

LA MUJER EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

Juan Ramón RODRÍGUEZ LLAMOSÍ

Magistrado. Decano de los Juzgados de Alcorcón (Madrid)
Doctor en Ciencias jurídicas. Master en Humanidades

“Por eso, en una de sus exposiciones más sublimes -la Antígona de Sófocles- la piedad ha sido expuesta fundamentalmente como la ley de la mujer, como la ley de la sustancialidad subjetiva sensible, de la interioridad que aún no ha alcanzado su perfecta realización, como la ley de los antiguos dioses, de los dioses subterráneos, como ley eterna de la que nadie sabe cuándo apareció, y en ese sentido se opone a la ley manifiesta, a la ley del estado. Esta oposición es la oposición ética suprema y por ello la más trágica, y en ella se individualizan la feminidad y la virilidad”.

G.W.F. HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho*, & 166.

Resumen: El presente trabajo examina la situación de la mujer en el Derecho penal español. Para ello, tras repasar la evolución histórica de la protección penal de las mujeres, aborda la tutela penal de la mujer hoy en día y se detiene en tres ámbitos delictivos que afectan, singularmente, a la mujer: los delitos contra la libertad sexual; los malos tratos en el ámbito familiar; y el delito de impago de prestaciones económicas. El trabajo concluye con la cuestión acerca de si es eficaz la protección de las mujeres en el Derecho penal.

Abstract: This work studies the situation of women in Spanish criminal law. To do this, examines the historical evolution of the criminal protection of women until the criminal protection of women today and analyzes three criminal areas: crimes against sexual freedom; mistreatment in the family environment; and the crime of non-payment of economic benefits. The work concludes with the question: ¿Is the protection of women effective in criminal law?

Palabras clave: Mujer, Derecho penal, protección penal, ley, igualdad

Keywords: Women, criminal law, criminal protection, law, equality

Sumario:

I.- PRESENTACIÓN

II.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS MUJERES

III.- LA TUTELA PENAL DE LA MUJER HOY

IV.- LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

V.- LOS MALOS TRATOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR. LA VIOLENCIA DE GÉNERO

VI.- EL DELITO DE IMPAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS

VII.- ¿ES EFICAZ LA PROTECCIÓN DE LAS MUJERES EN EL DERECHO PENAL?

VIII.- BIBLIOGRAFÍA

I.- PRESENTACIÓN

A punto de cumplirse veinticinco años desde la entrada en vigor del nuevo Código penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, el cual vino a sustituir una antigua normativa penal que resultaba anquilosada para los tiempos modernos y que, con posteriores reformas, se ha venido adecuando a los tiempos actuales, he considerado de interés reflexionar en el marco de este Congreso virtual sobre Historia de las mujeres que convoca la Asociación de Amigos del archivo Histórico Diocesano de la Catedral de Jaén sobre la incidencia que este cuerpo normativo, que tutela los principios y valores básicos de la convivencia social, tiene en la sociedad, especialmente en las mujeres.

Esta tutela penal de la mujer nos lleva al debate constante acerca de si las normas tienen sexo. Las feministas sostienen que las normas tienen sexo y afirman que, además, se expresan en masculino. Esto tiene, desde luego, su importancia porque denominar a las personas en femenino hace a las mujeres visibles. A ello se responde que el uso del pronombre masculino es universal.

También se afirma que el daño ha sido predominantemente definido desde una óptica masculina. Ello ha sido debido normalmente a que se ha partido de la *doctrina de las dos esferas* que entiende que el ámbito público es regulable por el Derecho penal, en tanto que el daño privado pertenece al ámbito de lo privado, de lo íntimo. Ejemplos de nuevos daños desde una perspectiva de mujer son fundamentalmente la violencia doméstica (art. 153), las agresiones sexuales en el seno del matrimonio y el impago de pensiones (art. 227).

También se dice que las normas tienen sexo desde el momento en que existe, precisamente, una agravante por sexo. En algunas situaciones sociales la discriminación se da efectivamente por razones de sexo (por ejemplo

art.314). Parece que el resto de las agravantes están formuladas de forma neutral, ignorándose el distinto impacto que provocan: por ejemplo la alevosía en el delito de asesinato (art. 139), o, incluso, quizá la agravante de medios peligrosos en el delito de lesiones (art. 148.1).

Por lo que se refiere a las penas, se dice que se definen desde una óptica masculina por la dificultad de aplicar el concepto de días-multa cuando la persona condenada es una mujer o la pena de arresto de fin de semana planteada en forma masculina, para que el hombre pueda ir a trabajar. Si, por el contrario, se hubiese pensado para que el hombre cuidase a sus hijos e hijas a los cuales ve obviamente más en el fin de semana, el parámetro para considerar una pena no tan desocializadora (como la cárcel) quizá no hubiera sido privar de libertad precisamente en fin de semana.

Nosotros creemos que el Derecho no tiene *género*, y el Derecho penal, menos aún. El discurso sobre el *género* en el Derecho se encuentra básicamente confinado en el campo de la filosofía y la sociología del derecho. La ley no admite la distinción izquierda o derecha como sucede en el plano político. El Derecho es uno y el mismo para todos. Las mujeres son iguales que los hombres. Y desde luego, la liberación de la mujer no vendrá de la mano de las normas penales ni mucho menos de su endurecimiento. Vendrá de una humanización del sistema penal y penitenciario, de más trabajo para quienes no lo tienen y de una mejora social y cultural general. Otra cuestión diferente es que sea necesaria la protección de la mujer que durante tanto tiempo ha soportado una situación de desigualdad. La historia nos enseña cómo se produce en determinadas épocas un beneficio para las mujeres en su consideración ante las leyes penales. Las leyes penales como parte del ordenamiento jurídico, en lo que debe ser su limitado campo de intervención, constituyen inevitablemente un reflejo de los principios y valoraciones sobre lo que en cada momento histórico se concibe como orden social deseable.

En el Código Penal republicano de 1933, si leemos su *Exposición de Motivos*, vemos que el ideario republicano consistía en algo más que conformarse con una determinada forma de Estado. En el Motivo III, que habla de las *Modificaciones impuestas por la nueva Constitución*, se dice que ésta, en su artículo 25, establece la *igualdad de sexos*. Como derivación impecable de esta igualdad, el Código republicano declaró abolido el art. 438 del anterior texto penal. Artículo que, en el caso de adulterio de la mujer, le daba más que injustamente al marido ofendido la oportunidad de matar a su esposa con una práctica impunidad. Porque, como recordaba este Motivo III, lo que se hacía en la realidad era otorgar al uxoricida una especie de excusa absolutoria o una atenuación especialísima para matar.

También el Código republicano suprimió la excusa absolutoria del marido que descubre los secretos de su mujer o abre su correspondencia, textualmente —e interesa subrayarlo— en *razón de la igualdad de sexo*. Gracias a hombres como Fernando de los Ríos y mujeres como Clara Campoamor y Victoria Kent, se modificó coherentemente el Código Penal.

Con el régimen constitucional de 1978 sucedió lo mismo y se introdujeron una serie de cambios penales respecto a la mujer frente al régimen anterior. Ya en la década de los ochenta se advirtieron los límites de la reforma legal, en áreas como el empleo, la regulación de la violencia sexual, los vaivenes en la regulación del aborto, para conseguir la igualdad efectiva.

Un gran acierto, sin duda, de nuestro Derecho español fue la idea de la igualdad como valor superior y derecho fundamental. Así, en el año 1983 se reformó la circunstancia agravante 1 del art. 10 del Código penal, que recogía el *desprecio de sexo*. Todavía hasta 1983, la mujer estaba excluida de la nota infamante del cumplimiento de la pena en un presidio y se le reservaba la prisión (art. 77).

El objetivo del llamado *Código Penal de la Democracia* fue adaptar el Derecho penal a los tiempos y a los valores sociales reinantes en la actualidad, procurando afrontar la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, eliminando figuras delictivas que habían perdido su razón de ser y dando acogida a nuevas formas de delincuencia, tal y como lo expresa la propia Exposición de Motivos de este texto normativo, con una regulación más específica para las mujeres.

A este respecto, la citada Exposición de Motivos del Código Penal, cuando se refiere a las medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias reconoce que en la anterior regulación de los delitos contra la libertad sexual, bajo la tutela de la honestidad de la mujer, se escondía una intolerable situación de agravio que trata de corregir.

En este sentido, podemos destacar como novedosos: la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual, que en este Código del 95 son definidos con más detalle, suprimiéndose la terminología clásicamente acuñada de violación, estupro, o rapto; la incorporación del delito de acoso sexual; la aplicación de las potenciales víctimas del maltrato doméstico a ascendientes y a hijas e hijos del cónyuge o conviviente; elevarse a la categoría de delito la falta de malos tratos graves que se cometen con habitualidad; el hecho de que se haya rebajado el número de impagos de prestaciones económicas en favor de cónyuge y/o hijas e hijos para que esta conducta sea tipificada como delito.

