cit., p. 144), reservando la noción de *lex stricta* para la prohibición de aplicación de la analogía. Vid. GARCÍA-PABLOS, *Derecho Penal. Introducción* (Madrid, 1995), p. 248; HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal* (trad. Muñoz Conde - Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984), pp. 314 ss.; ZUGALDIA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal* (3ª edición, 1993), p. 281.

⁶ En contra, HUERTA TOCILDO, *El derecho fundamental a la legalidad penal*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 39 (1993), p. 82, afirmando que el principio de legalidad ha sido recogido íntegramente por el artículo 25.1 de la Constitución española.

⁷ Vid. QUINTERO OLIVARES - MORALES PRATS - PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal. Parte General* (Barcelona, 1997), p. 36.

⁸ QUINTERO OLIVARES - MORALES PRATS - PRATS CANUT, *Curso* cit., p. 37.

⁹ Vid. SSTC 62/1982, de 15 de octubre (f. j. 7º); 133/1987, de 21 de julio (f. j. 4º y 5º); 89/1993, de 12 de marzo (f. j. 2º y 3º); 116/1993, de 29 de marzo (f. j. 3º); 53/1994, de 24 de febrero (f. j. 4º y 5º) y 151/1997, de 29 de septiembre (f. j. 3º y 4º).

¹⁰ Para la doctrina alemana, tiene un doble aspecto: se dirige al legislador, con la exigencia de una *lex certa* y al juez, prohibiéndole aplicar analógicamente esa *lex certa* y obligándolo a sujetarse a la *lex stricta* (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (Barcelona, 1992), p. 254).

¹¹ Por todos, Vid. ZUGALDIA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal* (3ª edición, 1993), p. 281.

¹² RODRÍGUEZ MOURULLO, *Principio* cit., p. 888. En sentido parecido, Süß, *El trato actual del mandato de determinación*, trad. FELIP I SABORIT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, *Estudios de Derecho penal* N° 15 (Granada, 2000), p. 223.

¹³ Silva Sánchez niega que la finalidad garantística del principio de taxatividad deba verse

lo que respecta al señalamiento de las penas, se admite una mayor flexibilidad para permitir el logro de objetivos de prevención especial¹⁵.

Lo dicho podría hacernos pensar, equivocadamente, que el mandato de determinación goza de gran respeto y aplicación por parte del legislador. Nada más alejado de la realidad. Desde hace tiempo, los autores vienen denunciando su cada vez mayor desconocimiento y franca infracción¹⁶. Se han dado muchas razones para intentar explicar esta situación, desde la imposibilidad de emplear términos unívocos en la ley, dada la ambigüedad del lenguaje, pasando por un problema de falta de recursos técnicos y económicos en el legislador, hasta una necesidad de vaguedad en la regulación, a fin de buscar la justicia del caso concreto, entre otras causas¹⁷. La verdad es que las razones que se suelen invocar no justifican el desconocimiento del principio en comento. A las causas antes señaladas puede responderse que la ambigüedad del lenguaje no explica satisfactoriamente por qué el legislador no describe con mayor precisión la conducta punible cuando ello es posible¹⁸. Por otra parte, si el problema fuera la falta de recursos, bastaría con que el legislador quisiera resolverlo; pero es claro que no quiere¹⁹. Finalmente, justicia para el caso concreto también puede conseguirse con leyes precisas; y si una situación queda impune, porque no cabe dentro de la descripción típica del delito, simplemente habrá que instar la correspondiente reforma legal. Esta es la necesaria consecuencia a observar en un Estado de Derecho²⁰.

fundamentalmente en la seguridad jurídica, entendida como posibilidad del ciudadano de saber con certeza qué puede hacer y qué no, dado el carácter indirecto y deformador de los mecanismos que ponen en contacto al ciudadano con las normas, por lo que a lo más que se puede aspirar es a un conocimiento aproximado e impreciso (*Aproximación cit.*, p. 256). En idéntico sentido, GARCÍA-PABLOS, *Derecho Penal cit.*, p. 248.

¹⁴ Vid. GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado Democrático* (Cuenca, 1996), p. 74; MUÑOZ CONDE - GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General* (3ª edición, Valencia, 1998), p. 114; CALDERON CEREZO - CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona, 1999), I, p. 52.

¹⁵ Vid. GARCÍA-PABLOS, *Derecho Penal cit.*, pp. 255 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho Penal* (Madrid, 1981), p. 328; ZUGALDIA ESPINAR, *Fundamentos. cit.*, p. 284; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Principio cit.*, p. 890; MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal* (Barcelona, 1995), p. 96 y 97.

¹⁶ Vid. MIR PUIG, *Introducción cit.*, p. 145; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación cit.*, p. 254; GARCÍA-PABLOS, *Derecho Penal cit.*, p. 251; HASSEMER - MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal* (Valencia, 1989), p. 175; HASSEMER, *Fundamentos cit.*, pp. 314 ss.; *Curso cit.*, p. 37; QUINTERO OLIVARES - MORALES PRATS - PRATS CANUT, *Represión penal y Estado de Derecho* (Barcelona 1976), pp. 54 ss.; ROXIN, *Derecho Penal. Parte General* (trad. Luzon Peña - Díaz y García Conlledo - de Vicente Remesal, Madrid, 1997), I, p. 170.

