



**Universidad Internacional de La Rioja
Grado en Derecho**

La evolución de la regulación penal de los delitos sexuales en España desde una perspectiva de género

Trabajo fin de grado presentado por:

María Azucena Gascón Canalis

Titulación:

Grado en Derecho

Línea de investigación:

Delitos sexuales

Director:

Dr. Alfredo Abadías Selma

Zaragoza

[20 de febrero de 2019]

Firmado por:

CATEGORÍA TESAURO: 3.1.3. Derecho Público. Derecho Penal.

A Azucena, mi madre y Francisco, mi padre, por la vida y su infinito amor. Siempre en mi recuerdo.

A Marije, por su apoyo todos estos años sin vacaciones, por aguantar interminables peroratas tras cada “interesantísimo descubrimiento” jurídico. Por cumplir la palabra que nos dimos de acompañarnos mientras nos queramos bien.

A Chabela, Tere, y Yaiza, más que amigas y más que hermanas. Por cada risa y por cada lágrima compartida.

A mi buen amigo Pablo, que “nació abogado”, en cuya compañía cambié de siglo. Por el cariño y por tantas reflexiones compartidas, por contribuir a amueblar un poco esta, en ocasiones, heterodoxa cabeza.

Al profesor Doctor Sergio Cámara Arroyo, que me contagió un poco de su pasión por el Derecho penal.

A mi director, el Doctor Alfredo Abadías Selma, por su entrega, paciencia y buenos consejos.

A las mujeres y hombres que todos los días coadyuvan en la construcción de una sociedad más igualitaria y justa, en especial a Sonia, mi incansable compañera de fatigas y una de las mejores personas que conozco.

Y por supuesto, a las mujeres que han sido o son víctimas de violencia, en su lucha cada día para seguir adelante.

Es oportuno declarar que, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, los hombres decentes no abusan de las mujeres.

Jueza Florence Ndepele Mwachande Mumba, 2001¹

¹ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Caso Número IT-96-23-T & IT-96-23/1-T. Fiscal versus Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic, Foca. Sentencia de 22 de febrero de 2001.

ÍNDICE	
LISTADO DE ABREVIATURAS, ACRÓNIMOS Y SIGLAS	5
RESUMEN	6
ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN	8
II. REGULACIÓN PRETÉRITA (1822-1977): HONESTIDAD	9
II.1. Breve evolución histórica de los delitos sexuales.....	9
II.1.1. Código Penal de 1822.....	9
II.1.2. Código Penal de 1848.....	9
II.1.3. Código Penal de 1870.....	10
II.1.4. Código Penal de 1928.....	10
II.1.5. Código penal de 1932.....	11
II.1.6. Código penal de 1944.....	12
II.2. La asimetría del bien jurídico protegido: la honestidad.....	12
II.2.1. El virtuosismo exigible a la mujer.....	13
II.2.2. La infidelidad conyugal: adulterio “solo para señoritas”.....	16
II.2.3. Los crímenes “ <i>honoris causa</i> ”.....	19
II.2.4. El delito de violación: sujeto pasivo solo mujer... ¿todas?.....	21
II.2.5. Violación: lucha de voluntades, resistencia suficiente.....	24
III. REGULACIÓN MODERNA (1978-2018): AUTODETERMINACIÓN.....	25
III.1. Evolución normativa de los delitos contra la libertad sexual.....	25
III.2. La libertad e indemnidad sexual como bien jurídico protegido.....	29
III.3. Las agresiones y los abusos sexuales.....	30
III.4. Irrelevancia de la honestidad, estado civil y sexo.....	31
III.5. Algunas decisiones polémicas.....	33
III.6. Violencia, intimidación y prevalimiento de superioridad.....	36
III.7. Perspectivas de futuro. Consentimiento como eje central.....	38
IV. CONCLUSIONES.....	41
V. BIBLIOGRAFÍA.....	43
V.1. Fuentes doctrinales.....	43
V.2. Fuentes normativas.....	46
V.2.1. Fuentes internacionales.....	46
V.2.2. Fuentes nacionales.....	46
V.3. Fuentes jurisprudenciales.....	49
V.4. Bibliografía complementaria de consulta.....	50