La nueva ley penal, por tanto, ha endurecido y aumentado los castigos, ha cercenado algunas suavizaciones de la ejecución de la pena (con la supresión de la redención de penas por trabajo) y ha cedido en el cumplimiento íntegro de las penas. El legislador ha hecho que este Código se debata entre: a) medidas humanitarias y esperanzadoras como el arresto de fin de semana

que sustituye a la prisión; y, b) el incremento inaceptable de las penas máximas y la derogación de las reducciones penitenciarias.

II.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS MUJERES

El Código Penal de 1848 que, en sus líneas maestras, estuvo vigente hasta el año 1996 mantenía, en lo sustancial, las pautas establecidas en la época de la codificación de hace siglo y medio. Aquel Código Penal agrupaba bajo el Título *Delitos contra la honestidad* varios conjuntos de delitos relativos a ese orden de moralidad sexual. En primer lugar, los delitos de adulterio y amancebamiento. En el segundo grupo, la violación, definida como *yacimiento* con mujer en alguno de estos tres supuestos: a) usando violencia o intimidación; b) cuando la víctima se hallara privada de razón o de sentido; c) cuando la mujer fuera menor de 12 años. Son las tres modalidades conocidas que han acuñado la definición jurídica de la violación en el Derecho penal español durante siglo y medio. Seguidamente, el capítulo tercero recogía el estupro de doncella menor de 23 años, y la prostitución o corrupción de menores y, por último, el delito de raptó con miras deshonestas. En las disposiciones comunes se recogía la necesidad de denuncia de la agraviada o sus representantes, o del fiscal en caso de persona desvalida. Asimismo, siguiendo la tradición anterior, se establecía que *el ofensor se libra de la pena casándose con la ofendida*.

La regulación del Código Penal de 1848 recogía en buena medida, como hemos dicho, las mismas pautas de la legislación del Antiguo Régimen plasmadas en *Las Partidas* y en la *Novísima Recopilación*. La tarea codificadora supuso un evidente progreso en cuanto ordenación y agrupación de delitos de naturaleza afín y, ciertamente, en cuanto descripción precisa y clara de las conductas delictivas, pero el significado que recibieron estos delitos

presentaba una continuidad en lo sustancial respecto a las concepciones anteriores.

A partir de la transición democrática, esta materia será objeto de sucesivas reformas que van a suprimir progresivamente los rasgos más anacrónicos de la regulación anterior. Así, en el año 1977, se despenaliza el adulterio y el amancebamiento; otras referencias moralizantes, introducidas durante el régimen franquista relativas al estupro, fueron suprimidas en reformas parciales al Código Penal en 1978 y en 1983; el delito de escándalo público cambia de nombre y de contenido en 1988, para recoger el exhibicionismo y la provocación sexual; y en la ley de 1989, de actualización del Código Penal (L.O. 3/1989 de 21 de junio) el conjunto del título queda ya enmarcado bajo el nuevo rótulo de *Delitos contra la libertad sexual*.

Lo que va a primar en el Código penal de 1995 es la toma de conciencia del cambio de significado de los delitos sexuales una vez que se parte de la idea de que no es la manifestación sexual en sí, no es el acto sexual, sino la vulneración de la decisión autónoma e independiente, y completamente libre de la víctima, lo que constituye el núcleo del desvalor de la conducta prohibida frente a la tradicional regulación penal de los delitos sexuales que habían definido durante siglos la distribución desigual de derechos y obligaciones, discriminando las posibilidades de las mujeres. Y es a lo largo de este siglo, las reivindicaciones de las mujeres de igualdad de oportunidades, las que supusieron el inicio de la quiebra de aquel orden sustentado sobre la diferencia natural de capacidades y expectativas, y sobre la limitación de posibilidades de presencia social de las mujeres desde los parámetros del principio de igualdad, sin tener que probar su honestidad.

Por el contrario, la subjetividad del hombre se había construido tradicionalmente en base a su profesión o sus habilidades sociales públicas, sin que su reputación o sus expectativas estuvieran condicionadas por su estado

civil. La honestidad, como bien digno de tutela, era una propiedad que definía la dignidad de la mujer, un atributo referido a su recato y reserva sexual en aras a garantizar a su legítimo poseedor, el marido, la exclusividad de su uso sexual y la descendencia. La desviación en su conducta sexual suponía la pérdida de expectativas vitales, dado que éstas debían pasar por el matrimonio como forma de realización personal. La violación forzada suponía el deterioro de la virtud de la mujer y una mancha que devaluaba su ranking en el mercado de futuro matrimonial. Dentro del matrimonio, la honra quedaba definida por el derecho a la exclusividad. Una relación sexual con tercero, consentida o no, se convertía, además, en ultraje al marido-propietario.

A nivel de opinión pública son conocidas las campañas de petición de ejemplaridad en los castigos contra el delincuente sexual como forma de tutela de las víctimas apelando a la función simbólica del Derecho penal como respuesta fuerte a los abusos, lo que, paradójicamente, supone una contradicción entre la demanda de más ley penal con las apelaciones a la ley y al orden y ahonda en los estereotipos de la debilidad de la mujer y de la tendencia agresiva del hombre

El modelo basado en la política de la igualdad ha optado por el instrumento penal como forma de expresar la gravedad de los delitos, con su poder simbólico y de coacción. Desde la política de la diferencia, se parte en cambio de que el sistema penal no puede ser neutral aunque lo pretenda, de que su actuación deja insatisfechas las necesidades reales de las víctimas, y que su visión limitada oculta los problemas de fondo que subyacen al fenómeno de las agresiones sexuales contra las mujeres.

Cada una de estas opciones apuesta por una estrategia distinta para la consecución del mismo objetivo. La política de la igualdad apela a la confianza en el poder coactivo del Derecho penal para reducir las agresiones sexuales.

La política de la diferencia apuesta, por el contrario, por un trabajo a largo plazo de concienciación cultural a través de la implicación de colectivos de mujeres.

Brevemente, interesa destacar algunos de los rasgos más sobresalientes de esta regulación. Por de pronto la agrupación bajo el rótulo de la honestidad de conductas tan dispares indica el carácter organizador de tal concepto para definir las expectativas asociadas al orden matrimonial (adulterio) o a la obediencia familiar (rapto), o a las buenas costumbres (escándalo público). Queda patente la estrecha vinculación entre la denominada moral sexual y la asignación de la mujer a espacios de sometimiento a la tutela y decisión del cabeza de familia, marido o padre. A través de la tutela de la honestidad individual de la mujer, se tutela fundamentalmente la infracción del orden familiar, y del orden social de distribución de roles según el sexo. Se trataba de proteger la moral y las costumbres¹.

Veamos ahora someramente algunos aspectos de los concretos delitos contra la honestidad:

- Delito de infidelidad conyugal

La distinta forma de considerar la infidelidad según fuera el marido o la mujer, patentiza la diferencia de roles asignados a cada uno en el orden familiar y moral. El adulterio de la mujer se consumaba con un solo yacimiento, castigándose con una pena considerablemente superior a la prevista para el delito de amancebamiento cometido por el marido. Para éste, el adulterio no

¹ PACHECO, J. F., *El Código Penal comentado y concordado*, III, Madrid 1849, p. 107 y ss. Reproduce la normativa concordante de la legislación del Antiguo Régimen, cuya lectura resulta ilustrativa de esa continuidad básica de criterios.

constituía delito sino cuando fuera permanente, y en tanto mantuviera a su amante en la casa conyugal o *fuera de ella con escándalo*.

Hasta el año 1978, el adulterio y amancebamiento permanecieron como delitos diferenciados prácticamente en los mismos términos, situados dentro del mismo grupo de delitos contra la honestidad. El peligro que acarrea el adulterio de la mujer para la legitimidad de la prole matrimonial, se aducía como justificación de aquella diferencia penológica

- Delito de violación

En la definición de este delito el Código Penal de 1848 separaba de la tradición anterior. Se unifica en una sola previsión y se castiga con la misma pena el yacimiento forzado con violencia de cualquier mujer, independientemente de su estado. Un avance en la extensión de la tutela igual a las mujeres, si tenemos en cuenta que las leyes de *Las Partidas* diferenciaban la gravedad del hecho según la condición de la mujer: *viuda de buena fama, ó virjen ó casada, ó relijiosa* (sic), el cual se castigaba con pena de muerte; en cambio, el yacimiento forzado con otra clase de mujer, no tenía señalado pena fija, sino que quedaba al *alvedrío del judgador; catando quien es aquel que fizo la fuerza, é la mujer que forzó, é el tiempo, é el lugar en que lo fizo* (sic)².

