

# La evolución del dispositivo de sexualidad y su reflejo en el sistema judicial

SARA CARREÑO VALERO

## 1.1. Introducción

En los últimos tiempos el papel de la justicia con relación a la violencia sexual ha sido sumamente cuestionado, señalando la aplicación de estereotipos de género en los tribunales en detrimento de las víctimas. Esta problemática, que cobra importancia a raíz de un caso muy mediático, provocó un cambio legislativo que venía a remediar esta situación, la Ley Orgánica 10/22, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, más conocida como ley de «solo sí es sí».

Sin embargo, esta normativa dejó fuera de su acción a la pornografía y la prostitución, dos ámbitos esenciales en la violencia sexual,<sup>1</sup> tanto por constituir violencia en sí mismos como por la importancia que tienen ambos en el imaginario colectivo que configura lo que entendemos por *violencia sexual*, lo que *puede hacerse* con una mujer. Abordar estas cuestiones es clave para garantizar la libertad sexual.

Los jueces y los tribunales son parte de la sociedad y como tal, sus convicciones son aquellas propias de nuestra cultura. Por tanto, a lo largo del presente capítulo, analizaremos el origen social y cultural de los fundamentos de carácter misógino que se

1. A pesar de que esta normativa generó mucha polémica, debido a la modificación de las penas asociadas a los delitos, este tema no se aborda por no ser el objeto del presente texto.

aprecian en la práctica judicial. Llegar a la raíz del problema es una cuestión fundamental para poder abordarlo correctamente.

## 1.2. Las circunstancias que motivaron la aprobación de la ley «solo sí es sí»

En el año 2018 se produjeron en España fuertes protestas feministas denunciando la «justicia patriarcal» a raíz de un juicio por agresión sexual grupal que conmocionó al país. Este estallido social se produjo en el contexto del movimiento Me Too.<sup>2</sup> En un ambiente de no tolerancia a la violencia sexual y de auge del movimiento feminista, el juicio del caso conocido como «La Manada» fue objeto de un seguimiento mediático extraordinario, provocando que todo lo ocurrido en la sala fuese de inmediato comentado y debatido en medios de comunicación, generando una gran indignación que acabó saltando de las redes sociales a las calles.

La agresión sexual se había producido en un portal en el que una mujer fue rodeada por cinco varones, sin poder escapar. A pesar de que existían múltiples pruebas de la violación, grabada en vídeo por los agresores, la víctima fue duramente cuestionada y atacada en el juicio. Finalmente, el tribunal dictó sentencia condenatoria,<sup>3</sup> pero no por el delito de agresión sexual, sino por el de abuso, castigado con una pena menor. El tribunal consideró que no habían concurrido en el hecho violencia ni intimidación, elementos necesarios para calificar como tal una agresión sexual de acuerdo con la legislación vigente en el momento de los hechos.

El veredicto generó manifestaciones multitudinarias y el caso alcanzó instancias internacionales: el Parlamento Europeo (Borraz, 2018) y la coordinadora ejecutiva de ONU Mujeres, Purna Stern, consideraron que la sentencia incumplía las obligaciones internacionales con relación a los derechos de las mujeres, en concreto (ElDiario.es, 2018) el artículo 36 del Convenio de Estambul, que conceptúa la violencia sexual como todo acto de naturaleza sexual no consentido sobre otra persona y exige que el

2. Movimiento de denuncia pública de la violencia sexual vivida impulsada desde Hollywood, cuyo inicio tuvo lugar en octubre de 2017 y se amplificó al inicio del año sucesivo.

3. Sentencia n.º 38/2018 de la Audiencia de la Audiencia Provincial de Navarra.

consentimiento sea prestado voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes (Consejo de Europa, 2011).

Como consecuencia de la polémica, la legislación penal fue modificada por la Ley Orgánica 10/22, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que unificó los tipos delictivos de abuso y agresión sexual e incluyó una definición de *consentimiento*.<sup>4</sup>

A pesar su nombre, «de Garantía Integral de la Libertad Sexual», la nueva norma no ha abordado cuestiones como la pornografía o la prostitución, centrándose en el delito de agresión sexual y en incluir una definición de *consentimiento*, con relación al hecho enjuiciado que la motivó.

Hasta la entrada en vigor de la LO 10/22, el significado de consentimiento había sido determinado por el criterio jurisprudencial. Desde los tribunales se venía exigiendo, con relación a la violencia, que esta fuera «la adecuada para vencer o doblegar la voluntad de la víctima, sin que sea exigible a la víctima una resistencia heroica a la agresión sexual» (Barcons Campmajó *et al.*, 2018, p. 83). A la víctima se le exigía «exteriorizar su intención de manera que el agresor entienda que no presta consentimiento a esa relación» (ibídem). De acuerdo al grupo de investigación Antígona, estos requisitos jurisprudenciales:

[...] son resultado de la intervención selectiva del derecho penal que ha construido sobre la base de prejuicios existentes un tipo ideal de agresión sexual, con un comportamiento estereotipado atribuido a las víctimas. Estos prejuicios están presentes en el poder judicial y ello se refleja en las sentencias que se dictan. (ibídem)

La exigencia de resistencia a la víctima responde a una tradición muy antigua que se remonta al Imperio Romano, en el que se pretendía de las mujeres casadas la defensa física frente sus agresores para probar que no habían cometido adulterio (Rodríguez, 1997). La resistencia requerida ha ido variando a lo largo

4. Esta normativa ha sido modificada posteriormente por la LO 4/2023, de 27 de abril, con el objetivo de aumentar las penas en los casos en los que la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación. o sobre una víctima que tuviera anulada por cualquier causa su voluntad. Al recuperar estos conceptos como elementos del tipo delictivo, se vuelve, en parte, a la situación anterior a la «ley del solo sí es sí», a pesar de que se mantenga la unificación de los tipos.

de los tiempos en función de las creencias sociales imperantes. Durante la etapa franquista, en la que se realizó una enorme presión social sobre el cuerpo femenino para que se conservaran «virtuosas» (Juliano, 2018b; Martín Gaité, 1987; Osborne, 2013), dos niñas que habían fallecido al defenderse de sus violadores fueron elevadas a modelo de conducta,<sup>5</sup> propagando en las escuelas que debían defenderse hasta morir con eslóganes como «antes muerta que manchada» (Molina, 2018, p. 245).