¹⁷ Vid. SÜß, *El trato actual cit.*, pp. 232 ss., con una completa exposición de razones acerca de la falta de vigencia práctica del mandato de determinación en Alemania. Vid. también HASSEMER, *Fundamentos cit.*, pp. 314 ss.

¹⁸ SÜß, *El trato actual cit.*, p. 232.

¹⁹ SÜß, *El trato actual cit.*, pp. 232 y 233.

²⁰ SÜß, *El trato actual cit.*, pp. 236 y 237.

Pues bien, la descripción de los tipos básicos de agresión y abuso sexuales en el Código penal español de 1995, siguiendo la tendencia legislativa denunciada por la doctrina, no cumple el principio de taxatividad. La fórmula “atentar contra la libertad sexual de otra persona”, utilizada en sus artículos 178 y 181, es una cláusula general, de una vaguedad y amplitud tal, que no permite saber qué conductas ha prohibido el legislador (no hay que olvidar que los artículos 179 y 182 aluden a las modalidades de agresión y abuso sexuales consistentes en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal y en la introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, por lo que los tipos básicos de los artículos 178 y 181 son residuales). En su Exposición de Motivos, la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, señala, a propósito de la nueva regulación de los delitos sexuales: “Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto”. Tal vez lo haya sido en otros aspectos normados dentro de estos delitos, pero no creemos que pueda calificarse de tal el haber infringido el mandato de determinación. Los autores seguramente en el futuro citarán este caso como claro ejemplo de falta de taxatividad²¹.

Analicemos la expresión “atentar contra la libertad sexual de otra persona”. Claramente, resulta ser una cláusula general, pues supone “...una porción de legislación dejada abierta...”²². El legislador ha renunciado a la tarea de describir la conducta punible, dejando en manos de los tribunales su concreción.

Lo anterior constituye paradigma de lo contrario a una correcta técnica legislativa. El legislador, en una primera etapa del proceso de creación de normativa penal, debe seleccionar los distintos bienes jurídicos que considera merecedores de protección jurídico penal (por ejemplo: vida humana, libertad, propiedad, etcétera). Pero no debe quedarse ahí. En una segunda etapa, una vez seleccionados los bienes jurídicos a los que brindará tutela penal, debe proceder a describir con la mayor precisión posible —es aquí donde juega el mandato de determinación—, conductas que considera peligrosas o lesivas para dichos bienes jurídicos (por ejemplo: si se ha decidido proteger como bien jurídico penal la propiedad, se procederá a describir comportamientos humanos que le ataquen, como tomar cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, apoderarse de las mismas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas, etcétera)²³. La especial redacción empleada por el Código de 1995 en los tipos básicos de las agresiones y abusos sexuales demuestra que el legislador sólo salvó la primera etapa; decidió brindar protección jurídico penal a la libertad sexual. Pero la segunda, simplemente, la omitió. No consignó concretas conductas cuya realización prohibiese y conminase con pena por atacar el bien jurídico protegido; se contentó con señalar que se sancionará todo aquello que atente contra el bien jurídico “libertad sexual”. Es como si el legislador hubiera expresado: “He decidido prote-

²¹ Junto con el artículo 173, que sanciona al que “...infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral...”.

²² HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln* (Tübingen, 1953), p. 58, citado por MADRID CONESA, *La legalidad del delito* (Valencia, 1983), p. 192.

²³ Alude a este proceso MADRID CONESA, *La legalidad* cit., pp. 244 y 245. También SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* cit., p. 286, refiriéndose a la teoría de los procesos de incriminación.

ger como bien jurídico la libertad sexual. Todo aquél que lo ataque recibirá la pena de...”. En el fondo, el legislador ha dicho a los jueces: “Decidan ustedes qué conductas afectan a este bien jurídico y castíguenlas”, con lo cual serán los tribunales los que tengan que dotar de contenido la prohibición y determinar el ámbito de lo punible, dando lugar a la inseguridad jurídica y la arbitrariedad judicial. La verdad es que esto es inaceptable en un Estado social y democrático de Derecho. Implica una evidente negación del principio de legalidad, base del Estado de Derecho. Y no podría justificarse, invocando necesidades de prevención de delitos derivadas de la idea de Estado social, ya que la consecución de estas y otras finalidades en el Derecho penal no puede redundar en una pérdida de las garantías formales y materiales de la legalidad²⁴.

La doctrina tiende a rechazar las cláusulas generales de que se sirve a veces el legislador en las tipificaciones de delitos²⁵, pero creemos que no lo ha hecho con suficiente fuerza para la clara manifestación de aquéllas que nos brinda la nueva regulación de los delitos sexuales. Echamos de menos en quienes han reparado en la infracción del mandato de determinación en los tipos básicos de agresión y abuso sexuales, mayor energía al expresar su rechazo²⁶. Por otro lado, llama la atención que ciertos autores denuncien otros casos de dudoso respeto del principio de taxatividad dentro del propio ámbito de los delitos contra la libertad sexual, sin que lo hagan en la materia objeto de este estudio²⁷.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* cit., p. 258.

²⁵ Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto* cit., p. 327; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Principio* cit., p. 889; GARCÍA-PABLOS, *Derecho Penal* cit., pp. 251 y 252; MIR PUIG, *Introducción* cit., p. 146.

