

Aniceto Masferrer (ed.), *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978). Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2023, 342 pp. [ISBN: 978-84-1163-109-9].

La presente obra, publicada por Aranzadi, está dirigida por el Profesor Aniceto Masferrer, catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universitat de València. Este codicioso trabajo, en el que participan un total de siete autores que reconoceremos, trata de la evolución jurisprudencial en el Derecho penal español sobre delitos, históricamente conocidos como delitos contra la honestidad y actualmente llamados delitos contra la libertad sexual. El libro surge con el principal objeto de realizar un análisis y exposición minuciosas de la jurisprudencia de estos delitos sexuales y, más en concreto, de su contribución a la configuración jurídica de estos tipos delictivos, desde 1870 hasta la actualidad, en particular los casos que llegaron en casación al Tribunal Supremo. La obra muestra también cómo los delitos sexuales han sido más reformados en las últimas cuatro décadas, que a lo largo de 130 años.

La obra se divide en ocho capítulos: I. Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la configuración de los delitos contra la honestidad (1870-1978); II. La prueba en el delito de adulterio en España: un análisis jurisprudencial (1870-1978); III. La jurisprudencia española ante el delito de violación: un estudio histórico a través del análisis de sentencias del Tribunal Supremo (1870-1970); IV. La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la configuración del delito de abusos deshonestos (1870-1962); V. La jurisprudencia española en la evolución del derecho penal sexual: los delitos de escándalo público (1870-1987); VI. El estupro en la jurisprudencia española (1870-1978): de eje vertebrador a resquicio de los delitos deshonestos; VII. El delito de corrupción de menores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (1870-1978); VIII. La jurisprudencia española en la evolución del derecho penal sexual: aspectos sustantivos y procesales del castigo del rapto (1870-1978).

Los primeros dos capítulos del libro, son autoría del Prof. Masferrer. En el capítulo inicial, como se deduce del título, se expone una síntesis de lo que va a integrar la obra completa, un preámbulo conductor hacia la hipótesis primordial: la contribución jurisprudencial del Alto Tribunal a la configuración histórico-jurídica de los delitos sexuales. Este título introductorio aporta ideas generales sobre el proceso de evolución de la jurisprudencia en estos delitos, pero también concreta aspectos esenciales del mismo y proporciona las claves para entender la conformación delictiva en la actualidad.

El autor emplea términos como “honestidad”, “buenas costumbres” o “moral pública” como sinónimos para nombrar el ataque en los delitos deshonestos, tratándose de delitos tan antiguos como el homicidio o el hurto. Se examina, entre otras cuestiones, la evolución del delito desde 1870 hasta hoy en día, destacando la señalada estabilidad del régimen jurídico en relación a este tipo de delitos que apenas varió hasta finales de los años setenta del siglo pasado. Se podría enunciar el inicio del cambio o replanteamiento de este tipo delictivo a partir de 1978, donde diversos factores propiciaron un cambio de paradigma en los delitos sexuales. Empezando por el *nomen iuris*, pues si bien se mantiene la denominación de “Delitos contra la honestidad” hasta 1989, una reforma de ese año pasó llamarlos “Delitos contra la libertad sexual” (o “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual” en 1999).

Más allá de la nomenclatura empleada para referirnos a los delitos sexuales, coincido con el autor en que la religión, los efectos de la transición y el inicio del nuevo régimen democrático, han sido cruciales en la evolución de estos delitos, iniciada a finales de los setenta. Desde el CP 1848 hasta entonces, prácticamente se había mantenido la misma regulación jurídica, las transformaciones culturales de la segunda mitad del siglo XX en Occidente y algunas circunstancias políticas en España, explican las reformas penales encaminadas a adaptar la regulación de estos delitos a los nuevos tiempos. Precisamente por ello, el Prof. Masferrer hace una reflexión que conviene tener presente: como el Derecho forma parte de nuestra cultura, es preciso estudiar y comprender el contexto cultural para poder entender la formación de las instituciones jurídicas, interpretando también el Derecho en su concreto contexto histórico, cultural, social, político y económico.