El criterio de tratamiento unificado de los supuestos considerados más graves conduce a asignar la misma penalidad al yacimiento por la fuerza (violación propia) y al yacimiento consentido cuando la víctima fuera menor de 12 años o mujer privada de sentido (violación impropia). Este criterio de atribuir la misma denominación y la misma pena al acceso carnal violento y a la violación impropia se mantendrá hasta el nuevo Código Penal de 1995, es decir

² Partida VII, Ley 3, tít. 20.

prácticamente siglo y medio. Sólo recientemente, con la reforma de 1989, se introdujo una novedad importante al ampliar la definición de la violación para incluir la penetración anal y bucal, y para incluir como sujeto pasivo del delito tanto a mujeres como a hombres.

En este contexto, las mujeres llamadas de *mal vivir*, o sospechosas de tener *costumbres licenciosas*, no encajaban como posibles víctimas de una violación, dada su promiscuidad y su proclividad a aceptar el trato sexual³.

Tampoco se contemplaba en el Código penal la violación entre cónyuges. Además tal exclusión se deducía del propio significado de la honestidad. La violencia ejercida por el marido para el uso del matrimonio de ningún modo podía considerarse un ataque a la honestidad de la mujer: la virtud de la mujer residía precisamente en la exclusividad del uso consagrada al esposo. La violencia probada podía suponer a lo más un delito de lesiones, y casi inverosímil sería que prosperara una denuncia por delito de coacciones, si es que la afectada se atreviera a interponerla⁴.

³ En la jurisprudencia (STS 27 de febrero de 1992) se ha admitido la violación de prostituta, si bien hasta los años 80 son muy escasas las resoluciones en este sentido. En la mayoría de los casos la brutalidad de la violencia parece ser la determinante de las condenas, máxime cuando en algunos supuestos se trata de violación y asesinato. La doctrina mayoritariamente también ha defendido la tutela de la prostituta frente a la violación. En contra, por ejemplo Jiménez de Asúa, mantenía que el ataque sexual contra una mujer que no fuera honesta únicamente podía calificarse como delito de coacciones. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L , *El Criminalista*, Buenos Aires 1960, p. 137.

⁴ Sobre la inviabilidad de la violación en el matrimonio y la posibilidad de considerar la conducta como un delito genérico contra la libertad o contra la integridad física, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español: con especial referencia a la violación intimidatoria”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1969, p. 507 ss. (Reproducido en sus *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed. Madrid 1981, p. 246 s.)

El ejercicio del derecho al débito conyugal se aducía entonces como eximente de la antijuricidad del hecho salvo que, por las circunstancias (peligro de transmisión de enfermedad, debilidad o problemas de salud de la mujer, exigencia de actos contra natura), la esposa tuviera derecho a negarse⁵.

En cuanto a la pena prevista para la violación fue inicialmente algo más grave que la prevista para el homicidio⁶, pero, posteriormente, y hasta el actual Código de 1995, se mantuvo con la misma pena que éste⁷.

- Delito de abusos deshonestos

La genérica descripción de la conducta (*el que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo*) incluía tanto la agresión violenta como los actos obscenos sin violencia con menores de 12 años o con personas privadas de razón. Asimismo, quedaban equiparados abusos de muy distinta intensidad, desde simples tocamientos superficiales impúdicos a la penetración anal. Los ataques sexuales contra hombres, (en tanto concurriera violencia o intimidación, o la víctima fuera menor o incapaz) quedaban enmarcados en esta figura de “abuso sexual”, la única previsión referida al hombre como víctima. En cambio, la agresión violenta de una mujer sin intención de yacer con ella, se consideraba un atentado al pudor. Excluida la *conjunctio membrorum*, la mujer salvaba su preciada virtud, conmoviéndose únicamente su decoro. Y habrá que esperar hasta la reforma de 1989 para que

⁵ Una relación de las posturas en la doctrina puede consultarse en SUÁREZ RODRÍGUEZ, C, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Vigo 1995, p. 286 ss.

⁶ En el Código Penal de 1848 el art. 354 establecía para la violación la pena de cadena temporal cuya duración (de 12 a 20 años) era igual a la señalada para la reclusión temporal con la que se castigaba el homicidio, pero su forma de cumplimiento resultaba de mayor dureza por la sujeción continua con una cadena y el destino a los trabajos más duros y penosos, (arts. 95 y ss. del CP. de 1848).

⁷ De 12 a 20 años de reclusión.

algunas modalidades de abuso sexual violento, sean consideradas de gravedad equiparable a la violación.

- Delitos de estupro

Bajo estas figuras se reproducen algunas de las previsiones de la antigua legislación que castigaban las relaciones sexuales extraconyugales en el ámbito de la convivencia doméstica. Se entiende por estupro el acceso carnal conseguido mediante seducción de la víctima, o aprovechando la ascendencia sobre ella⁸.

El sustrato material que fundamentaba la incriminación del estupro admite dos lecturas interpretativas: en una primera, el estupro se orientaría a la tutela de las buenas costumbres y de la honestidad, partiendo de la idea de debilidad de la mujer ante artimañas seductoras del hombre; se recrea así el tópico sobre la proclividad del hombre a la conquista de doncellas, mujeres virtuosas sin experiencia sexual. La importancia de la virginidad requeriría esta protección especial incluso ante relaciones sexuales consentidas, que se atribuyen a artes de seducción o de engaño. La finalidad de la conminación penal sería la contención de las relaciones sexuales extramatrimoniales preservando la virginidad.

Pero, a la vez, el delito de estupro admitía otra lectura que apunta a una realidad que entonces, y todavía ahora, se plasma en la tendencia de quien ostenta una posición de superioridad a prevalerse de ella para imponer a la

⁸ Como hasta hace poco podía leerse en la jurisprudencia, una mujer honesta no accede a tener relaciones extraconyugales si no se le presiona de alguna de aquellas formas, por ello: Se caracteriza este delito por el consentimiento que la doncella mayor de 12 años pero menor de 23 presta para yacer con el varón por miedo reverencial, temor de desagradar o de faltar al respeto que el hombre le merece por su ascendiente como autoridad o sacerdote, o por sus relaciones por convivencia, guarda o educación. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1959. (Ref. Aranzadi 2692).

mujer el sometimiento sexual bajo presión o bajo la amenaza más o menos velada de empeorar su situación. Una utilización de las circunstancias no para seducir o enamorar, sino para colocar a la mujer en un lugar determinado como objeto de satisfacción sexual del dueño, patrón, jefe o superior. Situaciones en las que no se busca el consentimiento de la mujer, sino su temerosa docilidad. En estos supuestos la dinámica de la imposición se encuentra próxima a la intimidación propia de la violación.

La primera modalidad, el estupro de prevalimiento era el realizado con doncella menor de 23 años, cometido por persona que pudiera tener ascendencia o relación próxima con la joven (autoridad pública, sacerdote, tutor, criado). La mujer soltera menor de 23 años gozaba de la presunción de doncellez (la virginidad) y de conducta honesta, salvo prueba en contrario (presunción *iuris tantum*). La obligación del estuprador de dar dote a la ofendida se dirigía a compensar el perjuicio de la pérdida de valor de la mujer desflorada.

Como modalidad distinta se recogía el estupro por engaño, originariamente prevista respecto a menores de 23 años. Esta previsión se reducía en la práctica a los casos de falsa promesa de matrimonio⁹.

El estupro incestuoso, con hermana o descendiente, se configuró como una tercera modalidad¹⁰. La legislación del siglo pasado rompió con la antigua

⁹ Supuesto que, según se explica en numerosas sentencias, constituye un engaño grave porque *en el orden moral de las relaciones sociales no existe estímulo más poderoso para vencer la natural honestidad de la mujer que la formal promesa de matrimonio*. Sentencia del Tribunal Supremo de 1 mayo de 1944 (Ref. Aranzadi 618).

¹⁰ En el Código Penal de 1848 el estupro incestuoso con hermana o descendiente, era considerado delito aun cuando la mujer fuera mayor de 23 años. La reforma de 1978 en esta materia, recortó la edad de la víctima a los 18 años, tanto para el incesto como para el estupro de prevalimiento, mientras que para el estupro por engaño se situó en los 16 años. En dicha reforma de

tradición que consideraba el incesto un crimen de herejía, para situarlo entre los delitos de menor gravedad, lo que fue alabado por los comentaristas de la época. Superadas las consideraciones que remitían al tabú del incesto, en la actualidad el abuso sexual con prevalimiento de la relación de parentesco se fundamenta en la defraudación de las expectativas reforzadas de respeto y tutela en el ámbito familiar, particularmente respecto a los menores.