²⁶ Reparar en problemas derivados de poca taxatividad en la materia objeto de este estudio, ALVAREZ ALVAREZ, *El llamado delito de violación en el nuevo Código Penal. La jurisprudencia sobre el delito de violación del período 1989-1996*, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos contra la libertad sexual* (1997), p. 52; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos contra la libertad sexual*, en *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995* (Valencia, 1997), pp. 165 y 166; CALDERON CEREZO - CHOCLAN MONTALVO, *Derecho Penal. Parte Especial* (Barcelona, 1999), II, p. 675; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial* (2ª edición, Madrid, 1997), p. 178. Con mayor firmeza, GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995*, en *Cuadernos de Política Criminal* 59 (1996), pp. 323, 324, 330 y 331; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Agresión, abuso y acoso sexual en el Código Penal de 1995*, en *Revista Actualidad Penal* 2 (1996), p. 601; MORALES PRATS - GARCÍA ALBERO, en DE QUINTERO OLIVARES - MORALES PRATS - VALLE MUÑOZ - PRATS CANUT - TAMARIT SUMALLA - GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (2ª edición, 1999), pp. 240 y 241.

²⁷ Vid. MONTALBAN HUERTAS, *Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)*, en *Revista Jueces para la Democracia* 32 (julio 1998), pp. 69 y 70 y ORAA GONZÁLEZ, *Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas*, en *Revista La Ley* 3 (1996), p. 1348, denunciando ambos problemas de indeterminación en la expresión “favores de naturaleza sexual” en la descripción del tipo del acoso sexual del artículo 184 del Código Penal. Vid. también LAMARCA PÉREZ, *La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal*, en *Revista Jueces para la Democracia* 27 (noviembre 1996), p. 53, denunciando poca precisión en la descripción de las conductas consistentes en introducir objetos por vía anal o vaginal.

La infracción del principio de taxatividad queda en evidencia en los intentos doctrinales por concretar y reducir, recurriendo a interpretaciones, fundamentalmente, teleológicas y sistemáticas, el ámbito de las conductas punibles²⁸. Y lo peor es que el legislador no puede alegar que no se dio cuenta del error que cometía, puesto que fue advertido a tiempo. En efecto, en su “Informe sobre el Anteproyecto de Ley orgánica del Código penal aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión de 21 de junio de 1994”, el mencionado organismo señalaba que la descripción de la conducta punible configuraba un tipo penal indeterminado que podía llevar a toda suerte de decisiones judiciales extrañas en la aplicación del mismo²⁹. A pesar de ello, la infracción del principio de taxatividad se plasmó en Derecho positivo.

Una evidencia más de la mencionada infracción se puede encontrar, analizando cómo se han tipificado otros delitos cuyo bien jurídico protegido es también la libertad, pero en aspectos distintos a la sexualidad. Si examinamos la regulación contenida en el título VI del libro 2º del Código Penal, denominado “Delitos contra la libertad”, vemos que se contemplan allí los delitos de detenciones ilegales y secuestros, amenazas y coacciones. Resulta revelador constatar que en esta materia el legislador ha sido mucho más preciso. Así, por ejemplo, el artículo 163 no sanciona a quien atentare contra la libertad ambulatoria *de otra persona*, sino al “particular que encerrare o detuviere a otro...”; tampoco castiga el artículo 172 a quien atentare contra la libertad de otra persona de decidir *lo que quiere o no hacer*, sino al que “sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere...”. Como se advierte, en estos delitos el legislador no se quedó en la primera etapa del ya explicado proceso de creación de regulación penal, sino que avanzó a la segunda, describiendo con suficiente precisión las conductas punibles que atentan contra el bien jurídico protegido. Entonces, la pregunta es: Si en esta materia se cumplió el principio de taxatividad, ¿por qué no se hizo lo mismo en la descripción de los tipos básicos de agresión y abuso sexuales? Todavía más: si en la protección penal del nivel más amplio y abstracto de la libertad –como es la que brinda el delito de coacciones– el legislador fue capaz de lograr precisión en la descripción de las conductas punibles, ¿cómo no lo fue en la materia que nos interesa, relativa a sólo un aspecto de la libertad, como es la libertad sexual?

Algunos autores han insinuado que no era posible para el legislador conseguir mayor precisión en la descripción de los tipos básicos de agresión y abusos sexuales³⁰. Discrepamos absolutamente de esa opinión, que parece subestimar la capacidad de aquél. El *quid* del asunto está en que quiera hacerlo.

²⁸ Vid. los planteamientos de reducción del campo de lo punible de GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra cit.*, pp. 331 ss.; ALVAREZ ALVAREZ, *El llamado delito de violación cit.*, pp. 52 a 55; MORALES PRATS - GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial cit.*, pp. 240 a 242.

²⁹ Véase la referencia en HERNÁNDEZ GALLEGU, *Abusos sexuales*, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial) 2*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 40. También, DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos contra cit.*, p. 166.