Más específicamente, el Derecho Penal también está ligado a la cultura. Si bien se entiende como la mayor reacción punitiva del Estado o como la respuesta sancionadora más grave, ésta deriva de la mentalidad moral y social, de las costumbres de la sociedad. Masferrer incide en la pregunta que todos nos formulamos: ¿cómo es posible que los delitos de esta índole permanecieran inmutables tanto tiempo? Resulta extraño que, en una esfera tan íntima y sensible como es la sexualidad individual, no se contemple la evolución social en la jurisprudencia desde el año 1870 hasta finales de los 70 del siglo pasado. El Derecho es cultura y, precisamente por esto, tiende a adaptarse a la cultura y mentalidad de cada sociedad; esto explica por qué los delitos sexuales han sido reformados en los últimos años. En consonancia con el autor, el Derecho no puede ser comprendido al margen del contexto social de cada época.

Otro aspecto fundamental a destacar del primer capítulo es el alcance jurisprudencial de los delitos contra la honestidad, entre los que se incluyen el adulterio, amancebamiento, escándalo público, violación y abusos deshonestos, estupro y corrupción de menores y rapto, entre otros. Se constata que el volumen de delitos sexuales llegados al Tribunal Supremo es muy inferior al de delitos de otra naturaleza, y que los jueces, por muy conservadores que pudieran ser, distinguían entre el ilícito penal y el ilícito moral: esto en ocasiones conducía a la impunidad penal de conductas que las propias sentencias reconocían como ilícitas moralmente. Por otra parte, la conducta moral de una persona podía influir en la calificación jurídica o gravedad de un delito. Así, por ejemplo, a las trabajadoras sexuales o prostitutas, a quienes no se les consideraba “honestas” el siglo pasado, cabía tratarlas con mayor impunidad que a otras mujeres que supuestamente honestas (no en vano la rúbrica de estos tipos delictivos era de la “delitos contra la honestidad”). Evidentemente y por fortuna, esta concepción ha cambiado con el paso de los años y cada vez la sociedad está más sensibilizada y concienciada en la lucha por los derechos de todas las mujeres, así como en la búsqueda de la igualdad efectiva entre hombre y mujer. El Prof. Masferrer también manifiesta el hecho de la desigualdad entre géneros, visto en el recorrido jurisprudencial y en los distintos tipos delictivos.

En el siguiente capítulo, Masferrer se centra en un aspecto concreto del delito de adulterio en España: la prueba. Resulta incuestionable la dificultad probatoria en este delito y es aquí donde el Tribunal Supremo aportó su doctrina legal para resolver la controversia de la prueba. Se trata de un delito de resultado que contenía la expresión “yacer” en su precepto legal, y precisamente por su carácter de realización en la estricta intimidad o secreto dificultaba la carga probatoria, a no ser que el delito fuera descubierto en el mismo instante. En este sentido, era necesaria una configuración jurisprudencial

para aplicar este delito sin contravenir lo dispuesto en el precepto, ante la dificultad del legislador de predecir todos los casos concretos. Este capítulo no pretende un estudio concreto del delito de adulterio sino la necesaria valoración del aporte de la jurisprudencia para resolver muchos recursos de casación sobre las distintas formas de probar si existe o no yacimiento.

El capítulo tercero, centrado en el delito de violación en España entre 1870 y 1970, corre a cargo de la Prof. Dra. Raquel Tovar Pulido, de la Universidad de Extremadura. El delito de violación se articulaba en el yacimiento con una menor de 12 años aún con consentimiento o con una mayoría a esa edad y sin consentimiento. El punto de partida podría ser la determinación de la edad de la víctima y la existencia o no de un consentimiento expreso. La jurisprudencia ha contribuido desde siempre y hasta la actualidad en la interpretación del consentimiento porque es un elemento del tipo que, no ha sido ni continúa siendo susceptible de delimitación o concreción exacta en el texto legal, sino que necesita constante interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia para su adaptación en cada caso concreto. De hecho, la última Reforma del Código penal español en relación a los delitos contra la libertad sexual, la conocida *Ley del Sólo sí es sí* supuestamente iba a centrar el foco en el consentimiento y en el mismo preámbulo lo denominan al consentimiento como “el corazón de la norma”. Pero, lejos de la realidad, no sólo mantienen la definición de la misma, sino que una vez más, dejan la interpretación del consentimiento en manos del juez sentenciador y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es más, esta reforma pretendía poder definir el consentimiento sólo con un sí expreso, bajo el lema: “Sólo sí, es sí, y si no es sí, es no”; como he adelantado, sin éxito. Con esto podemos evidenciar que, aunque desde el siglo pasado se intenta delimitar el elemento del consentimiento, continúa siendo realmente complejo e imposible a día de hoy, siendo estrictamente necesario acudir al criterio jurisprudencial. La Prof. Tovar también incide en que se tenían en cuenta más factores, además del consentimiento y la edad, como puede ser el estado mental de la víctima. Un matiz a destacar es que la jurisprudencia resalta la diferencia entre los delitos de estupro y violación, caracterizada, como indica la autora, en que en el estupro el coito se alcanza sólo con la voluntariedad de la víctima y en la violación el alcance es con o sin ella. Resulta muy interesante el itinerario de este tipo delictivo, y lo que más me llama la atención es la eliminación del término ‘estupro’ en España, así como la reformulación del mismo ya que, actualmente todas las conductas se recogen bajo la denominación de delitos sexuales.