LISTADO DE ABREVIATURAS, ACRÓNIMOS Y SIGLAS²

Art./s.	Artículo/s
BioGen	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género
BOE	Boletín Oficial del Estado
CEDAW	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
CP	Código penal
LO	Ley Orgánica
LOPIVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género
Núm.	Número
Pág./s.	Página/s
SAPN	Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra
Sigu./ss.	Siguiente/s
S.M.	Su majestad
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJN	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra
TS	Tribunal Supremo
Vvaa	Varios autores

² Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española , disponible en <http://dej.rae.es>; fecha de la última consulta: 10-01-2019.

RESUMEN

El presente trabajo pretende abordar desde una perspectiva de género, la evolución de los delitos sexuales, a personas mayores de edad, en España. Desde la concepción decimonónica que se extenderá hasta el fin de la dictadura franquista, incardinada en la moral pública de marcada influencia eclesiástica, en la que el legislador castiga la falta de honestidad, cebándose de manera especial en la “mujer discola”, que con su conducta ofende a la sociedad y al honor del varón frente al que debe responder, padre o esposo, hasta la regulación actual, garante de la libertad, propia de un Estado de Derecho laicista, que se abstiene de entrometer ni censurar, los comportamientos sexuales conveniados válida y libremente.

El enfoque de género viene impuesto por las estadísticas. Ambos sexos son víctimas y victimarios de delitos contra la libertad sexual, si bien la prevalencia en la mujer es abrumadora³.

En los últimos meses, el mediático caso de “La Manada”, ha reabierto el debate en la sociedad española respecto a la suficiencia del testimonio del sujeto pasivo para enervar la presunción de inocencia, la oportunidad de mantener dicotomizados agresión y abuso, en base a la ausencia o presencia de los elementos violencia o intimidación, en definitiva, si debe redefinirse el tipo penal “violación” acogiendo aquellos supuestos en los que se produzca acceso carnal sin que medie consentimiento expreso.

El legislador en su reproche penal no debe improvisar a golpe de telediario, pero sí está obligado a cumplir los instrumentos internacionales y comunitarios vinculantes. El Convenio de Estambul⁴, engloba la sexual como una forma más de violencia contra la mujer. La plena aplicación de esta Convención, así como la reciente aprobación del Pacto de Estado⁵ y el trabajo en cierres de la Comisión General de Codificación⁶, auguran cambios en el Título VIII del Código Penal⁷.

Palabras clave: delitos sexuales, consentimiento sexual, violencia contra la mujer, Convenio de Estambul

³ Según los datos del Instituto de la mujer y para la igualdad de oportunidades, (disponible en <http://www.inmujer.gob.es/MujerCifras/Violencia/DelitosLibertadSexual.htm>; fecha de la última consulta: 11-12-2018).

⁴ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

⁵ Pacto de Estado contra la violencia de género, aprobado por el Congreso en su Sesión Plenaria Informe de la Subcomisión y en el Senado la Ponencia de Estudio para la elaboración de estrategias, el 28 y 13 de septiembre, respectivamente.

⁶ Sección de Derecho Penal de la Comisión General de Codificación.

⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

ABSTRACT

This project seeks to analyze the evolution of sexual crimes against adults in Spain from a gender perspective.

The scope of the project ranges from the nineteenth century view to the present regulatory framework. The nineteenth century view, incardinated in the ecclesiastically influenced public moral and characterized by the legislator punishing dishonesty, especially in relation to the “unruly woman” that affronts both society and the man she has to respond to – may it be husband or father- will last until the end of Franco’s dictatorship. The current legislation, befitting of a secular rule of law, ensures individual liberties without entering or censuring the valid and freely agreed sexual behaviors.

The gender perspective is given by the statistical distribution of these crimes. While individuals from both genders are victims and victimizers of crimes against sexual liberties, the prevalence of crimes against women is overwhelming.