³⁰ MORALES PRATS - GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial cit.*, p. 240, afirmando que “...no es arriesgado aventurar que, en esta materia, la posibilidad de obtener una descripción típica lo suficientemente precisa se revela como tarea casi imposible, dada la especial textura del bien jurídico...”. Sin embargo, más adelante sostienen que “...la defi-

Si damos un rápido vistazo al Derecho comparado, apreciaremos que en otras legislaciones no se ha sido tan impreciso en la descripción de los delitos sexuales, cumpliéndose en ellas con relativa suficiencia la segunda etapa de lo que antes hemos venido en llamar proceso de creación de normativa penal. Confirmémoslo³¹:

a) Código penal francés:

i) artículo 222 - 22: Constituye una agresión sexual todo ataque sexual cometido con violencia, coacción, amenaza o sorpresa.

ii) artículo 222 - 23: Todo acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza que sea, sobre una persona por otra, con violencia, coacción, amenaza o sorpresa, es una violación.

iii) artículo 222 - 27: Pena las agresiones sexuales, distintas de la violación.

b) Código penal portugués:

i) artículo 163 (coacción sexual): sanciona a quien, por medio de violencia, amenaza grave, o después de, para ese fin, haberla dejado inconsciente o puesto en imposibilidad de resistir, constriñe a otra persona a sufrir o a practicar, consigo o con otro, *acto sexual de relevancia*.

ii) artículo 164 (violación): 1. Castiga a quien tiene cópula con mujer, por medio de violencia, amenaza grave, o después de, para realizar la cópula, haberla dejado inconsciente o puesto en imposibilidad de resistir, o, por los mismos medios, la constriñe para que la tenga con un tercero. 2. Con la misma pena castiga a quien, en los términos previstos en el número anterior, tiene coito anal con otra persona, o la constriñe a tenerlo con tercero.

iii) artículo 165 (abuso sexual de persona incapaz de resistencia): 1. Sanciona a quien *practica acto sexual de relevancia* con persona inconsciente o incapaz, por otro motivo, de oponer resistencia, aprovechándose de su estado o incapacidad. 2. También a quien, en los términos previstos en el número anterior, practica con otra persona cópula o coito anal.

iv) artículo 167 (fraude sexual): Sanciona a quien, aprovechándose fraudulentamente del error sobre su identidad personal, practica con otra persona cópula, coito anal o acto sexual de relevancia.

v) artículo 172 (abuso sexual de niños): 1. Sanciona a quien practica acto sexual de relevancia con un menor de 14 años, o le hace practicarle consigo o con otra persona. 2. También al agente tiene cópula o coito anal con menor de 14 años.

c) Código penal italiano:

i) artículo 609 bis (violencia sexual): Mira al que, con violencia o amenaza o

nición (de lo punible) sigue reclamando la verificación material de una “conducta sexual”...” (p. 241), de lo cual se deduce que cabría precisar más la descripción típica, incorporando en el tipo la exigencia de realización de una conducta sexual.

³¹ Hemos elegido las legislaciones a que hemos tenido más fácil acceso. Sólo hemos tomado en cuenta los preceptos –o parte de ellos- que consideramos de mayor importancia para los fines de este estudio. Los posibles errores de traducción son de exclusiva responsabilidad del autor de este trabajo, salvo en lo que respecta al Código penal alemán. Además, no haremos cargo de las críticas que puedan merecer algunos aspectos de los preceptos transcritos; sólo nos interesa poner de manifiesto lo relativo al cumplimiento del mandato de determinación -en especial lo escrito en letra cursiva-.

mediante abuso de autoridad, compeliere a alguien a realizar o sufrir acto sexual. La misma pena del tipo anterior se aplica a quien induce a alguien a realizar o sufrir acto sexual: 1) abusando de las condiciones de inferioridad física o psíquica de la persona ofendida al momento del hecho; 2) engañando a la persona ofendida por sustituir el culpable a otra persona. En caso de menor gravedad, la pena es disminuida en una medida no superior a los dos tercios.

ii) artículo 609 quater (actos sexuales con menores): Se aplica la pena establecida en el artículo 609 bis a quien, fuera de la hipótesis prevista en dicho artículo, realiza acto sexual con persona que, al momento del hecho: 1) no ha cumplido catorce años.

d) Código penal alemán³²:

i) §176. Abuso sexual de niños. I. Se sanciona a quien realice actos sexuales con una persona menor de catorce años o le permita realizarlos con él. II. Igualmente será castigado quien determine a un niño a que realice actos sexuales con un tercero o que permita a un tercero realizarlos con él.

ii) §177. Violación. I. Se castiga a quien fuerce a una mujer al coito extramarital con él o con un tercero, con violencia o por medio de amenaza con un peligro presente para el cuerpo o la vida.

iii) §178. Coacción sexual. I. Se sanciona a quien fuerce a otra persona, con violencia o por medio de amenaza con un peligro presente para el cuerpo o la vida, a tolerar sobre sí actos sexuales extramaritales del autor o de un tercero, o a realizarlos con el autor o con un tercero.