El capítulo cuarto, cuya autoría corre a cargo de Patricia Plana de Juan, de la Universitat de València, trata sobre el volumen de casos de abusos deshonestos que llegaron al Tribunal Supremo desde 1870, pero especialmente desde 1960. A juicio de la autora, esta etapa era más merecedora de estudio dado el aumento de casos a partir de ese momento. Se puede apreciar que encaja con la década de finales de los sesenta, con el cambio de paradigma social, moral, cultural, económico. Quizás esos cambios contribuyeron a que más mujeres tomaran conciencia de sus derechos y se animaran a denunciar, lo que podría explicar por qué a partir de los años 60 aumentaron los casos de abusos deshonestos. Como expone Plana de Juan, la doctrina del Tribunal Supremo contribuyó a la configuración de este delito en dos claves: la descripción de una gran variedad de formas de ejecución el hecho punible, no delimitadas en el precepto penal, y la definición de abusos deshonestos bajo el requisito de lubricidad o lascivia. Se puede extraer el catálogo creado por la jurisprudencia que permitió demarcar de forma más exacta el alcance de los delitos deshonestos, a mi parecer algo fundamental en todos los punibles de naturaleza sexual porque, como he indicado anteriormente, el legislador no

puede predecir en el precepto penal todas y cada una de las distintas conductas sexuales y delictivas que pueden darse, recayendo sobre la jurisprudencia esa labor o función delimitadora. El aporte más significativo de la autora es el relativo a la consumación del delito, motivo de muchos recursos de casación. El Tribunal Supremo sentó la doctrina al salvaguardar la consumación y no admitir su comisión en grado de tentativa. Sólo así se delimitaba el abuso en su distinción de la violación y, a mi juicio, ofrece un gran avance en su configuración jurídica.

Otro delito que aborda la obra es el de escándalo público, integrado en el capítulo quinto por Brian Buchhalter Montero, de la Universidad Complutense de Madrid. El autor plasma la incorporación jurisprudencial de bienes jurídicos individuales susceptibles de protección penal, aunque dirigidos a la colectividad, emplazando a la sociedad como sujeto pasivo del delito. Es decir, se trata de conductas que repercuten en la comunidad, en la vida pública, y el Estado en su papel de garante vela por los intereses públicos desde siglos pasados. Entre los distintos tipos de escándalo público, el autor señala algunos, como los actos homosexuales, expresamente castigados por el CP de 1928 sólo cuando se ejecutaban con publicidad. Buchhalter muestra cómo la jurisprudencia interviene significativamente en el desarrollo y configuración de estos delitos de escándalo público, particularmente en los que el sujeto pasivo es la sociedad. El Derecho Penal ya no es el único que interviene en la vida personal y sexual de las personas, sino que la jurisprudencia participa y encuadra conductas susceptibles de afectar a la colectividad. A mi juicio, es necesaria esta contribución puesto que las leyes no son perfectas y el legislador no crea el precepto pensando en casos concretos; por eso resulta imprescindible el papel de la jurisprudencia en función del asunto a enjuiciar. Por último, el autor destaca la orientación de los tipos desde la reforma de 1963, siendo: la protección a los jóvenes y a los discapacitados; la impunidad cuando las conductas contrarias a la moral pública no se cometían en público (en referencia al del escándalo entre homosexuales sólo cuando el acto no era privado) y el castigo o reproche hacia conductas de exhibición o publicaciones pornográficas.