Actualmente, esta exigencia de oponerse físicamente se ha mitigado notablemente, existiendo notables sentencias que no la consideran necesaria. Cuando los operadores jurídicos la requieren, se entrevé la reminiscencia de creencias misóginas que imponen a la víctima de violencia machista requisitos que no se dan a otras víctimas de delitos violentos. El motivo es la idea, latente en el imaginario colectivo, de que las mujeres mienten, que quizás lo desearon y actúan por despecho, etc. Porque, aunque la ley penal ya no lo estipule, pervive en su ideario la creencia de que hay *malas mujeres* y, por ello, es fundamental demostrar que la denunciante es *virtuosa*.

Estas creencias tienen un arraigo social y cultural muy antiguo y muy fuerte, estando presentes en productos culturales como la literatura, la música, el arte o los audiovisuales, transmitiéndose de generación en generación y a los diferentes ámbitos de conocimiento y decisión. Por eso aparecen también en los discursos jurídicos, puesto que su contenido:

[...] es la consecuencia de una estructura social de la que hay diferentes roles, valores, posiciones sociales y, en consecuencia, normas y reglas que deciden lo que debe ser sancionado. (Koulianou-Manolopoulou y Villanueva, 2008, p. 2)

### 1.3. Estereotipos de género en el sistema judicial: mitos de la violación

La aplicación de fundamentaciones sexistas en los procedimientos judiciales es un problema de carácter universal en los estados

5. Se trató de la italiana María Goretti y la española Josefina Vilaseca, cuya violación fue la primera documentada en prensa en nuestro país.

formalmente igualitarios. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW), señala en su Recomendación general número 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia:

Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. Con frecuencia, los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos. (CEDAW, 2015, p. 14)

Diversos estudios constatan que, en nuestro país, la aplicación de estereotipos de género en los procedimientos por delitos contra la libertad sexual condiciona los procesos y la interpretación judicial en perjuicio de las víctimas, que sufren descrédito y son cuestionadas en los tribunales (Amnistía Internacional Sección española, 2018; Ballesteros y Blanco, 2018; Barcons *et al.*, 2018; Fernández, 2015). A la hora de valorar los hechos en estos procedimientos, entran en juego una serie de requisitos que socialmente se entiende deben estar presentes en las agresiones sexuales. Se trata de los *Rape Miths* o mitos de la violación, que están muy arraigados culturalmente (Correa, 2020) al haber sido forjados desde antaño y legitimados por los discursos culturales y científicos a través de los siglos. En consecuencia, los operadores jurídicos han incorporado esos marcos interpretativos en su labor (Koulianou-Manolopoulou y Villanueva, 2008).

La escala *Aceptación de los Mitos Modernos de las Agresiones Sexuales* (Gerger *et al.*, 2007), que mide la aceptación de estas creencias por la sociedad, los define como creencias concretas, falsas o sesgadas, ampliamente compartidas y que sirven para explicar y justificar acuerdos culturales relativos a cómo ocurre una violación o cuáles son las características de los agresores o las víctimas. Las funciones de estos mitos son: la negación de la dimensión del problema, el antagonismo hacia las demandas de las víctimas, la falta de apoyo para políticas diseñadas para aliviar los efectos de la violencia sexual, la creencia de que la coacción es una parte natural de las relaciones sexuales, y la exoneración de los perpetradores culpando a la víctima o a las circunstancias. En definitiva, se trata de convicciones propias de la cultura de la violación que normalizan, excusan y banalizan las agresiones sexuales.

El mito de violación de mayor envergadura es el denominado *real rape* o *violación genuina*, que consiste en la creencia de que una violación es llevada a cabo por un agresor desconocido en una calle oscura, generalmente armado y que da como resultado lesiones físicas (Correa, 2020). Este relato está tan arraigado en el imaginario colectivo que las violaciones que no coinciden con este relato son puestas en cuestión, a pesar de que, según muestran las estadísticas, la violación genuina es minoritaria (Andrés-Pueyo *et al.*, 2020).

Por otro lado, incluso en las raras ocasiones en las que los hechos siguen este patrón, la víctima puede resultar también culpada por ello sobre la base de sus circunstancias, por ejemplo, cuando se encontraba en un espacio de ocio nocturno o había ingerido sustancias estupefacientes o alcohol.

Otros mitos generalizados, son los que caracterizan a las mujeres bajo la mirada misógina y entre los que destaca la creencia de que las mujeres son mentirosas, vengativas y propensas a interponer falsas denuncias a los varones. O la que considera que las mujeres son responsables de provocar al varón y que, en el fondo, lo deseaba. En consecuencia, a la mujer se le exige demostrar, de acuerdo a estereotipos, que actuó como una *buena víctima*, lo que incluye defenderse físicamente de su agresor, demostrar sufrimiento y comportarse de acuerdo con las identidades femeninas aclamadas por el modelo patriarcal.

Estas exigencias nacen de tiempos muy antiguos y tuvieron rango normativo en otras épocas. En ellas tiene un enorme peso la dicotomía de *buena* y *mala* mujer. La *santa* y la *puta*, la que merece la protección de la justicia y la que no.

## 1.4. La doble moral sexual

Las creencias sobre la violación se explican en función de las ideas sobre lo que es la sexualidad y cómo se dan las relaciones sexuales entre hombres y mujeres. Las prácticas sexuales responden, según analizó Foucault, a la construcción discursiva que, en cada momento histórico, se establece desde instituciones, leyes, teorías científicas, filosóficas, doctrinas morales, y otros, estableciendo todos ellos el «dispositivo de la sexualidad» (Posada, 2008). Estos discursos se hayan además atravesados por las relaciones jerárqui-

cas existentes entre los sexos, y por tanto en las prácticas sexuales se reproducen la desigualdad sexual y la violencia (Millet, 2017).