El Código Penal de 1995, recogerá en los abusos sexuales sin violencia o intimidación la agravación por *prevalimiento de la relación de parentesco* sin distinción de la edad de la víctima (art. 182,12), pero la exigencia de ese aprovechamiento se traducirá en que, de hecho, la aplicación de la cualificación se proyecte sobre los abusos contra menores o adolescentes. Debe destacarse que la cualificación por parentesco se limita a los abusos sexuales de mayor entidad (aquellos que conllevan penetración corporal).

En la concepción decimonónica de aquel Código, el acento en la tutela de la doncellidad, dejaba fuera del estupro los casos de prevalimiento respecto a mujeres que superaran los 23 años. Si se trataba de proteger la supuesta debilidad de la mujer debida a la inexperiencia, era comprensible la limitación por edad, pero desde los parámetros actuales que subrayan la libertad en las relaciones interpersonales, no tiene sentido esa tutela.

Estas situaciones serán tomadas en cuenta aunque de forma limitada, en la reforma de los delitos de estupro introducida en 1942, bajo el régimen franquista. La finalidad explicitada de tutelar a las mujeres de acreditada honestidad se plasmó en la redacción del texto que definía como estupro la relación sexual mantenida con mujer menor de 23 años *de acreditada honestidad, abusando de su angustiosa situación de necesidad* (art. 436 en vigor hasta 1978). Asimismo, se incluyó la figura de estupro en el ámbito

1978 se suprime la referencia a la mujer como sujeto pasivo, acogiendo de esta forma al hombre como posible víctima de estupro.

laboral, que sería el cometido por *el patrono o jefe que prevalido de esta condición* tuviera acceso carnal con mujer menor de 23 años de acreditada honestidad (art. 437 en vigor hasta 1978).

Con el Código Penal de 1995, desaparece el término estupro. Se mantiene el castigo del prevalimiento de situación de superioridad manifiesta, que coarte la libertad de la víctima, independientemente de la edad de ésta. Superada la idea de la tutela de la doncella, el delito de abuso sexual pasa a acoger los supuestos de acoso sexual en situaciones de especial vulnerabilidad de la víctima. La realidad de las situaciones de manifiesta inferioridad y dependencia por necesidades económicas, precariedad laboral, enfermedad, indefensión jurídica, hace que todavía determinadas personas - mayoritariamente mujeres- se vean abocadas a ceder ante las solicitudes sexuales de quien tiene el poder de perjudicarles seriamente. También el nuevo Código mantiene la antigua figura de estupro por engaño respecto a mayores de 12 años y menores de 16, aunque ya no utiliza el término estupro, sino el de abuso sexual. (Art. 183).

- Delito de acoso sexual.

Fuera del grupo de los delitos contra la honestidad, aquel Código Penal de 1848 penalizaba lo que hoy llamaríamos acoso sexual, realizado por un empleado público contra mujer que tuviera pretensiones ante él pendientes de resolución. Una figura que se mantiene hasta la actualidad en el marco de los delitos cometidos por los funcionarios.

Desde aquel primer Código, se establecía el castigo por solicitar a mujer que tuviera causas pendientes de las que conociera el funcionario, y al alcaide respecto a mujer sujeta a su guarda o mujeres familiares de los sometidos a su custodia. En el actual Código Penal de 1995, ambas figuras han ampliado sus contornos, admitiendo que la víctima sea mujer u hombre, y ampliando los

supuestos de posible prevalimiento de la posición de la persona funcionaria (arts. 443 y 444).

- Perseguibilidad a instancia de la persona agraviada

Siguiendo la tradición en esta materia, la persecución de estos delitos requiere la presentación de querrela o de denuncia de la ofendida o sus representantes.

El nuevo Código Penal de 1995, sin embargo, recoge por primera vez la posibilidad de que las agresiones sexuales, incluida la antigua violación, los abusos y el acoso sexual puedan perseguirse por querrela del Ministerio Fiscal, quien *actuará ponderando los intereses en presencia*; cuando se trate de víctima menor de edad, incapaz o persona desvalida, *bastará la denuncia del Ministerio Fiscal* (art. 191 del nuevo Código).

- Perdón.

En 1989 se suprimió definitivamente la institución del perdón del ofendido en estos delitos. La reforma de 1989 excluyó la eficacia del perdón de forma explícita incluyendo en el entonces art. 443 el siguiente párrafo: *En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal o guardador de hecho, no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esta clase*¹¹.

¹¹ Un relación de las distintas posturas puede verse en SUÁREZ RODRÍGUEZ, C, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, op. cit. p. 413 ss. RUIZ VADILLO, E., "El perdón en los delitos contra la honestidad" en *Comentarios a la legislación penal*, V.2, Madrid 1985, p. 983 consideraba que debía mantenerse el perdón en el caso de matrimonio del ofensor con la ofendida, incluso en la violación, apelando a su experiencia como fiscal y magistrado: *Todos hemos visto, especialmente en los estupros, cuántas veces el matrimonio extingue la pena o su ejecución, y aunque es verdad que cabe la*

III.- LA TUTELA PENAL DE LA MUJER HOY

Con el *Código penal de la democracia* las cosas cambiaron sustancialmente para la mujer. La *libertad sexual* como bien jurídico protegido y, singularmente, como objeto digno de protección penal fue, sin lugar a dudas, un avance indudable del nuevo Código penal respecto a la tradición anterior en lo que se refiere a la protección jurídica de la mujer. En primer lugar, porque respeta el derecho igual de toda persona a la manifestación libre de sus decisiones en materia de sexualidad. En segundo lugar, porque reconoce la sexualidad como un deseo personal ajeno a todo tipo de imposiciones que no merecen el nombre de manifestación sexual¹².

Si en la concepción anterior la limitación de la libertad de la mujer era el presupuesto de su honestidad y por ello lo que le hacía digna de protección, ahora se invierten los términos y el enfoque de los delitos sexuales se realiza directamente desde la perspectiva de la libertad, cuya constricción justifica la ilicitud de la conducta, de modo que la invasión corporal pasa a ocupar un lugar secundario ante la primacía del ataque a la libertad. Lo relevante ahora en la violencia sexual no es la alteración al orden familiar o del temor a la descendencia ilegítima, o el efecto de pérdida de la reputación de la mujer y consiguiente merma de posibilidades, sino la igualdad de derechos y

preocupación de que se llega a esta situación por la presión psíquica o la amenaza de no perdonar si no se celebra la boda, la verdad es que en la mayor parte de los casos se trataba de noviazgos o de parejas a las que la pena impuesta, en general corta, no era ni mucho menos determinante de la decisión de matrimoniar, aparte que afortunadamente el cambio en este sentido es fundamental, y la mujer, en general, no busca ya, como antes, en el matrimonio un seguro, sino una relación estable basada en el cariño y comunidad de vida.

¹² ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia 1995, p. 23 ss, y 43, sobre la conexión de la libertad en la esfera sexual con la intimidad.

expectativas de todas las personas y su legítimo ejercicio de la sexualidad en libertad.

La violencia sexual pasa a ser una conducta de imposición de la voluntad de un ser humano sobre otro, que niega el ejercicio de su libertad en la esfera de la intimidad. Desde la tutela de la libertad sexual, la imposición a la víctima para que realice o soporte la manipulación corporal pretendida por el agresor, debe entenderse como un ataque a la libertad especialmente humillante y vejatorio. La imposición sexual queda caracterizada como un acto de dominio y supeditación en los aspectos más íntimos y personales. Esta valoración constituye el núcleo del injusto, el sentido de la prohibición penal que las normas legales deben expresar¹³

El reconocimiento de la libertad en el ámbito sexual, conlleva el respeto a la igualdad en la capacidad de decisión en este ámbito tan íntimo. Precisamente, este es el aspecto más relevante que debe subrayarse como fundamento del reproche en esta clase de delitos, en los que no es la relación sexual en sí el objeto de la condena, sino la constricción de la libertad sexual, de la capacidad de todo ser humano de decidir libremente sobre su sexualidad, sin imposición ni constricción alguna. La agresión se concreta en la utilización del cuerpo de la víctima sin su consentimiento espontáneo, sin el respeto a su capacidad de expresar libremente sus deseos. El criterio básico indicador de la gravedad de la conducta es, por lo tanto, la mayor o menor intensidad de la vulneración de la libertad al que se añade, desde luego, la apreciación de la intensidad del contacto corporal impuesto como segundo elemento referido al ataque a la intimidad.