iv) §182. Abuso sexual de jóvenes. I. Una persona mayor de dieciocho años que abuse de una persona menor de dieciséis años, de manera que: 1) realice con el menor actos sexuales o permita a éste realizarlos con él, aprovechando una situación de necesidad o con contraprestación monetaria, o 2) determine a éste, aprovechando una situación de necesidad, a realizar actos sexuales con un tercero o a que permita a un tercero realizarlos con él, queda comprendida en esta disposición. II. También la persona mayor de veintiún años que abuse de una persona menor de dieciséis años, de manera que: 1) realice con el menor actos sexuales o permita a éste realizarlos con él, o 2) determine a éste, aprovechando una situación de necesidad, a realizar actos sexuales con un tercero o a que permita a un tercero realizarlos con él, y con ello se aproveche de la falta de capacidad de la víctima para la libertad sexual.

v) §184c. Determinaciones conceptuales. A efectos de esta ley 1. son actos sexuales sólo aquellos que sean de alguna notoriedad en relación al correspondiente bien jurídico protegido...

e) Código penal colombiano:

i) artículo 298. Acceso carnal violento: Se comprende al que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia. Al que realice acceso carnal con persona menor de doce (12) años mediante violencia.

ii) artículo 299. Acto sexual violento: Se sanciona al que realice en otra persona acto sexual diverso del acceso carnal, mediante violencia.

³² Traducción extraída de EIRANOVA ENCINAS (COORD.), *Código Penal Alemán StGB. Código Procesal Penal Alemán StPO* (Madrid, 2000), pp. 113 ss..

iii) artículo 300. Acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir: Queda sujeto a la pena de este artículo el que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento. Otra es la pena, si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal.

iv) artículo 301. Acceso carnal mediante engaño: Comete este delito el que mediante engaño obtenga acceso carnal con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho.

v) artículo 302. Acto sexual mediante engaño: Se pena al que mediante engaño realice en una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, acto sexual diverso del acceso carnal.

vi) artículo 303. Acceso carnal abusivo con menor: Se sanciona al que acceda carnalmente a persona menor de catorce años.

vii) artículo 304. Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir: Este delito lo comete el que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental, o que esté en incapacidad de resistir. Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena es otra.

viii) artículo 305. Actos sexuales con menor de catorce años: Se prevé al que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales.

f) Código penal argentino:

i) artículo 119: Se reprime al que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo, cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. En el párrafo 3º: La pena es otra cuando mediando las circunstancias del primer párrafo, hubiere acceso carnal por cualquier vía.

g) Código penal chileno:

ii) artículo 361: ...Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona..., en alguno de los casos siguientes:

iii) artículo 366: El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona;

iv) artículo 366 ter: ...Se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aún cuando no hubiere contacto corporal con ella.

Del examen de los preceptos legales extranjeros que hemos extractado y su comparación con los españoles, se desprenden tres cosas. En primer lugar, que la peculiar forma usada por el legislador español para describir los tipos básicos de las agresiones y abusos sexuales, definiéndolos como ataques al bien jurídico que protegen, al parecer, no tiene parangón. En segundo, que no resulta creíble la afirmación de que no sea posible para aquél conseguir mayor precisión en la regulación de esta materia. Y finalmente, que en los preceptos legales extranjeros se repiten referencias a la naturaleza sexual que debe tener la conducta punible (ataque sexual, penetración sexual, acto sexual, acto sexual de relevancia, cópula, coito, acceso carnal, abuso sexual, acción sexual, etcétera). Esta última idea podría ser recogida

por el legislador español³³ -cuando se decida a abordar la segunda etapa del ya explicado proceso de creación de leyes penales, es decir, cuando de verdad describa una conducta-, ya que de la expresión “atentar contra la libertad sexual de otra persona”, no se desprende, necesariamente, la conclusión de que dicho “atentado” deba tener naturaleza sexual, como se verá a continuación.

La libertad sexual es una parcela de la libertad de toda persona. Consiste en la autodeterminación de todo ser humano en el amplísimo ámbito de la sexualidad. Y como toda manifestación de libertad, no sólo resulta afectada cuando se obliga a su titular a realizar una conducta de carácter sexual que no quiere, sino también cuando se le impide llevar a cabo un comportamiento sexual que desea. En efecto, no sólo atenta contra la libertad sexual de una persona quien le impone la realización de una determinada conducta de dicha naturaleza –sexual-, sino también quien obstaculiza a dicha persona el libre ejercicio de un comportamiento de tal connotación. Por ejemplo, un padre autoritario que sorprende a su hijo mayor de edad masturbándose y lo regaña severamente, impidiendo que continúe haciéndolo, atenta contra la libertad sexual de éste, pues afecta su autodeterminación en el campo de la sexualidad y su decisión de masturbarse o no. Otro ejemplo: el mismo padre autoritario atenta contra la libertad sexual de su hija mayor de edad, si le impide, aún con violencia, que ésta desarrolle actividad sexual con su novio³⁴. Estos dos ejemplos dejan claro que para atentar contra la libertad sexual de una persona, no es necesario realizar una conducta de naturaleza sexual, por lo que, desde un punto de vista estrictamente gramatical, podrían caer dentro del sentido literal posible de los tipos básicos de las agresiones y abusos sexuales. Desde luego, no nos resultaría satisfactoria una interpretación de los artículos 178 y 181 del Código penal, que concluyera en la necesaria aplicación de las sanciones que dichos preceptos prevén para los ejemplos propuestos. Creemos que el intérprete tendría que utilizar criterios teleológicos y sistemáticos para arribar a conclusión distinta³⁵. El problema es que una interpretación como la que rechazaríamos sería perfectamente legítima de lege lata, al no desbordar los límites del mencionado sentido literal posible³⁶. Es esto una consecuencia de la denunciada infracción del mandato de determinación en esta materia.