El dispositivo de sexualidad se basa en un modelo dual y opuesto para hombres y mujeres, que ha aclamado la actividad sexual del varón mientras ha negado a la mujer como sujeto.

El origen de la denominada *dobles moral sexual* se remonta a épocas primitivas, en las que el descubrimiento de la agricultura permitió a la humanidad abandonar el nomadismo, asentándose y creando en consecuencia la institución básica sobre la cual se desarrollaría el derecho: la propiedad (De Beauvoir, 2016). La mujer pasó a ser concebida como una pertenencia más del varón (De Beauvoir, 2016; Millet, 2017; Pateman, 1995) y su sexualidad fue limitada al matrimonio (Millet, 2017). La virginidad se convirtió en condición para este, refrendando el dominio del marido: la ruptura del himen era la prueba de que la mujer no había *pertenecido* a otro. Para las casadas, el control de la sexualidad cumpliría la función de asegurar el linaje masculino (De Beauvoir, 2016).

Para garantizar esta aspiración patriarcal de control de la sexualidad femenina, se forjaron una serie de construcciones sociales que negarían a la mujer como sujeto y limitarían su faceta sexual a la función reproductora y la satisfacción del deseo masculino: ella sería un objeto destinado a ser poseído. A la par, el varón fue concebido como principio activo, fuerza, sujeto y dominio. Para él la sexualidad representaría la posesión de la hembra y la actividad sexual generaría admiración (ibídem).

Al varón se le establecieron únicamente dos únicos límites históricos al acceso al cuerpo de las mujeres: el respeto a la mujer privada, es decir, de otro varón, y el incesto<sup>6</sup> (ibídem). Para asegurar la posibilidad de que los varones pudieran satisfacer sus deseos sexuales a la par que a las mujeres se las disciplinaba para no tener relaciones sexuales excepto las destinadas a la reproducción, se hubo de crear la prostitución, que constituye, en palabras de Ana de Miguel (2015b), un «harén democrático» por el que los varones se garantizan el acceso de manera colectiva y reglada a los cuerpos femeninos.

6. Aunque en este texto prescindimos del incesto, puesto que este sería un tema muy amplio para abordar, cabe señalar que Lévi-Strauss considera que la fundamentación de este podría haber sido asegurar el intercambio de mujeres entre diferentes poblaciones (Alario Gavilán, 2020; De Miguel, 2021).

La prostitución, por tanto, resulta esencial para instaurar y mantener la construcción de la doble moral sexual, sobre la que se erigen las convicciones sociales que fomentan, justifican y restan importancia a las agresiones sexuales. Porque la prostitución es un eje fundamental para sostener la desigualdad de hombres y mujeres en cuanto sujetos sexuales. Sobre su existencia se ha desarrollado también el derecho sobre la violación, partiendo de la idea de que hay mujeres que pertenecen individualmente a un varón y otras que son para todos.

## 1.5. Historia de la violación

En el derecho sobre la violación fue desarrollado en función de las creencias y estructuras sociales en cada momento. Sus fundamentos y prohibiciones se fueron modificando en paralelo a los códigos morales vigentes, con especial relevancia de las creencias religiosas en las conductas proscritas.

En su origen, la violación fue prohibida «como un crimen de propiedad cometido por el hombre contra el hombre» (Brown-miller, 1981, p. 17), afectando a las esposas e hijas de los varones con derechos. En la época romana comenzó a hablarse de *honorabilidad*, un concepto en el que se mezcla estatus social y castidad. El honor se relaciona con el matrimonio, reservado únicamente a las personas libres. La castidad de la mujer libre simboliza su honor (Rodríguez Ortiz, 1997).

Este concepto, del cual quedaban excluidas esclavas y sirvientas, se extiende definitivamente a todas las mujeres en la unificación de la legislación española de Alfonso X el Sabio. A partir de entonces habrá dos tipos de mujeres:<sup>7</sup> las de vida honesta (vírgenes, casadas, desposadas, religiosas o viudas de buena fama) y las mujeres no consideradas de buena fama, que recibirán diverso tratamiento por parte de la justicia.

7. Previamente, la gravedad de la agresión sexual a una mujer se establecía en función de múltiples factores, como la clase, el estado civil o la religión. A partir de Las Partidas, la ley establece la misma gravedad, pero en la práctica no ocurre. Cuando la agredida es una mujer humilde, suelen proliferar los arreglos económicos (Vigarello, 1999).

### 1.5.1. Los orígenes del delito de violación: la propiedad

La investigación de Brownmiller (1981) sostiene que, antes de que apareciera el concepto de *propiedad* y de la institucionalización del matrimonio, el rapto y la violación parecen haber sido la forma originaria de hacerse con una mujer. Con el descubrimiento de la agricultura y el nacimiento de los poblados, surgió la necesidad de establecer normas de convivencia. La ley fue un pacto entre propietarios, destinado a proteger sus intereses. Por este motivo, únicamente se sancionarían los atentados contra las mujeres pertenecientes a dichos propietarios, es decir, al padre o al esposo. Las mujeres extranjeras podían ser violadas impunemente, puesto que carecían de dueño en la tribu o ciudad que reclamase. Cuando tenían un propietario en la colectividad, la antigua captura de la novia dejó de ser aceptable. Se estableció su venta para el matrimonio, para el cual se requería la virginidad de la novia. Por eso, la violación de una joven virgen suponía un menoscabo para su padre que ya no podría venderla al precio original. Por este motivo, a lo largo de la historia se dispusieron consecuencias como el matrimonio de la víctima con su agresor, y el hecho de que fuera o no virgen, devino una cuestión de suma importancia para la justicia.

En el caso de las mujeres casadas, ser víctima de una violación se subsumía en el adulterio, penado duramente a lo largo de la historia. Aunque la mujer no lo hubiera hecho voluntariamente, había *yacido* con otro varón y podía engendrar su descendencia. En la primera norma de la que tenemos constancia, el Código de Hammurabi, de 1750 a. C., se ordena ajusticiar a todo agresor sexual y, si la víctima es casada, también a esta, aunque el marido tenía la última palabra.