Sin embargo, a pesar de esta matización, predominan todavía los estereotipos tradicionales en los que prevalece en la referencia a este tipo de

¹³ BLANCO LOZANO, C., "Delitos relativos a la prostitución: conceptos de prostitución y de corrupción de menores", en *Cuadernos de Política Criminal* 1997, p. 127 ss.

conductas las expresiones de violencia contra las mujeres, como imposición forzada contra la mujer, lo que enuncia el clásico esquema de género que construye subjetividades de poder y de subordinación¹⁴. El Derecho penal no es, desde luego, el mecanismo para erradicar estos estereotipos, pero sí para incidir en su rechazo a través de las explicaciones sobre el sentido y fundamento de las prohibiciones penales. Para ello sirve la doctrina, con sus estudios sobre el tipo penal, y la jurisprudencia, a partir de las sentencias y resoluciones judiciales de los Tribunales que interpretan las normas jurídicas y la nocividad de las conductas que se enjuician.

El cambio, no obstante, es realmente significativo y muy importante porque mientras que en la legislación anterior prevalecía el daño a la reputación de la víctima, a su honestidad, y a sus expectativas de futuro, desde la nueva perspectiva de la tutela de la libertad sexual, la violación no deshonra a la víctima, sino al autor. La explicación del daño no puede realizarse ya en clave de honestidad. La nueva delimitación de los delitos contra la libertad sexual que presenta el Código Penal de 1995 expresa con claridad la decisión de la legislación de situar el acento en el ataque a la libertad sexual, a la capacidad íntima de decidir sobre la sexualidad de cada uno, como clave de la nocividad de tales conductas¹⁵.

Este cambio de orientación en la consideración de los ataques sexuales como delitos contra la libertad sexual se produjo con la reforma de 1989. La modificación del título del grupo de delitos como *delitos contra la libertad sexual* fue acompañada de la inclusión del hombre como posible sujeto pasivo de

¹⁴ Como pone de relieve LEES, S.: *no se puede explicar la violación y la violencia como conductas de maníacos sexuales psicópatas, sino más bien como la prolongación de la habitual estructura represiva de las relaciones sexuales*. Vid. LEES, S., "Aprender a amar. Reputación sexual, moral y control social de las jóvenes", en LARRAURI, E., *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Siglo XXI de España, 1994. p. 38.

¹⁵ GONZÁLEZ RUS, J. J., "El bien jurídico protegido en la violación", en *Estudios penales. Libro Homenaje a J. Antón Oneca*, Salamanca 1982, p. 723.

estas infracciones, y de la superación del *acceso carnal* vaginal, para equiparar en cuanto a gravedad la penetración vaginal, anal y bucal. El significado tradicional de la violación como invasión genital del cuerpo de la mujer, quedaba por fin desplazado. El propio Tribunal Supremo había solicitado la consideración de la penetración anal como violación, argumentando que su gravedad era equiparable¹⁶.

El Código penal de 1995 deslinda definitivamente los ataques que comportan violencia o intimidación respecto a los que implican aprovechamiento de una situación objetiva de menor capacidad de la víctima para actuar en libertad. Se adopta así el criterio que se venía propugnando por la doctrina sobre la conveniencia de distinguir la agresión violenta de las otras modalidades, con la consiguiente diferenciación de penalidad¹⁷.

Con estas premisas, el Código penal vigente atiende al grado de lesión de la libertad de la víctima como primer criterio definitorio del delito; como segundo criterio, la intensidad del contacto sexual se conjuga como elemento que conduce a una pena agravada cuando concurre penetración. Es la nueva

¹⁶ Vid. STS de 7 de noviembre de 1987 (Ref. Aranzadi 8475), donde después de rechazarse la calificación como violación de una agresión con penetración anal, porque admitirlo sería adoptar una interpretación contra reo, la Sala *decide hacer uso de la facultad-deber establecido en el art. 2 del Código Penal, acordando elevar al Gobierno una Exposición dirigida a que, si lo estima oportuno, promueva el procedimiento legislativo que punitivamente aproxime las indicadas conductas de yacimiento natural y contra natura entre personas de distintos e iguales sexos, por entender que en el actual sentir comunitario ambas conductas deben tener similitud punitiva.*

¹⁷ El Consejo General del Poder Judicial, en su informe sobre lo que entonces era todavía *Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1992*, proponía: *distinguir entre la violación violenta y las restantes. Para la primera podría llegar a propugnarse un tratamiento punitivo más grave..., (v.g. una pena de ocho a catorce años); para la segunda bastaría probablemente una penalidad entre seis y diez años, más benigna que la actual.* Una diferenciación que fundamentaba en el hecho de que *valorativamente suscitan una reprobación muy distinta.* Vid CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Anteproyecto de Código Penal de 1992*, Madrid 1992, p. 241.

tutela de la mujer en el derecho penal actual. Veamos ahora cómo se articulan los nuevos delitos en el Código penal de la democracia.

IV.- LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

El Título VIII de nuestro vigente Código penal se titula *De los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*".

- El Capítulo I se dedica a las denominadas *agresiones sexuales* caracterizadas por la violencia o intimidación como forma de doblegar la voluntad opuesta del sujeto pasivo. Junto al tipo básico del art. 178, la figura agravada del art. 179 recoge las agresiones que comportan una mayor intensidad sexual en cuanto invasión corporal de zonas de mayor intimidad: penetración vaginal o anal, bucal o mediante objetos. A su vez, se establecen nuevas agravaciones específicas en el art. 180 para recoger la concurrencia de circunstancias que incrementan la gravedad de la lesión a la libertad y dignidad (ataques especialmente vejatorios, agresión en grupo), que implican abuso de situación de vulnerabilidad (por razón de la edad, enfermedad, u otra especial situación de la víctima), o que crean serio peligro para la vida o salud (uso de medios peligrosos). También se incluye como agravación el prevalimiento de una relación de parentesco o afinidad.

La concreta descripción legal de las agresiones sexuales como tipo básico, en el art. 178 es la siguiente: *El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación será castigado como culpable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años.*

La legislación opta por una definición general amplia que admite modalidades de comisión anteriormente no susceptibles de incluirse en las agresiones sexuales. Se entiende que constituyen ataques a la libertad sexual

no sólo los efectuados por el agresor sobre la víctima, sino también el obligar a ésta a realizar determinadas manipulaciones de contenido sexual sobre sí misma o sobre un tercero¹⁸.

Como tipo básico, el precepto recoge aquellos ataques a la libertad sexual que no alcancen la intensidad propia del tipo cualificado del art. 179, por lo que su aplicación es subsidiaria respecto a éste. Y hay acuerdo en considerar que las conductas incluidas en el art. 178 son aquellas que suponen un ataque a la libertad negativa, es decir el derecho a negarse a tener una relación sexual no querida. No sería típica la violencia ejercitada sobre otra persona para impedirle que mantenga una determinada relación sexual con otra persona. Este caso se enmarcaría en los delitos genéricos contra la libertad (coacciones, amenazas) o contra la integridad corporal (lesiones)¹⁹.

Tradicionalmente, se ha venido exigiendo como elemento típico de esos delitos la concurrencia del ánimo libidinoso o móvil lúbrico en el agresor. Este requisito hoy debe considerarse superfluo. Lo que importa es que se trate de una utilización degradante de la víctima, que afecte a aspectos íntimos corporales, independientemente de que el autor se excite sexualmente o

¹⁸ Se entiende que incluye el hecho de obligar a la víctima a realizar determinadas manipulaciones sobre sí misma, o sobre un tercero, o de obligarle a soportar contactos del agresor o de un tercero. Vid., entre otros, CARMONA SALGADO, C., *Curso de Derecho penal, Parte especial*, 1994, p. 305; CANCIO MELIA, M., “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual”, en *La Ley*, 5 diciembre 1996, p. 2.

¹⁹ El Código Penal, como instrumento de control social respecto a las conductas lesivas de mayor gravedad, limita la tutela de la libertad sexual a los supuestos de afectación a la autonomía sexual en su vertiente negativa-pasiva: Sobre las dos vertientes de la libertad sexual, dinámica-activa y negativa-pasiva, vid. DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona 1985, p. 15 ss.; CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona 1981, p. 31; ORTS BERENQUER, E., *Los delitos contra la libertad sexual*, Valencia 1995, p. 24; POLAINO NAVARRETE, M., *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Sevilla 1975, p. 46 s.

simplemente sea un sádico que pretende humillar y vejear a la víctima. Parte de la doctrina e, incluso, la Fiscalía del Estado ya se pronunciaron por la improcedencia de tal requisito, admitiendo que la agresión sexual existe cuando se realice con ánimo de venganza o menosprecio²⁰.