During the last months, the case of “La Manada”, has reopened in Spain’s society the debate regarding the sufficiency of the passive subject’s testimony to unnerve the accused’s innocence presumption, as well as the opportunity of maintaining dichotomized both aggression and abuse based on the lack of, or thereof presence of, violent elements or intimidation. That is, whether the penal type “rape” must be redefine to accommodate those cases in which carnal access occurs without explicit consent.

The legislator must not construct his penal reproach based on newscasts. Nevertheless, the legislator is forced to comply with international and European binding instruments. The Istanbul Convention includes sexual crimes as a form of violence against women. The full implementation of this agreement, in addition to the recent approval of a State-wide Agreement and the current work of the Codification Advisory Commission points to future changes in the eighth title of the Penal Code.

Keywords: sexual crimes, sexual consent, violence against women, Istanbul Convention.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación jurídica⁸, ensayo jurídico expositivo/argumentativo pretende aportar opiniones o ideas para el desarrollo de temas controvertidos u objeto de disputa, siguiendo el enfoque metodológico jurídico-propositivo: crítica a los problemas en el ordenamiento jurídico y propuestas de solución a los mismos, utilizando al efecto técnicas expositivas: selección de fuentes, elaboración del guion previo al texto y resumen o síntesis.

El Derecho penal conforma, siguiendo a MARTÍNEZ ESCAMILLA⁹ desde el punto de vista objetivo, una rama del ordenamiento que aúna el *lus poenale*, acervo de normas y principios que determinan y establecen los delitos, y cuya causación conlleva penas y medidas de seguridad, configurándose en sentido subjetivo como instrumento, última ratio, del *lus puniendi* del Estado o poder punitivo para la protección de bienes jurídicos especialmente valiosos, según CÁMARA ARROYO¹⁰. El cometido del Derecho penal está, siguiendo a ROXIN¹¹,

"en asegurar a sus ciudadanos una convivencia libre y pacífica, garantizando todos los derechos establecidos jurídico-constitucionalmente. Si esta misión es denominada, protección de bienes jurídicos, por bienes jurídicos han de entenderse todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad."

A medida que la sociedad evoluciona, varían algunos de sus valores y con ellos, por ende, el Derecho, de manera que el Derecho penal, entendido como la Constitución en negativo, pondrá el acento en la incriminación de conductas contrarias a los bienes jurídicos dignos de tutela en la medida que lo hagan los textos constitucionales que vienen a definir cuáles son estos.

Con la Constitución Española de 1978 el derecho a la libertad, a la dignidad e integridad física, así como a la igualdad entre los sexos determinarán el inicio de una etapa en la que en materia sexual prima la autodeterminación, basada en el consentimiento, frente a la moral pública asimétrica y desigualitaria, alimentada en los estereotipos y los roles de género propia del tiempo anterior.

Se analizará la oportunidad de reformar el vigente Código penal. En primer lugar, terminando con la diferencia entre abuso y agresión sexual, en función del medio comisivo (violencia o intimidación) y centrando la apreciación del delito en la prestación de consentimiento válido y, en segundo lugar, estableciendo una rúbrica "delitos de violencia de género" partiendo de la definición de género de GARCÍA SEDANO¹², es decir, aquella atribuible a "papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres", que englobe el reproche de todos aquellos actos de carácter sexual que no cuenten con consentimiento expreso de la mujer, junto con las demás formas de violencia contra las mismas por razón de su sexo.

No se analizan los delitos de homosexualidad, aquellos perpetrados sobre menores, ni el delito de prostitución habida cuenta que daría lugar, cada uno de ellos, a abordar un nuevo trabajo independiente de éste.

⁸ Trabajo de Fin de Grado de Derecho.

⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA-MARTÍN LORENZO-VALLE MARISCAL DE GANTE (2012:37-39).

¹⁰ CÁMARA ROYO (2015:47).

¹¹ ROXIN (2013:5).