Si bien la mujer casada violada fue considerada culpable desde el inicio de los tiempos, pronto se extendió la sospecha hacia las vírgenes: desde los antiguos hebreos se comenzó a valorar el lugar de la agresión y la actitud de la víctima, dispusieron estos que solo en lugares apartados podría tener lugar una agresión sexual, pues en la ciudad la joven podría pedir auxilio y ser rescatada (ibídem).

## 1.5.2. Los fundamentos religiosos del delito de violación

Durante el Imperio Romano, en el cual se desarrollaron las bases del derecho, se estableció el castigo a la violación como protección de la honorabilidad, reservada a las mujeres libres, cuyo destino era el matrimonio. Para las que no podrían casarse no existía protección de la honorabilidad (Rodríguez, 1997). Esclavas<sup>8</sup> y prostitutas<sup>9</sup> carecían de protección por carecer de reputación (Montalbán, 2016).

Esta distinción entre tipos de mujeres provocó que se exigiera a las ciudadanas libres diferenciarse de aquellas sin honorabilidad, porque de lo contrario serían responsables de ser agredidas sexualmente, estableciéndose la costumbre de llevar velo en público. De manera progresiva se limitaron las salidas de la mujer y se les prohibió consumir alcohol (Rodríguez, 1997).

La adopción del cristianismo como religión oficial del Imperio Romano (313 d. C.) empeoró muchísimo la situación para las víctimas de agresiones sexuales. El cristianismo revistió de la máxima importancia la castidad femenina: la sexualidad se consideraba siempre impura, y para las mujeres el acto sexual suponía la pérdida de su pureza incluso en el seno del matrimonio (De Beauvoir, 2016; Rodríguez, 1997).

La religión asoció erotismo y pecado (Puleo, 1997), transformando en ofensas a Dios los actos sexuales considerados indecentes. Los delitos sexuales dejaron entonces de ser comprendidos como atentados contra la propiedad, y comenzaron a ser castigados como quebrantamiento de los valores morales de la colectividad (Rodríguez, 1997).

Pero, sobre todo, la religión cristiana validó la inferioridad femenina y la dominación patriarcal desde la explicación divina, considerando a la mujer un ser no solo inferior, sino malvado: la mujer hereda de Eva la carga del pecado original, es la portadora natural del mal y tentación que conduce a los hombres al pecado. No obstante, ofreció una alternativa a la mujer para salvarse: ser virtuosa de acuerdo a los parámetros cristianos. Se fomentó así la sumisión femenina mediante la idealización del modelo

8. Cuando la violación de una esclava provenía de un tercero, su dueño podía reclamar una compensación por daños (Rodríguez, 1997).

9. La mayor parte de las prostitutas eran esclavas o mujeres pobres forzadas por sus dueños y familias a la prostitución (Montalbán, 2016).

de la Virgen María (De Beauvoir, 2016; De Miguel, 2021; Juliano, 2009; Valcárcel, 2016).

Esta dicotomía de la mujer se vio reflejada en la legislación: ya en época romana, la legislación de Constantino distingue a las mujeres cuyo pudor debe ser protegido y las caracterizadas por «la vileza de su vida» (ídem, 1997, p. 125). Los agresores sexuales de estas últimas gozaban de impunidad.

A lo largo de toda la Edad Media la fe cristiana se consolidó y expandió, convirtiéndose en la base del pensamiento occidental hasta el final de la Edad Moderna (siglo XVIII). El crimen de violación se asocia durante esta etapa a la lujuria y la lascivia, siendo ante todo un pecado en el que se ve envuelta la víctima, que queda estigmatizada, atrapada en el «envilecimiento» del hecho, y es despreciada por la sociedad (Vigarello, 1999).

Con la imagen de la mujer cada vez más denigrada por el cristianismo, la sociedad no es proclive a creer a las víctimas y los juicios se desarrollan en un ambiente de descrédito de las denunciantes. Se les exige que se haya dado fuerza física por parte del agresor ante la que han de oponer resistencia; la mera negación de ella se considera parte de los juegos de conquista (Rodríguez, 1997; Sanyal, 2019).

Aquellas que arriesgan su vida para proteger su honor y el de su padre o esposo, son valoradas socialmente. A las que no logran escapar a la agresión se les imponen enormes exigencias para demostrarla: resistirse físicamente, gritar para pedir auxilio y acreditar su sufrimiento, llegando incluso a tener que autoinfligirse heridas para probar su credibilidad (Rodríguez, 1997). Para ello se requiere también que los vecinos y vecinas acrediten su «honestidad de vida» (Vigarello, 1999).

A lo largo de toda la Edad Media y la Edad Moderna, las normas marcan elevadas penas para los delitos sexuales, pero apenas existen condenas. La antigua tradición judicial permite arbitrariedad y los jueces tienden a ser comprensivos con los agresores, que suelen defenderse describiendo a la víctima como una prostituta, las cuales quedaban fuera de la protección judicial (ibídem).

Durante la Edad Moderna, además, se añade a ese descrédito la creencia, apoyada por filósofos ilustrados como Voltaire, Diderot o Rousseau, de que la violación por parte de un solo hombre resulta imposible, puesto que la mujer tiene medios de defensa suficientes (ibídem).

### 1.5.3. La Ilustración: el relevo de la filosofía

Con el movimiento ilustrado se produjo la separación de Iglesia y Estado. Sin embargo, desde la filosofía se revalidaron las ideas que sustentaban la inferioridad de la mujer. La figura del ángel del hogar relevó a Virgen y la *femme fatale* haría lo propio con la pecadora Eva. Además, en respuesta a las demandas de igualdad, la sexualidad fue «elevada a fundamento ontológico» (Puleo, 1997, p. 169) en la filosofía contemporánea, proliferando teorías que mostrarían una sexualidad femenina amenazante o mujer perversa a finales del siglo XIX y a principios del XX (ibídem). Importantes teóricos de la época sostuvieron que los agresores sexuales carecían de culpa, por ser la mujer la causante del acto sexual o de la violencia (Alario, 2020; Puleo, 1997).<sup>10</sup> Algunos filósofos, entonces minoritarios, consideraron la violencia fuente de placer erótico.<sup>11</sup>

Estos pensadores tuvieron una gran influencia sobre la cultura y las diversas disciplinas científicas que se asentaban en el XIX (De Miguel, 2021; Valcárcel, 2016). Desde ellas se reprodujeron su discurso, dotándolo de rigor científico (Sanyal, 2019), y en el arte y la literatura se multiplicaron las representaciones que justificaban la violación y culpaban a las víctimas.