En el nuevo Código Penal, no se contempla ya ninguna diferencia por razón del sujeto pasivo (sea mujer u hombre) en los delitos contra la libertad sexual, que ya se había producido en 1983 en el delito de estupro, o abuso con prevalimiento de situación de superioridad²¹. La explicación que se ofrece en la Exposición de Motivos, resulta ilustrativa de la preocupación por la igualdad, pero, precisamente, para superar la *intolerable situación de agravio* que suponía mantener que la violación era un delito contra la mujer, cuando señalaba:

“Se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad efectiva, tratando de cumplir la tarea, que en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. ...Además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ello adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la

²⁰ La STS de 7 de junio de 1 975 (Ref. Aranzadi 2820), enuncia las características exigidas por la jurisprudencia para la existencia de abusos deshonestos, refiriéndose a *la realización de actos obscenos o deshonestos, consistentes en tocamientos impúdicos en zonas erógenas...*, y al elemento subjetivo específico cifrado en el *ánimo lúbrico, salaz, lujurioso, libidinoso, voluptuoso o concupiscente de excitar o apagar la propia sexualidad o de despertar la ajena logrando una satisfacción o deleite venéreo o sexual*; la resolución concluye afirmando que los actos del acusado supusieron la transgresión de *todas las barreras impuestas por el decoro, la decencia y el pudor*.

²¹ DIEZ RIPOLLÉS, J. L., “La reforma del Derecho penal sexual y la Propuesta de 1983” en *Documentación Jurídica*, 937/40 (1983), Monográfico, Vol. I, p. 460.; CASAS NOMBELAS, J. J., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 6 (monográfico), Madrid 1983, p. 220.

mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero en este caso alejarse de la tradición parece un acierto”.

Otro aspecto relevante ha sido la agresión sexual en el seno del matrimonio. A partir de la Constitución de 1978, y en el clima de reformas legislativas de aquellos años, se produjo una decidida reconstrucción valorativa del significado lesivo de la violación. La reclamación de la libertad como objeto de protección en este campo condujo a la doctrina y a la jurisprudencia a aceptar la violación en el matrimonio²². No obstante, se matiza la conveniencia de que la pena se atenúe, o de que se mantenga la perseguibilidad a instancia de la víctima y la admisión del perdón.

En la jurisprudencia, las primeras sentencias condenatorias de violación matrimonial aparecieron a finales de los años 80, cuando las víctimas de vejaciones conyugales comenzaron a presentar denuncias ante los tribunales²³. Y el Tribunal Supremo ha sido en general firme en negar atenuaciones en estos supuestos. Así la sentencia de 29 de abril de 1997 señaló que:

²² Hecho que fue discutido en la doctrina. Así GIMBERNAT, E. “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español, con especial referencia a la violación intimidatoria”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1990, p. 248 consideraba que la mera lesión a la libertad sexual no podía considerarse típico penalmente si no suponía una acción deshonesta; en consecuencia, mantenía que la violación de la propia esposa no podía encardinarse como delito de violación porque la reprobación de tal conducta no procede de que su acción sea deshonesta, sino de la *de la falta de sensibilidad y de lo desconsiderado de la actuación del marido*.

²³ En la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1988 se reconoce la posibilidad de calificar como violación la imposición violenta del acto sexual a la propia esposa. A partir de esa fecha, y sobre todo en los últimos cinco años, es notable el incremento de sentencias condenatorias por violación conyugal.

“Ni la norma legal excluye al cónyuge como sujeto pasivo al tipificar el delito de violación, ni existen supuestos derechos a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona. Es por ello que esta Sala ha declarado reiteradamente que comete violación y no está amparado por causa alguna de justificación, quien, con violencia o intimidación, tuviese acceso carnal con su cónyuge (SS. 7-1 1-89, 9- 3-89, 1 3-2-90, 24-4-92 y 21-9-92, 23-2-93, 27-9-95 y 8-2-96, entre otras)”²⁴.

Otro aspecto relevante en el delito es la forma de ataque, siendo especialmente graves los ataques que comporten penetración corporal en las modalidades que describe como catalogo cerrado: *acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal*. Desde el sentido o significado de estos delitos como actos de coacción y vejación de la intimidad sexual, es evidente que la realización forzada del acto sexual comporta una lesión más grave a la intimidad. La invasión corporal forzando una penetración anal, o imponiendo la introducción del pene en la boca de la víctima pueden, sin duda, considerarse vejaciones de mayor gravedad que otros contactos corporales. E, igualmente, la introducción vaginal o anal de objetos en cuanto que suponen manipulación o invasión corporal similar: introducción de dedos, lengua, obligación de exposición ante terceros mostrando zonas genitales, forzando masturbación, utilización de animales sobre el cuerpo de la víctima...etc.

- El Capítulo II regula los denominados *abusos sexuales*: actos contra la libertad sexual realizados sin violencia ni intimidación, pero sin el consentimiento válido de la víctima (art. 181). En este grupo se incluyen situaciones diversas, que van a tener su reflejo en ciertas variaciones de la penalidad. Por un lado, la utilización sexual de la víctima sin que ésta haya dado su consentimiento por no poder hacerlo (ataque por sorpresa, o utilización

²⁴ STS n. 9584/1997, de 29 de abril.

sexual de persona privada de sentido). Y por otro lado, los actos de significación sexual realizados con menores de 12 años, supuestos que siempre se consideran no consentidos así como los realizados con personas que padezcan trastorno mental, en tanto se haya valido de dicho trastorno para acceder al trato sexual.

En el marco de los abusos sexuales, como modalidad de menor gravedad, se recoge el abuso de superioridad que coarta la libertad de la víctima, cualquiera que sea la edad de ésta (art. 181.3). Desaparece la antigua denominación de estupro para supuestos de prevalimiento, que se sitúan en esta última modalidad de abuso sexual. Se cubre así una laguna en la tutela de la libertad sexual, respecto a situaciones en las que el agresor no necesita acudir a la intimidación porque puede utilizar otro tipo de presiones para lograr que la víctima acceda a soportar o realizar los actos²⁵.

Siguiendo la misma técnica de diferenciación de supuestos agravados, los abusos sexuales se cualifican con penalidad superior *cuando el abuso sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal* (art. 182.1). Y todavía puede quedar agravado si concurre prevalimiento por parentesco, o especial vulnerabilidad de la víctima (art. 182.2)²⁶.

²⁵ Esta modalidad de abuso sexual acoge la propuesta del C.G.P.J. de incriminar la obtención del consentimiento de la víctima *abusando de una situación de superioridad manifiesta*, independientemente de la edad de ésta. Una propuesta que pretendía *por un lado, tipificar los supuestos más graves de acoso sexual; por otro lado, se dispondría de un tipo intermedio adecuado para conductas fronterizas con la violación intimidatoria, que en la actualidad dejan al Tribunal en la difícil textura de optar entre la reclusión menor y la impunidad, con el resultado fácilmente previsible de fallos absolutorios, entendidos como escandalosos por amplios sectores de la opinión pública*. Vid CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Anteproyecto de Código Penal de 1992*, p. 242.

²⁶ La STS 381/1997, de 25 de marzo de 1997 absuelve del delito de violación por el que era acusado quien mediante amenazas de despido había conseguido mantener relaciones sexuales con una empleada de la limpieza del Banco del que había sido Director. En la sentencia se reconoce que la

Se mantiene como un supuesto específico de abuso sexual sobre menores de 16 años, el antiguo estupro por engaño, en términos prácticamente idénticos al Código anterior²⁷.

- El Capítulo III recoge la incriminación del *acoso sexual* como particular novedad del Código penal. En su artículo 184 tipifica las conductas de este delito en las que aparece el elemento compulsivo sobre la libertad sexual, definiendo éste como la actividad consistente en solicitar favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero, prevaliéndose el sujeto activo de una situación de superioridad, entre otras causas, de naturaleza laboral y con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con sus legítimas expectativas en el ámbito de la relación laboral.

Como requisito de procedibilidad, el artículo 191 del Código Penal exige denuncia de la persona agraviada, abriendo la posibilidad a la querrela del Ministerio Fiscal en ponderación de los intereses legítimos en presencia, como asunción expresa del principio de oportunidad procesal.

amenaza no reunía los caracteres de la intimidación grave que requiere el tipo de violación, y por ello se le absuelve dado que los hechos se cometieron antes de la entrada en vigor del nuevo Código; pero a la vez se ratifica en la conveniencia, ya manifestada por la propia Sala en su sentencia num. 212/1995, de 17 de febrero, de una figura intermedia para los supuestos de prevalimiento sobre mayores de edad, vacío que, recuerda, ya ha sido cubierto en el nuevo Código Penal.

²⁷ El prevalimiento por engaño se mantiene en idénticos términos, salvo en la penalidad, que en el nuevo Código resulta mucho más grave: el antiguo art. 436 (prevalimiento por engaño sobre menor de 16 años), establecía una pena de 1 mes a 6 meses de prisión cuando hubiera acceso carnal; el nuevo CP. en su art. 183 establece una pena de 6 meses a 3 años de prisión para la misma conducta.