¹² GARCÍA SEDANO (2017:3)

II. REGULACIÓN PRETÉRITA (1822-1977): HONESTIDAD.

II.1. Breve evolución histórica de los delitos sexuales.

II.1.1. Código Penal de 1822¹³.

El primer Código Penal español en su Primera Parte “De los delitos contra la sociedad” tipifica como delitos y culpas contra las buenas costumbres (Título VII), las palabras y acciones obscenas en sitios públicos, así como la edición, venta y distribución de escritos, pinturas y estampas de la misma clase (Capítulo primero arts. 527-534), la prostitución y corrupción de menores (Capítulo Segundo arts. 535-542).

En su Segunda Parte “De los delitos contra los particulares”, Título Primero “De los delitos contra las personas” contempla el tipo delictivo de aborto, apreciando responsabilidad penal en quien lo practica (art. 639) y en la mujer abortista, previendo menor pena para aquella soltera o viuda “no corrompida, de buena fama anterior” que se lo haya provocado al efecto de encubrir su deshonra (art. 640) o incurriese por igual motivo en delito de infanticidio (art. 612), el rapto y/o abuso deshonesto (arts. 664 a 676), de persona de mayor o de menor edad mediante uso de violencia, amenaza, intimidación o engaño, castigando con mayor rigor al raptor de mujer casada y adicionando la pena de destierro perpetuo mientras viva su esposo, no excluyendo el consentimiento de la mujer la conducta típica de “el que para abusar de una mujer casada le robare (ésta) a su marido” (art. 674), y se reduce la pena a la mitad para estos delitos cometidos “contra mujer pública, conocida como tal”(art. 670).

El delito de adulterio (art. 683) se configura en exclusiva para la mujer como sujeto activo y “su adulterador”, imponiéndose reclusión por el tiempo que decida el marido (único que puede iniciar la acusación) con un límite de diez años. El delito de estupro queda reservado (Capítulo III art. 543) como medio para abusar deshonestamente de una mujer honrada, engañándola con apariencia de matrimonio. Se exceptúa de los delitos públicos los de adulterio y estupro (art.135).

Los arts. 619 y 620, contienen un tipo de homicidio privilegiado “*honoris causa*” para aquellos supuestos en los que el autor sorprendiendo a su mujer, descendiente en línea recta, hermana o nuera en “acto carnal u otro deshonesto y aproximado” diese muerte a los amantes.

II.1.2. Código Penal de 1848¹⁴.

El Código penal de 1848 (en adelante CP-1848), alberga por primera vez en su Título X la rúbrica “Delitos contra la honestidad”, que perdurará durante los siguientes 130 años, para recoger bajo ella los delitos sexuales de adulterio, amancebamiento, violación, abuso deshonesto, estupro, corrupción de menores y rapto; tipificando además, en otro apartado, aborto e infanticidio, con un tipo

¹³ Código Penal, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey, y promulgado, en 9 de junio de 1822. Madrid. Imprenta Nacional.

¹⁴ Código Penal de 26 de marzo de 1848, sancionado por S. M. en 19 de marzo de 1848. Gaceta de Madrid Número 4942.

atenuado de haberse producido para ocultar la deshonra (arts. 328 y 330), así como el superprivilegiado para el uxoricida o filicida (padre) por causa de honor (art. 339).

Se sancionan en los Capítulos 1, 2 y 3 respectivamente:

La relación sexual entre persona casada y otra persona distinta a su cónyuge, manteniendo la diferenciación según el sexo del sujeto activo, de modo que se distingue entre adulterio (art. 349), que solo podrá ser cometido por mujer casada, así como por quien yaciere con ella, y amancebamiento en el caso del esposo, siendo elementos del tipo el escándalo o teniendo a la manceba dentro del domicilio conyugal (art. 353). Con respecto al CP-1822, viene a aportar seguridad a la adúltera, puesto que la pena viene fijada por el Código y no queda al albur del marido despechado; no obstante, las penas previstas son más duras en caso de que quien infringe la ley sea la esposa.