III. FRAGMENTARIEDAD EN EL TIPO BÁSICO DE LA AGRESIÓN Y EL ABUSO SEXUALES

A partir de la idea del Estado social, recogida en el artículo 1.1 de la Constitución

³³ Además de la referencia a cierta relevancia del acto que lesiona la libertad sexual. Sobre ello, volveremos más adelante.

³⁴ Ejemplo extraído de ponencia del penalista chileno Antonio Bascañán Rodríguez, en Conferencias de Derecho penal realizadas en Puerto Rico. Puede verse su *Problemas básicos de los delitos sexuales*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, número especial, (Valdivia, agosto, 1997), aludiendo al bien jurídico protegido en estos delitos.

³⁵ Así lo hacen los autores citados en la nota 29.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*. cit., p. 132.

española, puede derivarse, como límite a la actividad punitiva estatal, el principio de fragmentariedad, consistente en que el legislador no debe sancionar todas las conductas que afecten a los bienes jurídicos que ha decidido proteger, sino sólo las formas de ataque más peligrosas para ellos³⁷. Como ejemplo característico de este principio, se suele citar el de los delitos contra la propiedad. En éstos, el legislador no incrimina todas las formas de ataque contra dicho bien jurídico, sino únicamente algunas, que se han considerado especialmente peligrosas (hurto, robo, etcétera). De este modo, se asegura también el respeto del principio de proporcionalidad, que quedaría seriamente vulnerado si una misma pena se aplicara, tanto a las más graves, como a las más leves modalidades de ataque a un bien jurídico. Inciden aquí consideraciones de necesidad de pena y merecimiento de pena³⁸.

El principio de fragmentariedad es considerado modernamente como “...signo distintivo del Estado de Derecho de la libertad...”³⁹ Sin embargo, Binding, a quien se atribuye haber hablado por primera vez de dicha característica del Derecho penal⁴⁰, la consideraba un defecto a superar, completando la protección penal en aquella parte de cada uno de los bienes jurídicos que no se encontrase cubierta por ésta⁴¹.

Pareciera que el legislador penal español, continuando una tendencia ya denunciada⁴², en el tema objeto de este artículo ha decidido seguir a Binding, ya que ha pretendido incriminar toda forma de ataque al bien jurídico de la libertad sexual, considerando que es un error el que determinadas modalidades de lesión del mismo no estén sancionadas. Con ello, ha querido brindar a tal bien jurídico la máxima protección posible⁴³. Pero lo ha hecho –aparte de infringiendo el mandato de determinación–, no respetando el principio de fragmentariedad. En efecto, al prever los tipos básicos de las agresiones y abusos sexuales, que se sancionará a quien atente contra la libertad sexual de otro, no se han tipificado las conductas más peligrosas para dicho bien jurídico, sino que se ha querido incriminar toda la infinita gama de posibles conductas que ataquen al mismo, desde las más nimias y triviales hasta las de mayor gravedad. Por eso dijimos, anteriormente, que sería conveniente introducir en esta regulación una referencia a cierta relevancia de la conducta punible – además de exigir que tenga naturaleza sexual–, tomando como ejemplo algunas legislaciones extranjeras.

Llama la atención el hecho de que esta vulneración del principio de fragmentariedad se produzca dentro del campo de los delitos sexuales, los cuales siempre se han considerado parte del Derecho penal nuclear. Lo decimos, porque

³⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal* cit., p. 90.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* cit., p. 290.

³⁹ Jescheck citado por PRITTWITZ, *El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal*, trad. CASTIÑEIRA PALOU, en *La insostenible situación del Derecho penal, Estudios de Derecho penal* 15 (Granada, 2000), p. 429.

⁴⁰ Vid. ROXIN, *Derecho Penal* cit., p. 65, nota 27.

⁴¹ Vid. PRITTWITZ, *El Derecho penal alemán* cit., pp. 428 y 429.

⁴² Vid. MIR PUIG, *Introducción* cit., p. 127.

⁴³ ORTS BERENGUER, en *Derecho Penal. Parte Especial*, VIVES ANTON - BOIX REIG - ORTS BERENGUER - CARBONELL MATEU - GONZÁLEZ CUSSAC (3ª edición, Valencia, 1999), p. 217.

hay quienes han advertido que esta clase de fenómeno suele producirse dentro del ámbito de los delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales y los delitos de peligro, en donde se pone en entredicho la eficacia garantística del principio de lesividad⁴⁴. ¿Será esto una señal de que la denunciada merma de garantías del Derecho penal accesorio ha empezado ya a invadir el terreno del núcleo de lo criminal? Si esto fuera así y dicho proceso se sigue extendiendo, es más que probable que algún día los penalistas del futuro vean las actuales propuestas garantistas como los últimos gritos de resistencia de quienes, románticamente, se niegan a aceptar el inevitable cambio en la manera de concebir el Derecho penal.