### 1.5.4. Los delitos contra la honestidad

En el ámbito del derecho el movimiento ilustrado provocó una nueva concepción del derecho penal europeo. Sus fundamentos, procedimientos y penas fueron modificadas alejándose de concepciones teocráticas para construir sus razonamientos a partir del contrato social, desligándose de la moralidad cristiana. Sin embargo, en la violación la confusión entre delito y pecado pervivió durante más tiempo (Alba, 1991; Juliano, 2009, 2018b).

10. Schopenhauer, de enorme influencia en la época, teorizó que la belleza de la mujer es una trampa que la naturaleza pone al hombre para obligarlo a reproducirse, provocando que de él se apodere un «éxtasis arrebatador» al que no puede resistirse (Alario Gavilán, 2020; Valcárcel, 2016). A día de hoy se sigue repitiendo que los hombres «no pueden controlarse».

11. Sade y Bataille representan estas teorías. El segundo defendió la existencia de la prostitución para garantizar que hubiera mujeres con las que poder dar rienda a su violencia, aunque también afirmó que muchas mujeres se excitaban siendo violadas (Alario Gavilán, 2020).

En España, los nuevos textos jurídicos castigarían la violación bajo la rúbrica «delitos contra la honestidad» desde el año 1848<sup>12</sup> hasta 1989. En algunos códigos se limitaba la protección a la mujer que no fuera «ramera» o «pública». En cualquier caso, en cuanto el bien jurídico protegido era la honestidad, esta debía ser tenida en cuenta para determinar la existencia de delito por parte de la judicatura. La violación era, en estos códigos, la penetración vaginal del hombre a la mujer mediante violencia, amenazas o intimidación, con mujer privada de sentido o en cualquier caso con una menor de 12 años. La penetración anal o con objetos, las felaciones y otros actos sexuales que no implicasen penetración vaginal no se consideraban violación, sino «abusos deshonestos», con una pena menor, puesto que la violación se relacionaba con la ruptura del himen o a la posibilidad de causar embarazo, siempre ligada al matrimonio.

Los «delitos contra la honestidad» recogían las conductas sexuales consideradas inmorales, como el adulterio, estupro, rapto o la corrupción de menores. También se castigaban «otros actos contrarios al pudor y a las buenas costumbres», llamados en algunos códigos «delitos de escándalo público». Se referían a conductas sexuales contrarias a la moral, como, por ejemplo, los actos homosexuales.

Había también dos delitos que hoy estarían incluidos en agresión sexual en ciertos casos: el estupro y el rapto. El estupro por lo general, en los distintos códigos, se refiere al yacimiento con mujer mayor de 12 y menor de 23, realizado por figura de autoridad (tutor, maestro, sacerdote, etc.), o bien por cualquier persona mediante engaño, o aprovechándose de la extrema necesidad de la víctima. En este delito también se incluía el incesto, sin límite de edad. En el estupro no se requería violencia o intimidación.

Por su parte, el rapto se definía como el robo de una mujer a sus legítimos propietarios, es decir, a sus padres o marido. El fin del secuestro podía ser la violación, motivo por el que se solían confundir, o bien otro como casarse con ella. Podía ser consentido por la mujer soltera, puesto que en el delito de rapto se in-

12. Aunque el primer Código Penal español data de 1822, no lo tenemos en cuenta porque este tuvo una aplicación muy limitada, al reestablecer Fernando VII el Antiguo Régimen tan solo un año después de su elaboración (Oneca, 1965). En este código se utilizaba el término *abusos deshonestos* para referirse a delitos de índole sexual y se excluía específicamente de la protección a la «ramera no casada».

cluirían huidas voluntarias de parejas a las que no se les permitía estar juntos (si fuera casada, la mujer cometería adulterio).

Como se aprecia, a lo largo de los siglos XIX y XX las conductas que el derecho penal sancionaba se relacionaban con la moral, no con el consentimiento de la mujer. En la práctica se mantuvo la sanción al pecado de tiempos anteriores, y a pesar de que el derecho penal moderno se elabora tras la separación Iglesia-Estado, en los delitos sexuales persiste la regulación moral propia del cristianismo.

En 1989 el Código Penal dio un giro copernicano (Lamarca, 1996, p. 50) en la tradición punitiva de este tipo de delitos, al tipificar los actos criminales de naturaleza sexual como *delitos contra la libertad sexual*. Por primera vez se reconocía a la mujer autonomía sobre su propio cuerpo y sexualidad y se consideraba delictivo atentar contra su voluntad. Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal equiparó la penetración vaginal, anal, bucal y la introducción de objetos por las dos primeras vías dentro del «acceso carnal» y eliminó definitivamente la institución del perdón de la víctima, que hasta ese momento dejaba sin efecto el proceso penal.

## 1.6. Feminismo radical, revolución sexual y consentimiento

Durante los años sesenta se vivió una intensa agitación política impulsada por jóvenes que reclamaban libertades y rompían con las normas sexuales establecidas, entendiendo el sexo como algo revolucionario y antisistema. En el seno del movimiento sesentayochista también se forjó la ola feminista que, desde Estados Unidos, impugnaría la estructura patriarcal de la sociedad y pondría la sexualidad en el centro de su agenda. Por primera vez, se reclamó el derecho a gozar libremente de la sexualidad. También se analizó la relación entre sexualidad y violencia (De Miguel, 2015a, 2020).