El art. 355 describe el tipo delictivo de abuso deshonesto cometido sobre persona de cualquier sexo y el art. 354 el de violación en el que solo cabe que el sujeto pasivo sea mujer y concurra alguno de los tres supuestos siguientes: primero, empleo de la fuerza o intimidación (violación propia), segundo, menor edad de 12 años o en tercer lugar, hallarse la víctima privada de razón o sentido (violación impropia en los dos últimos supuestos).

En el Capítulo 3, se tipifica el delito de estupro bajo las modalidades estupro-seducción o simple, consistente en obtener acceso carnal con doncella mayor de 12 años y menor de 23 mediante engaño, estupro de prevalimiento, y estupro-incesto, en caso de ser el sujeto activo, padre o hermano de la “ofendida” (art. 356).

El art. 361 establece como Disposiciones comunes a los delitos de violación, estupro y rapto ejecutado con miras deshonestas, su perseguitibilidad únicamente a instancia de la parte agravuada, quedando los reos de estas infracciones liberados de la pena obteniendo el perdón o contrayendo matrimonio con la “ofendida”.

II.1.3. Código Penal de 1870¹⁵.

Regulación muy similar a la de sus dos predecesores, contiene los tipos de infanticio y aborto (art. 424 y 427), uxoricidio y parricidio, o lesiones (art. 438), atenuados por cuestión de honor. Regula en el Título IX el elenco de “Delitos contra la honestidad”: adulterio, amancebamiento, violación, abusos deshonestos, estupro, corrupción de menores y rapto en los artículos 448 y ss. introduce como elemento novedoso, la posibilidad en caso de violación o rapto ejecutado con miras deshonestas, del ejercicio público de la acción cuando la agravuada careciera de personalidad jurídica y se hallase desvalida (art. 463). Otra novedad la constituye la ampliación de la tipificación de los delitos de escándalo público (art. 455) para quien, estando casado en matrimonio religioso, contrajere nuevas nupcias civiles o viceversa, y para aquellos que hicieran exposición o proclamación, por medio de la imprenta y con escándalo, de “doctrinas contrarias a la moral pública”.

II.1.4. Código Penal de 1928¹⁶.

Se realiza en situación de suspensión de las garantías constitucionales, en pleno régimen dictatorial de Primo de Rivera, afectado por el olvido que en buena medida la historia del derecho ha hecho de este período. Se trata de un Código

¹⁵ Real Decreto-Ley número 1596 por el que se aprueba el proyecto de Código Penal de 31 de agosto de 1870. Gaceta de Madrid, suplemento al número 243.

¹⁶ Real Decreto de 8 de septiembre Código Penal de 13 de septiembre de 1928. Gaceta de Madrid. Núm. 257.

Penal muy denostado por la doctrina, en su momento, tal y como relata COBO DEL ROSAL¹⁷, JIMÉNEZ DE ASÚA llegaría a decir: “se discutió con tal ramplonería y ausencia de criterio científico, que se da el caso sorprendente, de que los menos mal orientados fueron los no penalistas, quedando el proyecto maltrecho y con esperanzas de su fracaso”.

De estructura semejante al CP-1870, como elementos novedosos amplía el arbitrio judicial, introduce las penas accesorias, añade a los tipos de estupro una nueva clase, el estupro laboral (es de entender que motivado por la reciente industrialización, el primer vestigio de Código Laboral se produce en 1926) regulado en el art. 607 (a saber: “el que yaciere con una mujer honesta mayor de diez y ocho años y menor de veintitrés, abusando, por coacción o engaño, del ascendiente económico que posea sobre ella por su calidad de jefe, patrono u otra análoga”). La conducta típica de violación exige para su perfección violencia o intimidación bastante o hallarse la mujer, mayor de 18 años, con la que se yace, privada de sentido, o incapacidad de resistencia de la víctima. Se trata de un Código de marcado carácter moralista. Sirva de ejemplo el art. 600 en el cual se establece una pena para el reo de violación de una mujer dedicada habitualmente a la prostitución, tres o cuatro veces inferior a la prevista para una víctima “honesta”, pasando la horquilla penológica a estar comprendida de uno a tres años de prisión a establecerse de tres a doce años respectivamente.