El capítulo sexto versa sobre el estupro en la jurisprudencia española (1870-1978), presentado por el Prof. José Franco-Chasán, de la Universidad Rey Juan Carlos. Se destaca el papel fundamental de la jurisprudencia para definir el delito de estupro, sus modalidades y su deslinde con otros punibles conexos. Franco-Chasán destaca cuatro grandes aportes de la jurisprudencia: en primer lugar, el Alto Tribunal rechaza la exigencia de la virginidad e indica como requisito una “vida honesta” y “buenas costumbres”. Probar que la mujer en cuestión tuviera estas consideraciones resultaba muy complejo, pero si se lograba probar el acceso carnal no tenía cabida el estupro. En segundo lugar, se trata el engaño probado, otra carga probatoria con dificultad, ya que de no probarse supondría una relación sexual simple. En tercer lugar, se aportan las modalidades: simple engaño, prevalimiento doméstico/autoritario, prevalimiento de la edad, prevalimiento de la situación de angustiosa necesidad, prevalimiento laboral/patronal. En cuarto y último lugar, la jurisprudencia delimitó el deslinde con delitos como el de violación y el rapto. El autor concluye que no es posible desarrollar el tipo del delito de estupro sin la contribución jurisprudencial, como venimos señalando en la exposición de los delitos anteriores, porque la jurisprudencia –a diferencia del legislador– sí puede ajustarse a los casos concretos.

El penúltimo capítulo está dedicado a la corrupción de menores, examinado por Marta Cantín Larumbe, de la Universitat de València. Como indica la autora, a pesar del

devenir de los años, apenas ha variado el tipo entre el período de 1870-1978. Se muestra que, en este delito, no hay una evolución jurisprudencial que adapte el delito a los tiempos, como se ha indicado al respecto de otras figuras delictivas. Sin embargo, sí existe una repercusión de la jurisprudencia del Alto Tribunal en cuanto a diversas circunstancias, como la expresión de la recta formación sexual moral en las decisiones, así como la definición de conceptos y elementos del tipo. La autora apunta otra aportación de la jurisprudencia con respecto al establecimiento de límites entre el dolo y la culpa, resolviendo así la cuestión probatoria del dolo, en caso de controversia, cuando se conocía la edad de la víctima.

El último capítulo estudia el delito del rapto, de nuevo a cargo de Buchhalter Montero. Este tipo delictivo desaparece en el Código penal de 1995 y el autor evidencia que la conducta típica ha resultado prácticamente inalterada desde su regulación en el CP de 1870. En este capítulo, el autor aborda otros problemas del delito, tales como la discusión sobre el bien jurídico protegido: desde finales del siglo XIX se conoce como un ataque a la honestidad familiar, pero con el transcurso de los años, también supone una ofensa contra la honestidad de la mujer, la seguridad y la libertad sexual. En principio, se aprecia que es un delito cuya contribución jurisprudencial ha sido determinante o primordial en su configuración jurídica, ya que ha sido la doctrina legal la que ha delimitado aspectos esenciales del mismo.

Es de agradecer la publicación de una obra que analiza de un modo tan completo y exhaustivo la contribución de la jurisprudencia a la configuración de los delitos contra la honestidad a lo largo de un siglo (1870-1978). Detrás de esta obra hay muchas horas de lectura y análisis de varios millares de sentencias que, llegando en casación al Tribunal Supremo, propiciaron la creación de una doctrina legal ineludible para el propio Alto Tribunal y para las Audiencias Provinciales. Algunas sentencias, además, coadyuvaron a la reforma de algunos preceptos del CP. Se trata de un trabajo cuya realización individual llevaría varios años, pero hecho en equipo, como es el caso, puede realizarse en mucho menos tiempo. Esta obra colma una innegable laguna historiográfica existente hasta el momento. Por todo ello, no quiero terminar esta reseña sin dejar de felicitar a todos los que han participado en su elaboración, así como a su editor, el Prof. Masferrer.

Nuria Domingo Roig
Universitat de València