El cambio de valores que produjo la «revolución sexual» perdura en nuestros días (Valcárcel, 2016). La sexualidad fue redefinida en un contexto de libertad, menos sexista y más abierta (De Miguel, 2020). Sin embargo, pronto las ideas patriarcales encontraron subterfugio en la revolución sexual, produciéndose lo que

Celia Amorós define como el «relevo de las heterodesignaciones patriarcales» (citada en Cobo, c2020, p. 52): en los momentos de transformación social surgen nuevas normatividades para lo femenino que sean funcionales a la nueva realidad. Estos modelos, aparentemente opuestos a los tradicionales, mantienen una esencia inmutable entre los mismos, que es la subordinación femenina. Así, con la revolución sexual se habría transitado desde una sociedad que negaba la sexualidad femenina a un contexto en el que las mujeres son seres hipersexualizados al servicio del deseo masculino, convirtiéndose ahora la sexualidad en «una nueva forma de expresar y legitimar la inferioridad femenina» (De Miguel, 2015a, p. 23).

En la esfera jurídica, la ola feminista radical provocó la eliminación de las disposiciones sexistas de los códigos durante la década de los setenta y los ochenta (Valcárcel, 2016). Sin embargo, pronto se apreció que la igualdad formal no implicaba la igualdad material (Faccio citado en Bodelón González, 2003). Los mismos razonamientos que alimentaban las antiguas normas sexistas, pervivieron en los razonamientos y percepciones de los operadores jurídicos en el sistema penal, consolidando y reforzando en los tribunales los roles de género, la visión normativa de la feminidad y la jerarquía sexual (Bodelón, 2003; Larrauri, 1992).

## 1.7. Cultura de la violación

Hasta ahora hemos analizado los contextos históricos y sociales en los que se desarrollaron las normas sexuales y las sanciones a las mismas, comprobando la falta de interés de la sociedad y el derecho por la autonomía femenina. Los productos culturales de cada época, en manos masculinas, fueron también un importante motor y altavoz de dichas convicciones: textos como la mitología o las sagas homéricas han descrito la violación como algo positivo y prácticamente el destino natural de la mujer (Koulianou-Manolopoulou y Villanueva, 2008). A pesar de ser muy antiguos, estas narraciones tuvieron una enorme influencia, puesto que inspiraron posteriormente obras literarias y representaciones artísticas, trasladando a lo largo de los siglos el mismo discurso.

La literatura ha legitimado activamente la violencia contra las mujeres con diversas técnicas y relatos (Ballesteros y Blanco,

2018; Bengoechea, 2012; Cerezo, 2012; De la Concha, 2012; Koulianou-Manolopoulou y Villanueva, 2008). Diversos poetas, como Shakespeare, Pedro Salinas o Pablo Neruda,<sup>13</sup> presentaron en sus obras agresiones sexuales como actos de amor o pasionales. Las representaciones artísticas también han mostrado la violación como algo bello o incluso excitante (Valtierra Lacalle, 2015).

En la actualidad tienen especial importancia:

[...] las representaciones audiovisuales (que), omnipresentes en los medios de comunicación de masas y la sociedad de la información, constituyen el principal mecanismo de normalización y de legitimación de las prácticas masculinas de sujeción de las mujeres. (Sambade Baquerín y Torres San Miguel, 2015, p. 65)

Los productos inducen a su público a desear emularlos al presentarlos como modelos (ibídem), siendo frecuente que las mujeres aparezcan como objetos hipersexualizados (Favaro y De Miguel, 2016). La analista de cine Pilar Aguilar Carrasco (2012) estima que el cine constituye un potente agente socializador de la jerarquía sexual. En este, la mujer aparece como objeto y la violación es banalizada, presentada como una broma en el cine español, y como reclamo en el americano, donde se deleitan mostrando sufrimiento<sup>14</sup>(ibídem).

En las sociedades formalmente igualitarias y, tras el reconocimiento legal de la autonomía femenina y la libertad sexual, la música, el cine, los libros, redes sociales y demás agentes socializadores constituyen el vehículo por el que se transmiten y refuerzan los roles de dominación y sumisión. Entre ellos, goza de especial importancia, la pornografía, como analizaremos a continuación.

## 1.8. Pornografía

La pornografía es en la actualidad un poderoso agente socializador y una práctica social fundamental para reproducir la mascu-

13. Resulta inquietante cómo muchos poetas, por ejemplo, Neruda, se refieren al acto sexual como una cacería (Bengoechea, 2012).

14. En «Mujer, amor y sexo en el cine español de los 90», solo tres filmes presentaban la violación como un acto de agresión, mientras que en el resto se retratan con humor, y a veces la mujer goza (Aguilar, 2012).

linidad hegemónica –violenta, carente de empatía y basada en valores machistas–, contribuyendo a moldear la sexualidad y reproduciendo la jerarquía patriarcal y la violencia en las sociedades formalmente igualitarias (Alario, 2020; Cobo, 2020; Favaro y De Miguel, 2016; Nuñez, 2016; Sambade, 2017).

Frecuentemente, en las narrativas pornográficas el consentimiento de la mujer se banaliza o invalida: en muchos vídeos pornográficos la mujer no desea mantener una relación sexual inicialmente y, cuando al final accede a ella o se somete por medio de la coacción u otros métodos, acaba disfrutando (Alario, 2020). En otros, la total ausencia de consentimiento, su resistencia y/ o dolor de la mujer son erotizadas convirtiéndose en fuente de placer (ibídem). La pornografía reproduce así escenas en las que se filman hechos delictivos ante la total pasividad y desinterés de las instituciones por ello. Muchos vídeos muestran escenas que, como mínimo, permitirían a la fiscalía actuar de oficio para investigar posibles delitos. Además, estas situaciones son presentadas como relaciones sexuales válidas y excitantes, promoviendo la violación y/o corroborando la idea de que la violación es algo diferente a lo que ocurre en la pantalla.

La pornografía constituye así una forma privilegiada de violencia simbólica que alimenta el imaginario misógino y sustenta la violencia contra la mujer (Alario, 2020; Cobo, 2020; Favaro y De Miguel, 2016; Nuñez, 2016; Sambade, 2017), pero a pesar de ello, ha experimentado una notable aceptación social en el último siglo, amparada por el mercado, la cultura popular y parte de la academia, y penetrando en otras esferas, como los vídeos musicales, la publicidad o los medios audiovisuales, lo que se conoce como *pornificación de la cultura* (Favaro y De Miguel, 2016).