Bajo la rúbrica del Título X se recogen los delitos “contra la honestidad”: en el art. 601 abuso deshonesto cualificado contra persona del mismo sexo; y en el art. 620 se equipara la pena por adulterio y amancebamiento. Dedica un capítulo separado a los delitos de escándalo público.

II.1.5. Código penal de 1932¹⁸.

Apenas veinticuatro horas después de la proclamación de la Segunda República, el 15 de abril de 1931, el Gobierno provisional anuló el Código Penal de 1928, restituyendo la vigencia del Código de 1870. Con fundamento en este último, se aprobó el *Código Penal de 1932*, en cuya elaboración participaron grandes autores como JIMÉNEZ DE ASÚA, ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ¹⁹.

Se mantienen los tipos penales atenuados de aborto e infanticidio por honor (arts. 420 y 416). Por primera vez en la historia de la codificación española, no se contempla la existencia de un tipo privilegiado para aquel marido o padre que, sorprendiendo a su esposa cometiendo adulterio o hija en actividad sexual, provocase la muerte o lesiones de mayor o menor gravedad a ambos o cualquiera de los dos amantes (antiguo art. 438)²⁰. Se despenalizan también de manera inédita adulterio y amancebamiento²¹, que pasarán a ser causa legal de divorcio, abandonando el ámbito penal para dilucidarse en el civil.

¹⁷ Citado en COBO DEL ROSAL (2012:590).

¹⁸ Ley del Código penal, reformado con arreglo a las bases establecidas en la ley de 8 de septiembre de 1932, publicado en la Gaceta de Madrid el 5 de noviembre de 1932.- Núm. 310.

¹⁹ *Guías jurídicas Wolters Kluwer: Código Penal*, (disponible en <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>; fecha de última consulta: 21-11-2018).

²⁰ En la Exposición de Motivos “Ese mismo artículo 25 de la Ley política establece la igualdad de sexos. Ello trae, como indeclinable consecuencia, la abolición del famoso artículo 438, en que se reconocía en favor del marido, en casos de uxoricidio o lesiones por causa de adulterio, una excusa absolutoria o una atenuación especialísima”.

²¹ En la Exposición de Motivos “(...) después de proclamar en la ley de Divorcio que el adulterio es causa de disolución del vínculo, no tenían razón de existir, y debían ser derogados los artículos del 448 al 452, versantes sobre adulterio y amancebamiento”.

El Código penal de 1932 recoge nuevamente, bajo el encabezamiento “de los delitos contra la honestidad”, en su Título X, aquellos comportamientos dignos de reproche moral: violación, abuso sexual, estupro y corrupción de menores, rapto, escándalo público y prostitución. Con respecto al estupro, merece mención especial la redacción dada al artículo 439 en el que se exige la intervención de “engaño grave”, a efectos de evitar, tal y como había venido sucediendo tradicionalmente, que por desarrollo doctrinal y jurisprudencial quedase relegado al engaño por falsa promesa de matrimonio. El rapto (arts. 441 y 442) se limita en todo caso a la sustracción de mujer menor de 12 años o mayor de esta edad y menor de 23, interviniendo engaño grave o de producirse sin límite de edad contra la voluntad de la víctima.

II.1.6. Código penal de 1944²².

Por la Ley de 19 de julio de 1944, (CP-1944 en adelante) se autoriza al Gobierno para publicar un texto refundido del Código Penal. En el Título IX del libro II, bajo la rúbrica que se mantiene inalterada desde el Código Penal de 1848 “De los delitos contra la honestidad”, se tipifican los delitos de violación, abusos deshonestos, escándalo público, estupro, corrupción de menores, prostitución, rapto, adulterio y amancebamiento. Paralelamente el aborto y el retorno a un tratamiento privilegiado del uxoricidio por adulterio, configuran un Código Penal, elevación práctica de los principios de la moral católica, según CÁMARA ARROYO²³ “riguroso y duro, dedicado a la protección de las ideas políticas retrógradas del régimen franquista”, que incide en la custodia del Estado y lo que se concibe como bienes de la colectividad de manera prevalente a las libertades de las personas.