Y, por último, hay que señalar la posible aplicación de otros tipos relativos a los delitos contra la libertad sexual, atendiendo a la entidad y gravedad de las conductas que comporte el acoso sexual, mediante las reglas previstas para los concursos real o ideal de leyes o delitos en los artículos 73 al 79 del Código Penal.

- El Capítulo IV se dedica a los delitos de *exhibicionismo y provocación sexual* delimitados por razón de la minoría de edad o la incapacidad del sujeto pasivo.

- El Capítulo V regula los delitos *relativos a la prostitución*, que reduce sustancialmente la farragosa y moralizante regulación anterior de esta materia.

La Ley Orgánica de 21 de junio de 1989 hizo desaparecer la rúbrica de *delitos contra la honestidad* del Código Penal. Y por esa vía se orientó, precisamente, la reforma del Código Penal en nuestro país. De este modo se tomó en serio la necesidad de adecuar la regulación de estos *delitos relativos a la prostitución* al bien jurídico protegido (la libertad sexual) que presidía su título desde 1989 y que había de marcar, por tanto, las pautas esenciales de su tutela.

Lo cierto es, sin embargo, que antes de que la legislación de 1995 tomara esa iniciativa, no sólo ya la doctrina, sino también la jurisprudencia habían denunciado la incongruencia de mantener el castigo de ciertas conductas favorecedoras de la prostitución consentida de personas adultas, que sólo bajo la antigua rúbrica de delitos contra la honestidad podían justificarse. Conductas, en su caso, contrarias a una moral sexual tradicional que ya no encontraba apoyo, ni formalmente en nuestras leyes, ni materialmente en nuestra sociedad. De lo uno y de lo otro existía, antes de esa reforma última del Código Penal, una conciencia clara.

Poco a poco, se fue imponiendo la razón ante una actividad como la prostitución concebida como mera transacción sexual voluntaria entre personas adultas, sin víctimas reales. Y, en ese sentido, el Código Penal de 1995 representó un significativo paso adelante al reservar sus sanciones para los casos en que el abuso o la explotación sexual amenacen la dignidad o la libertad de una persona.

En el Derecho penal español la prostitución está descriminalizada, de acuerdo con la perspectiva liberal que considera éste uno de los clásicos delitos sin víctima. Sin embargo, el análisis es más complejo, pues se trata de una quimera la imagen de un delito sin víctima ya que la mujer que ejerce la prostitución es realmente una doble víctima de la situación y de la ausencia de regulación. El nuevo Código Penal por esta razón castiga a quien promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de 18 años, o a quien determine coactivamente o abusando de una situación de necesidad a persona mayor de 18 años a ejercer la prostitución o mantenerse en ella contra su voluntad. Se intenta evitar así la hipocresía social de no criminalizar y defender la no legalización al propio tiempo.

V.- LOS MALOS TRATOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR. LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Todo el ordenamiento jurídico tradicional había contribuido a reforzar la idea de que el marido era el cuidador, el responsable, el representante de su mujer. También el Derecho penal. En el Derecho penal existió hasta 1963 la figura de uxoricidio. Se permitía al marido que sorprendiera a su mujer en relaciones adúlteras matar a ambos. Se permitía porque la pena de destierro, drásticamente inferior a la de homicidio o parricidio, no suponía ninguna inhibición sino todo lo contrario, era una auténtica invitación a eliminar a dos

seres humanos. Interesa resaltar cómo esa regulación del uxoricidio representaba una cesión punitiva del Estado en manos del marido.

El derecho que ejercía el marido que maltrataba a su mujer era el concedido por el Código Civil hasta el año 1975, que instituía un deber de obediencia de la mujer respecto al marido. Este razonamiento era auspiciado por la tradicional equiparación entre mujeres y niños. Al igual que el hijo, también la mujer podía ser corregida por el padre (marido si no obedecía).

Los manuales de Derecho penal debían remarcar hasta hace poco que no existe un derecho de corrección del marido sobre la mujer, así en el propio delito de violencia doméstica, introducido en la reforma de 1989, debió especificarse que *el que habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física...*, para excluir la posibilidad de elegir como justificación de los malos tratos, un presunto derecho de corrección. Y ha sido el Código Penal del 95 el que introdujo el delito de violencia de género, desarrollado ampliamente en la actualidad, al castigar al que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado por análoga relación de convivencia. Se rechazaban así las ideas de que en el ámbito doméstico la representación del poder punitivo lo ostenta el marido.

VI.- EL DELITO DE IMPAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS

La doctrina penal criticó duramente la introducción del delito de impago de pensiones en el Código Penal en 1989 alegando la ilegitimidad, no sólo de la configuración específica del precepto regulado en el art. 487bis, sino de la intervención penal misma, es decir de la criminalización del impago²⁸. A estos

²⁸ BOIX, *La reforma penal de 1989*, 1989, pp. 172 y ss. ;GARCÍA ARAN, *La reforma penal de 1989*, 1989, p. 118; GÓMEZ PAVÓN, “El impago de pensiones alimenticias (art. 487 bis CP). Su posible inconstitucionalidad”, en CPC 1991, pp. 308 y ss. Con matices LAURENZO, “El impago de prestaciones

argumentos se ha unido otro esgrimido en el marco de un cierto análisis de género del Derecho penal²⁹. Se afirma que la falta de neutralidad de la que hace gala el sistema penal no se resuelve con una inflación de normas penales que protejan a las mujeres, es decir, con la creación de delitos que tipifiquen ataques que tengan a las mujeres como víctimas y que sean expresión de las relaciones de dominación de un sexo sobre el otro.

Lo cierto es que la experiencia judicial desde 1989 demuestra lo contrario. El delito de impago de pensiones se ha aplicado en muchas ocasiones. De otro lado, el tipo de pena con la que se sancionan estas conductas en el nuevo Código Penal es un instrumento que mejora la eficacia preventiva de esta disposición por hacer posible su cumplimiento efectivo sin producir efectos distorsionadores respecto del cumplimiento de los deberes asistenciales, puesto que permite mantener el trabajo habitual, y por tanto no incide negativamente en la capacidad económica del obligado.

En segundo lugar, aunque no existen datos sobre la incidencia de este delito en el aumento o disminución del número de impagos, con carácter general la eficacia de este delito es la misma que puede tener cualquier delito que se sanciona con una pena relativamente leve.

Y en tercer lugar, no es ilegítimo que se cumpla la función de evitar los impagos por el efecto de motivación que puede tener la mera posibilidad de ser sometido a un proceso penal, si tras la norma penal existe un bien jurídico que merece protección penal y cuya protección se realiza con sometimiento a los principios que legitiman el uso del Derecho penal en un Estado de Derecho.

económicas derivadas de separación o disolución del matrimonio”, en CPC 1993, p. 820.

²⁹ Vid. LARRAURI, “La mujer ante el Derecho penal”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, (2) 1992, pp. 291 y ss. y 296; LARRAURI (comp.), *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, 1994, pp. 99 y ss.

Al margen de las críticas referidas a la legitimidad de cualquier intervención penal en este campo a las que acabo de referirme, un sector de la doctrina y jurisprudencia han criticado el contenido de la regulación específica en el art. 487bis del Código penal anterior. El antiguo art. 487bis configuró este delito como un delito de omisión pura para cuya consumación bastaba la realización del número de impagos exigido siempre que el obligado tuviere capacidad económica para cumplir la prestación económica. No establecía esta disposición ninguna restricción respecto de la clase de prestaciones (alimentos, compensatoria, indemnizatoria) siempre que fueran de tracto sucesivo y que el período de pago establecido fuera mensual

Las novedades básicas del Código penal de 1995 fueron dos en su art. 227: la reducción del número de impagos constitutivo de delito y la inclusión como conducta típica del incumplimiento del pago de prestaciones económicas que no sean de tracto sucesivo.

Y muy relevante resulta que, conforme establece el párrafo 39 del art. 227: *la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas*. Con ello se resuelve la polémica en torno a si la condena en responsabilidad civil derivada del delito podía incluir las cuantías adeudadas y si procedía cuando el único perjuicio económicamente evaluable era el propio impago.

Por último, y teniendo en cuenta lo establecido en el art. 81.3, la suspensión de la ejecución de la pena solo es posible en principio en el nuevo Código si se han satisfecho las responsabilidades civiles, por lo tanto, el pago de lo adeudado se convierte en requisito para poder dejar en suspenso la pena.

VII.- ¿ES EFICAZ LA PROTECCIÓN DE LAS MUJERES EN EL DERECHO PENAL?

Hemos visto cómo el Derecho penal ha dado entrada a la protección de intereses sociales que van más allá de los intereses generales apoyados en su origen por el Derecho penal liberal. En este sentido, se ha trasladado al Derecho penal las reivindicaciones de movimientos sociales como el feminista en defensa de los intereses de las mujeres argumentando la deficiente regulación de los delitos que tienen a la mujer como víctima; la insuficiencia de tipos penales que protegen a la mujer; y la irregular aplicación por los tribunales de determinados delitos contra las mujeres. Pero, ¿es realmente eficaz que un Código penal conceda protección a las mujeres?