## 1.9. Conclusiones

Los operadores jurídicos y tribunales no son entes ajenos a la sociedad, sino que forman parte de ella y comparten las convicciones imperantes en esta. Como hemos desarrollado en el presente texto, las creencias populares respecto a la disponibilidad de los cuerpos femeninos y a la sexualidad vigentes en cada sociedad han determinado la delimitación e interpretación de los crímenes de carácter sexual a lo largo de la historia. Las leyes y su

interpretación se encuentran indisolublemente unidos a la cultura y las construcciones sociales. Por ello, si bien resulta positiva la inclusión de una definición de *consentimiento* en el código penal, este siempre será interpretado de acuerdo a las normas sociales.

Al mismo tiempo que el código penal exige que la mujer «haya manifestado (su consentimiento) libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona», en miles de burdeles y pisos se puede acceder al cuerpo femenino mediante un pago, sin importar la voluntad de la mujer prostituida. Por su parte, el potente altavoz de la pornografía nos muestra escenas en las que de ninguna manera la mujer expresa «de manera clara» su voluntad, al contrario, en muchas ella suplica parar sin ser escuchada. Todas estas escenas se presentan como válidas en una relación sexual y tienen como objetivo la excitación sexual del varón.

El consentimiento debe ser exigido en todo caso, para todas las mujeres. Al dejar fuera del ámbito de acción de la ley a la prostitución y la pornografía, nos mantenemos en la tradición histórica que considera que solo ciertas mujeres son dignas de protección.

En conclusión, para garantizar la libertad sexual es necesario intervenir sobre su raíz, actuar sobre los elementos que sustentan la doble moral sexual. Y ello pasa necesariamente por la comprensión de las mujeres como sujetos iguales a los varones, como seres humanos que deben ser respetados y tratados como iguales.

Por ello, una ley que se denomina «de garantía integral de la libertad sexual» debería abordar aquellos ámbitos en los que las mujeres son cosificadas sexualmente, es decir, la pornografía y la prostitución. Estos ámbitos constituyen ejes clave en la actual construcción de la sexualidad y favorecen la pervivencia del dominio patriarcal en esta esfera de las relaciones humanas.

Decía Catherine A. MacKinnon que «el derecho ve y trata a las mujeres de la misma forma que los hombres ven y tratan a las mujeres» (citado en Smart, s. f., p. 116). Esta máxima resume el reto que ahora afrontamos: solamente podemos conseguir la aplicación igualitaria del derecho en una sociedad materialmente igualitaria.

## 1.10. Bibliografía

- Aguilar, P. (2012). El cine, una mirada cómplice en la violencia contra las mujeres. En: De la Concha, Á. *El sustrato cultural de la violencia de género. Literatura, arte, cine y videojuegos* (pp. 241-276). Síntesis.
- Alario, M. (2020). *La reproducción de la violencia sexual en las sociedades formalmente igualitarias: Un análisis filosófico de la cultura de la violación actual a través de los discursos y el imaginario de la pornografía* [tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos].
- Alba, A. (1991). El Delito de Violación Modificado por la Ley de Actualización del Código Penal–Discurso leído el día 23 de Mayo de 1991, en el acto de recepción como Académico de Número, por el EXCMO. SR. D. ANGEL DE ALBA Y OSUNA Y contestación del EXCMO. SR. D. JOSE MARIA LUZON CUESTA. *Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia*.
- Amnistía Internacional – Sección Española (2018). *Ya es hora de que me creas. Un sistema que cuestiona y desprotege a las víctimas*.
- Andrés-Pueyo, A., Nguyen, T., Rayó, A. y Redondo, S. (2020). *Análisis empírico integrado y estimación cuantitativa de los comportamientos sexuales violentos (no consentidos) en España* (N.º 1). Grupo de Estudios Avanzados en Violencia (GEAV) – Universidad de Barcelona.
- Ballesteros, E. y Blanco, F. (2018). «Yo sí te creo». Estereotipos sexistas hacia las víctimas de agresión sexual. Un estudio de caso sobre la Audiencia Provincial de Baleares. *Iqual. Revista de género e igualdad*, 4, 89-108. <https://doi.org/>. <http://dx.doi.org/10.6018/igual.442801>
- Ballesteros, A. (2012). «Me poseyó un deseo salvaje»: Articulación de la violencia masculina de género en la novela inglesa del siglo XIX. En: De la Concha, Á. *El sustrato cultural de la violencia de género. Literatura, arte, cine y videojuegos* (pp. 45-70). Síntesis.
- Barcons, M., Bodelón, E., Martínez, J., Murillo, E., Pisonero, A. y Toledo, P. (2018). *Las violencias sexuales en el Estado español: Marco jurídico y análisis jurisprudencial*. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.
- Bengoechea, M. (2012). Si las miradas matasen...: La perturbadora mirada del deseo en la poesía romántica. En: *El sustrato cultural de la violencia de género. Literatura, arte, cine y videojuegos* (pp. 71-115). Síntesis.
- Bodelón, E. (2003). Género y sistema penal: Los derechos de las mujeres en el sistema penal. En R. Bergalli (coord.), *Sistemas penales y problemas sociales* (pp.451-486). Tirant Lo Blanch.