Es indudable, además, que la infracción del principio de fragmentariedad cometida por el legislador en el campo de los delitos sexuales, es una manifestación de lo que se ha dado en llamar “expansión”⁴⁵ del Derecho penal. En efecto, el ámbito de lo punible crece considerablemente, si se sancionan todas las posibles formas de ataque a un bien jurídico, al ampliarse los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevante⁴⁶. Con razón, señala Roxin que “...es evidente que nada favorece tanto la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en una nimiedad”⁴⁷.

Y como consecuencia de la señalada infracción, tampoco se respeta en esta materia el principio de proporcionalidad, por las razones expuestas al comenzar este capítulo.

IV. PREVENCIÓN EN EL TIPO BÁSICO DE LA AGRESIÓN Y EL ABUSO SEXUALES

Superadas las tesis retributivas, hoy puede decirse que existe relativo consenso en que las funciones del Derecho penal y de la pena son de naturaleza preventiva, es decir, se trata de evitar la comisión de delitos⁴⁸.

La mencionada finalidad de evitar delitos se logra, fundamentalmente, a través de la motivación mediante normas, procurando incidir sobre la conducta externa de los ciudadanos⁴⁹. Dentro de tales normas, se suele distinguir entre las primarias (dirigidas a los ciudadanos, conteniendo prohibiciones o mandatos) y las secundarias (destinadas a los jueces, ordenándoles la imposición de las penas). El señalado fin de motivación corresponde, básicamente, a la norma primaria, aunque la secundaria refuerza dicha misión⁵⁰.

⁴⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* cit., pp. 291 y 292.

⁴⁵ Vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (Madrid, 1999), p. 9.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* cit., p. 9.

⁴⁷ ROXÍN, *Sentido y límites de la pena estatal*, en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. LUZÓN PEÑA (Madrid, 1976), p. 22.

⁴⁸ Por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal* cit., pp. 46 ss..

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* cit., p. 357.

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* cit., p. 360.

Pues bien, alguien podría sostener que una finalidad de prevención justificaría el empleo por parte del legislador de la fórmula “atentar contra la libertad sexual de otra persona” en los tipos básicos de agresión y abuso sexuales, argumentando del siguiente modo. Con una norma primaria tan amplia y vaga como “No atentes contra la libertad sexual de otro”, los ciudadanos, ante la imposibilidad de saber con certeza qué conducta concreta se les prohíbe, se abstendrían de realizar cualquier comportamiento que, directa o indirectamente, pudiera considerarse lesivo para el mencionado bien jurídico. Y con ello, consecuentemente, se conseguiría una mayor evitación de delitos.

Sin embargo, nuestra posición es, precisamente, la inversa. Teniendo presente que la vida en sociedad obliga a los ciudadanos a interactuar permanentemente, sin que se pueda paralizar el desarrollo cotidiano de sus actividades, el hecho de que no puedan saber qué conductas les está prohibido realizar no puede impedir que se comporten en forma lesiva para un bien jurídico penal protegido de manera tan peculiar. Así como la inexistencia de norma penal que prohíba determinada conducta (por ejemplo, porque no se ha creado el correspondiente tipo penal) no puede motivar a una persona para que no la realice, a pesar de que atente contra algún valor o interés social, la existencia de una norma primaria tan vaga como la referida tampoco está en condiciones de motivar a dicha persona para no realizar un determinado comportamiento, toda vez que tal norma no prohíbe ninguna forma de conducta en particular; sólo alude a un bien jurídico.

Así, es posible sostener que la regulación de los tipos básicos de la agresión y el abuso sexuales es contraproducente desde un punto de vista preventivo, ya que no impediría la realización de ninguna conducta concreta⁵¹.

En todo caso, como ya lo hemos insinuado antes, la finalidad de prevención en Derecho penal no puede comportar una pérdida de garantías, por lo que el contenido de la norma penal no responde únicamente a la lógica de la motivación, sino también al debido respeto de aquéllas⁵².

V. CONSTITUCIONALIDAD O INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS TIPOS BÁSICOS DE LA AGRESIÓN Y EL ABUSO SEXUALES

La infracción de los principios de fragmentariedad y de taxatividad por parte del legislador en la materia objeto de análisis en este artículo, podría originar serios reparos acerca de su constitucionalidad.

Por lo que respecta a la fragmentariedad, podría alegarse que los artículos 178 y 181 del Código penal español atentan contra el artículo 1.1 de la Constitución española, que dispone que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, porque no respetan los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, los cuales se derivan de la idea de Estado social y democrático.

⁵¹ Vid. MADRID CONESA, *La legalidad* cit., pp. 239 y 240, aludiendo a la merma en el poder preventivo de ciertas leyes penales indeterminadas.

⁵² Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* cit., p. 359.

Sin embargo, creemos que las críticas más fundadas de inconstitucionalidad de los señalados preceptos del Código penal tienen relación con la vulneración del mandato de determinación. Por una parte, debe tenerse presente que el artículo 9. 3 de la Constitución garantiza “...la seguridad jurídica,y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Resulta claro que con una descripción típica tan vaga como “atentar contra la libertad sexual de otro”, que no alude a ninguna forma de conducta humana y que traspassa a los tribunales la misión de determinar qué comportamientos se castigarán, la seguridad jurídica está ausente y la arbitrariedad judicial se convierte en una realidad. Por otra, el principio de taxatividad, como aspecto material del de legalidad, puede también derivarse de la ya señalada fórmula sintética del Estado social y democrático de Derecho del artículo 1.1 de la Constitución, en particular, de la idea de Estado de Derecho. Luego, los indicados artículos del Código penal infringen este precepto constitucional.