Ya vimos en nuestra anterior comunicación realizada en este mismo Congreso Virtual³⁰, como el Derecho penal del siglo XIX (y buena parte del s. XX), lejos de proteger los intereses de las mujeres, contribuyó a una cierta desigualdad, donde la mujer aparecía como una persona sujeta a tutela y sin plena responsabilidad y, por otra parte, se establecía un conjunto de controles sociales sobre la sexualidad de las mujeres (criminalización del aborto o de la prostitución) y un conjunto de estereotipos sobre su sexualidad. Así, por ejemplo, la incriminación de la violación no respondió en su origen ni en su posterior desarrollo a una preocupación por atender las demandas de las mujeres, sino por el contrario, la configuración jurídica del delito de violación atendió más a la protección del honor del hombre que al daño de la mujer, más a la construcción de un modelo de sexualidad femenina y masculina que a garantizar la libertad de las mujeres.

³⁰ RODRÍGUEZ LLAMOSÍ, J. R., “Cien años de desigualdad. La situación legal de la mujer española durante el siglo XX”, en *XI Congreso virtual sobre Historia de las Mujeres*, coord por Manuel Cabrera Espinosa y Juan Antonio López Cordero, 2019, pp. 693-724.

Las sucesivas reformas que se han hecho en el Código Penal han cambiado de manera significativa todos aquellos planteamientos. Se han atendido, para ello, las demandas despenalizadoras referidas a la prostitución y al aborto y las demandas vinculadas a la denominada violencia sexual. Históricamente, el movimiento feminista se ha preocupado desde finales del siglo XIX de la denominada violencia sexual, aunque la forma y las características con que lo hizo son diferentes a las actuales. Lo que hoy identificamos como violencia sexual fue descrito inicialmente por diversas corrientes de los movimientos feministas como un problema de opresión sexual. Se explicaba dicha violencia dentro del marco de las relaciones patriarcales y como una de sus múltiples manifestaciones. Las corrientes feministas identificaban causas diferentes para explicar la opresión de las mujeres: la desigualdad de derechos, la desigualdad económica, la función reproductora, la sexualidad, etc. Fue en los años setenta y en el marco del feminismo radical, donde se elaboró la idea de que el núcleo de la opresión de las mujeres se encontraba en la violencia sexual ejercida sobre las mujeres. Esto hizo que gran parte de los esfuerzos de los movimientos feministas se concentraran en denunciar dicha violencia sexual. El objetivo fundamental era hacer conscientes a las mujeres y a toda la sociedad de la importancia del fenómeno de la violencia sexual y provocar su rechazo social. La criminalización era, por tanto, una forma de materializar la existencia del problema y hacerlo reconocible, pero no la solución del mismo.

Es aquí donde surgen muchas cuestiones: ¿puede el Derecho ayudar a expresar esas necesidades o intereses de las mujeres? ¿En qué medida las características del discurso jurídico y del Derecho penal no presentan limitaciones o deforman el mensaje? Una de las respuestas dadas a estas preguntas ha surgido de la *teoría legal feminista*. Desde los años ochenta se denomina *teoría legal feminista* a un conjunto de saberes que estudian las relaciones entre el género y el derecho. Estas teorías recogen las experiencias de las mujeres y los conocimientos aportados por otras disciplinas como la sociología, la antropología, la economía, etc. Con ello tratan de entender los límites que tienen las políticas basadas en las reformas legales. Desde los

años setenta, parte del movimiento feminista se ha volcado en la necesidad de reformas legales en aquellas áreas que tienen especial impacto sobre las mujeres (políticas de empleo, Derecho de familia, Derecho penal) y hacia los años ochenta estas reformas parecieron alcanzar su techo. Pero empezaron a surgir dudas sobre la eficacia de tales cambios legislativos. Concretamente, algunas feministas creyeron detectar que la dificultad de promover determinados cambios se encontraba en determinadas características de la doctrina legal moderna y de las estructuras políticas en las que emergen³¹. Los estudios sobre la aplicación del Derecho penal empezaron con la denuncia de la aplicación sexista del Derecho penal. Se puede afirmar que durante los años noventa la mayoría de dichas investigaciones tratan de entender cómo se produce la discriminación de forma compleja. En este sentido, la incorporación del concepto de *género* ha sido decisiva³².

Pues bien, la inclusión de las reivindicaciones de las mujeres en el Derecho penal es una realidad, pero es también una cuestión que más polémicas ha generado. Una de ellas es, precisamente, el escepticismo ante la eficacia de la intervención penal. Y esto por varias razones. Por una parte, el sistema penal no parece ser la solución a ninguno de los problemas planteados y su intervención tiene un sentido más simbólico que material. Tampoco podemos olvidar los problemas de ineficacia desde los mismos objetivos propuestos por el sistema penal. El sistema penal no puede resarcir a la víctima, ni solucionar el conflicto que da origen a la situación problemática y en cualquier caso, el funcionamiento normal de la justicia penal provoca nuevos

³¹ Una espléndida compilación de estos estudios es la realizada por: CASTELLS, C. *Perspectivas feministas en teoría política*, Barcelona 1996. En este sentido se llegó a afirmar la masculinidad del derecho, y en concreto, el Derecho penal, del cual se dijo que era sexista. GARCÍA AMADO, J. A. “¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del derecho” en *Anuario de filosofía del derecho*, Madrid, 1992, pp. 13-41.

³² SMART, C., “La mujer del discurso jurídico”, en LARRAURI, E., *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Madrid 1994. Sobre el concepto de género y su utilización por las ciencias sociales, vid. NAROTZKY, S., *Mujer, mujeres y género*, Madrid 1995; RIVERA, M., *Nombrar el mundo en femenino*, Barcelona 1994.

problemas tales como una extensión de los mecanismos punitivos y la criminalización-victimización de las partes³³.

Es decir, desde esta posición la eficacia del sistema penal en relación a los intereses de las mujeres sólo podría aumentar consolidando unas nuevas formas jurídicas que dieran expresión a esa ética femenina. El debate está, pues, más que abierto, y la elaboración jurídica de las mujeres será muy valiosa tanto para los hombres como para las mujeres.

³³ CIGARINI, L. *La política del deseo*, Barcelona 1995, pp. 114.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA

BARRERÉ, María Ángeles: “Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del derecho feminista?”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* IX (1992), pp. 75-89.

BEIJERSE y KOOL, Jolande Uit y Renée: “La tentación engañosa del sistema penal: ¿Apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandés, la violencia contra las mujeres y el sistema penal”, en *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Elena Larrauri (comp.), Madrid, Siglo XXI, 1994, pp. 141-165.

BERGALLI y BODELÓN, Roberto y Encarna: “La cuestión de las mujeres y el Derecho penal simbólico”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX (1992), pp. 43-67.

BOIX REIG, Javier: “De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual”, en *Mujer y Derecho penal*, Coordinador Virgilio Latorre, Valencia, Generalitat Valenciana/Tirant lo Blanch, 1995, pp. 1 1-20.

DIEZ RIPOLLÉS, Luis: *El Derecho penal ante el sexo*, Prólogo de José Cerezo, Barcelona, Bosch, 1981.

DIEZ RIPOLLÉS, Luis: *Comentarios al Código Penal* (en colaboración con Luis Gracia como coordinador), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, vol. I.

DURAN Y LALAGUNA, Paloma: “Mujer, poder, Derecho: una posible interpretación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX (1992) , pp. 123-134.

FOUCAULT, Michel: *La verdad y las formas jurídicas*, México, Gedisa, 1986.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio: “¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX (1992), pp. 13-42.

LACASTA ZABALZA, José Ignacio: “Antiformalismo jurídico “fin de siglo”: su Gracia e inconvenientes”, en *Ius Fugit*, Institución Fernando el Católico/CSIC, 3-4 (1994-95), pp. 437-456.

LARRAURI, Elena: *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, 1994, pp. XI y XII y 93-108.

LARRAURI, Elena: “Una crítica feminista al derecho penal”, en *Mujer, Derecho y Sociedad*, Sevilla, Fundación El Monte, 1995-96, pp. 45-74.

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio: *La imaginación jurídica*, Madrid, Debate, 1993.

PICONTÓ NOVALES, Teresa: *La protección de la infancia (aspectos sociales y jurídicos)*, Zaragoza, Egido Editorial, 1996.

SMART, Carol: “La mujer del discurso jurídico”, en *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, 1994, pp. 167-189.

SUAY, Celia: “Abolicionismo y feminismo”, en *El Viejo Topo*, 87 (1995), pp. 52-56.