- Borraz, M. (2018, mayo 2). La sentencia a «la manada» se cuelga en el Parlamento Europeo: «Si no hay consentimiento, es violación». *ElDiario.es*. [https://www.eldiario.es/sociedad/sentencia-manada-cuelga-parlamento-europeo\\_1\\_1166171.html](https://www.eldiario.es/sociedad/sentencia-manada-cuelga-parlamento-europeo_1_1166171.html)
- Brownmiller, S. (1981). *Contra nuestra voluntad. Hombres, mujeres y violación* (1.ª ed.). Planeta.
- CEDAW (2015). Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>
- Cerezo, M. (2012). El canon literario y sus efectos sobre la construcción cultural de la violencia de género: Los casos de Chaucer y Shakespeare. En: *El sustrato cultural de la violencia de género. Literatura, arte, cine y videojuegos* (pp. 19-43). Síntesis.
- Cobo, R. (2020). *Pornografía. El placer del poder*. Penguin Random House.
- Consejo de Europa (2011). *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*. Council of Europe Treaty Series – No. 210.
- Correa, M. C. (2020). Los mitos sobre la violación (Rape Myths) en la construcción y la aplicación del derecho penal. En: *Violencias contra las mujeres. Relaciones en contexto* (pp. 189-206). Didot.
- De Beauvoir, S. (2016). *El segundo sexo*. Cátedra.
- De la Concha, Á. (2012). *El sustrato cultural de la violencia de género. Literatura, arte, cine y videojuegos*. Síntesis.
- De Miguel, A. (2015a). La revolución sexual de los sesenta: Una reflexión crítica de su deriva patriarcal. *Investigaciones feministas*, 6, 20-38.
- De Miguel, A. (2015b, 01). La prostitución de mujeres: El harén democrático. *The Huffington Post*. [https://www.huffingtonpost.es/ana-de-miguel-alvarez/la-prostitucion-de\\_b\\_6501688.html](https://www.huffingtonpost.es/ana-de-miguel-alvarez/la-prostitucion-de_b_6501688.html)
- De Miguel, A. (2020). *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Cátedra.
- De Miguel, A. (2021). *Ética para Celia. Contra la doble verdad*. Penguin Random House.
- ElDiario.es (2018, 2 de mayo). La ONU lamenta que la sentencia de «la manada» subestime la gravedad de las violaciones. *ElDiario.es*. [https://www.eldiario.es/sociedad/onu-sentencias-subestimen-gravedad-violacion\\_1\\_1166159.html](https://www.eldiario.es/sociedad/onu-sentencias-subestimen-gravedad-violacion_1_1166159.html)
- Favaro, L. y De Miguel, A. (2016). ¿Pornografía feminista, pornografía antirracista y pornografía antiglobalización? Para una crítica del proceso de pornificación cultural. *Labrys, Études Féministes/Estudios Feministas*, 29.

- Fernández, G. (2015). Los estereotipos de género en los procedimientos judiciales por violencia de género: el papel del comité CEDAW en la eliminación de la discriminación y de la estereotipación. *Oñati socio-legal series*, 5(2).
- Gerger, H., Kley, H., Bohner, G. y Siebler, F. (2007). The acceptance of modern myths about sexual aggression scale: Development and validation in German and English. *Aggressive Behavior: Official Journal of the International Society for Research on Aggression*, 33(5), 433-440.
- Juliano, D. (2009). Delito y pecado. La transgresión en femenino. *Política y Sociedad*, 46(1 y 2), 79-95.
- Juliano, D. (2018a). Las monjas en las cárceles de la posguerra. En *Mujeres bajo sospecha (Memoria y sexualidad, 1930-1980)* (4.ª edición, pp. 249-269). Fundamentos.
- Juliano, D. (2018b). Tiempo de cuaresma. Modelos de sexualidad femenina bajo el franquismo. En: *Mujeres bajo sospecha (Memoria y sexualidad, 1930-1980)* (pp. 35-47). Fundamentos.
- Koulianou-Manolopoulou, P. y Villanueva, C. F. (2008). Relatos culturales y discursos jurídicos sobre la violación. *Athenea Digital: revista de pensamiento e investigación social*, 14, 1-20.
- Lamarca, C. (1996). La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal. *Jueces para la democracia*, 27, 50-61.
- Larrauri, E. (1992). La mujer ante el Derecho Penal. *Revista de derecho penal y criminología*, 2, 291-310.
- Martín, C. (1987). *Usos amorosos de la postguerra española*. Anagrama.
- Millet, K. (2017). *Política Sexual*. Cátedra.
- Molina, C. (2018). Monjas del Sagrado Corazón: Educación y élites femeninas en la España de Franco. En *Mujeres bajo sospecha (Memoria y sexualidad, 1930-1980)* (4.ª, pp. 235-251). Fundamentos.
- Montalbán, R. (2016). «El oficio más antiguo del mundo». Prostitución y explotación sexual en la Antigua Roma. *Raudem Revista de Estudios de las Mujeres*, 4, 155-177.
- Núñez, G. (2016). El porno feroz. La misoginia como espectáculo. *El Estado Mental*. <https://elestadomental.com/diario/el-porno-feroz>
- Oneca, J. A. (1965). Historia del Código penal de 1822. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 18(2), 263-278.
- Osborne, R. (2013). *Las huellas de Foucault en la historiografía. Poderes, cuerpos y deseos*.
- Pateman, C. (1995). *El contrato sexual*.
- Posada, L. (2008). Otro género de violencia. Reflexiones desde la teoría feminista como teoría crítica. *Asparkía. Investigació Feminista*, 19, 57-71.

- Puleo, A. H. (1997). Mujer, sexualidad y mal en filosofía contemporánea. *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, 14, 167-174.
- Rodríguez, V. (1997). *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*. Conserjería de Educación y Cultura.
- Sambade, I. (2017). La instrumentalización de la sexualidad. Masculinidad patriarcal, pornografía y prostitución. En: L. Nuño y A. de Miguel (eds.). *Elementos para una teoría crítica del sistema prostitucional* (pp. 169-180). Comares.
- Sambade, I. y Torres, L. (2015). Cuerpo e identidad de género en la sociedad de la información. En: A. Puleo. *Ecología y género en diálogo interdisciplinar* (pp. 65-80). Plaza y Valdés.
- Sanyal, M. M. (2019). *Violación. Aspectos de un crimen, de Lucrecia al #MeToo*. Penguin Random House Grupo Editorial, SAU.
- Smart, C. (s. f.). A búsqueda de una teoría feminista del derecho. *Revista Delito y Sociedad*, 7(11/12), 105-124.
- Valcárcel, A. (2016). *Feminismo en el mundo global*. Cátedra.
- Valtierra, A. (2015). Iconografía de Lucrecia. Repercusiones plásticas en la Península Ibérica. *Anas. Museo Nacional de Arte Romano*, 27, 241-261.
- Vigarello, G. (1999). *Historia de la Violación. Siglos XVI-XX*. Cátedra.