Finalmente, pensamos que aquellos preceptos del Código penal infringen el artículo 25.1 de la Constitución, el cual –como ya lo señalamos en su momento–, en opinión de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, consagra el mandato de determinación. En efecto, de la exigencia de que “Nadie puede ser condenado o sancionado por *acciones u omisiones* que en el momento de producirse no constituyan delito,....*según la legislación* vigente en aquel momento”, puede inferirse la obligación del legislador de describir en los tipos penales las acciones u omisiones cuya realización constituirá delito. No bastará entonces que el legislador dicte un tipo penal que disponga que se sancionará a quien afecte determinado bien jurídico –que es lo que ha hecho en los indicados artículos del Código penal–, sino que debe mencionar en el tipo las concretas conductas –acciones u omisiones– cuya realización prohíbe por lesionar dicho bien jurídico. Así las cosas, resulta evidente la inconstitucionalidad denunciada⁵³.

Somos conscientes de que el Tribunal Constitucional español, siguiendo a su homólogo alemán⁵⁴, se ha mostrado reacio a declarar la inconstitucionalidad de preceptos penales indeterminados⁵⁵. La doctrina suele destacarlo⁵⁶. Sin embargo, creemos que una alegación de inconstitucionalidad en esta materia podría prosperar. Esta afirmación se basa en que la doctrina del Tribunal Constitucional español, bastante poco exigente en materia de principio de taxatividad de las leyes penales, en general, en lo que alcanzamos a advertir, se ha sentado con motivo de preceptos penales en los que se describía la conducta punible, pero se usaban en los tipos expresiones o conceptos jurídicos de dudosa determinación. Así, por ejemplo, en la STC 89/1993, de 12 de marzo, se desestimó el recurso de inconstitucionalidad que

⁵³ Vid. MADRID CONESA, *La legalidad* cit., p. 244, haciendo referencia al indicado argumento a desprender del artículo 25.1 de la Constitución. Resulta esclarecedora la cita que hace de Bruns, al decir que los tipos penales recogen no sólo “las lesiones de intereses tipificados, sino más bien lesiones tipificadas de intereses”: *Kritik der Lehre vom Tatbestand* (Bonn-Köln, 1932), pp 53 ss.

⁵⁴ Vid. TIEDMANN, *Constitución y Derecho penal*, trad. ARROYO ZAPATERO, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 33 (septiembre - diciembre 1991), p. 162.

⁵⁵ Vid. SSTC citadas en nota 10.

⁵⁶ Vid. HUERTA TOCILDO, *El derecho fundamental* cit., pp. 109 ss.; ZUGALDIA ESPINAR, *Fundamentos* cit., p. 282; GARCÍA-PABLOS, *Derecho Penal* cit., p. 250.

se había planteado contra preceptos del Código penal de 1973 que contenían las expresiones “organización terrorista” y “elementos terroristas”. Los preceptos cuestionados describían las conductas punibles, utilizando a continuación tales expresiones. Otro tanto puede decirse de la STC 151/1997, de 29 de septiembre, que declaró suficientemente determinado –aunque acogió el recurso de amparo por otro motivo– el antiguo artículo 1.025 del Código de Justicia Militar, que al describir la conducta punible, utilizaba los conceptos de dignidad y honor.

Nada de esto ocurre en la descripción de los tipos básicos de agresiones y abusos sexuales. No es que aquí el legislador haya descrito la conducta punible sirviéndose de conceptos indeterminados, sino que lisa y llanamente no ha descrito el comportamiento prohibido. Por eso señalamos que podría tener futuro una alegación de inconstitucionalidad.

No se nos escapa el hecho de que en STC 62/1982, de 15 de octubre, se declaró con suficiente precisión la descripción del entonces vigente delito de escándalo público, previsto en el artículo 431 del Código penal de 1973, que sancionaba a quien “...de cualquier modo ofendiere al pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia...” –el cual era citado por los autores como uno de los más claros ejemplos de indeterminación⁵⁷. Es verdad que en dicho tipo penal el legislador tampoco había descrito la conducta punible, valiéndose de la expresión “de cualquier modo” y utilizando a continuación los conceptos indeterminados “pudor” y “buenas costumbres”. Sin embargo, tal constatación no impide que sigamos manteniendo la afirmación que antes hemos hecho. Y ello, porque en el recurso de amparo que dio lugar a la indicada sentencia, el actor sólo alegó falta de taxatividad en los conceptos indeterminados de que se valía el tipo (pudor, buenas costumbres), sin denunciar la omisión del legislador de su deber de describir la conducta punible dentro del segundo nivel del proceso de incriminación. El Tribunal Constitucional, consecuentemente, sólo se pronunció sobre la utilización de aquellos conceptos en el tipo, pero no sobre esta omisión. Por lo tanto, pensamos que esta sentencia no afecta nuestro planteamiento.

⁵⁷ Vid. MUÑOZ CONDE, *Introducción* cit., pp. 95 y 96; QUINTERO OLIVARES, *Represión penal* cit., pp. 58 y 59.