II.2. La asimetría del bien jurídico protegido: la honestidad.

El bien jurídico a proteger no es la libertad de la mujer como sujeto individual, víctima en relación al daño personal sufrido, ni su derecho a la integridad física o moral, ni su dignidad, sino que se tienen en cuenta otras consideraciones, categorías morales como la honra y la honestidad que constituyen el verdadero bien jurídico a proteger, en la medida en que el daño infringido se extiende a su esposo, a su familia, a la sociedad en su conjunto, puesto que se considera atacado según RODRÍGUEZ DEVESA²⁴ “el orden moral que limita por razones éticas, las manifestaciones del instinto sexual contrarias a una pacífica convivencia dentro de una colectividad”. El bien jurídico protegido de la etapa previa a la Constitución de 1978, es la moral sexual dominante, agrupándose bajo el epígrafe “delitos contra la honestidad” una amalgama delictiva de conductas mercedoras de reproche social penal por ser contrarias a la honestidad, las buenas costumbres, la virtud, el matrimonio, la familia, el pudor, etc., proporcionando sostén al concreto orden, en el que la mujer “virtuosa” goza de protección y respondiendo a tal fin la regulación de estos delitos. Amparo penal que no se otorga en caso de imposición violenta del acto sexual a la casada frente a su esposo, ni con igual intensidad a aquellas que

²² DECRETO de 23 de diciembre de 1944 por el que se «prueba y promulga el “Código Penal, texto refundido de 1944”, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944. Boletín Oficial del Estado número 13.

²³ CÁMARA ARROYO (2015:8-9).

²⁴ RODRÍGUEZ DEVESA (1983:158).

ejercen la prostitución, ni a los varones, a quienes no se concibe como posibles sujetos pasivos, tan solo como victimarios de tales delitos.

Los delitos de violación, estupro y rapto, en ese reparto desigual de roles, solo podrán tener a un varón como sujeto activo y a una mujer como sujeto pasivo. Por el contrario, los delitos de adulterio solo pueden cometerse por mujer casada.

Los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto, vulneran el bien jurídico protegido, la moral sexual, en su doble vertiente pública e individual. Lo que caracteriza a los delitos de violación y estupro es el acceso carnal, entendiendo como tal, la introducción en la vagina femenina del miembro viril.

La existencia de un tipo privilegiado de lesiones o muerte honoris causa de la esposa adúltera o hija y su “corruptor” a manos del marido o padre, la propia parte objetiva del tipo de adulterio (únicamente femenino), así como la exigencia de resistencia de la víctima, conforman un marco legal acorde con una sociedad desigualitaria donde, tal como apunta VALLEJO TORRES²⁵, los roles de género y “la moral sexual determinan también la titularidad de derechos”.

Seguidamente el presente trabajo analizará a través del estudio del derecho sustantivo, doctrina y jurisprudencia pretérita, especialmente del período franquista, debido a su mayor cercanía, algunos aspectos que evidencian esta asimetría en función del género de los sujetos.

II.2.1. El virtuosismo exigible a la mujer.

“Amables y virtuosas ciudadanas: el sino de vuestro sexo será siempre gobernar el nuestro. ¡Felices cuando vuestro casto poder, ejercido solamente en la unión conyugal, no se hace sentir más que para gloria del Estado y a favor del bienestar público”!

(Jean-Jaques Rousseau²⁶).

En las mentalidades iniciales del Derecho penal sexual, que se prolongarán hasta superada la dictadura del general Franco, se partía en palabras de ORTS BERENGUER²⁷ de un concepto primordial: “la esposa, la hermana, la hija debían ser protegidas por honestas y por guardianas de la honestidad familiar” fuera de cuyo contexto no se concebían, existiendo hasta bien entrada la democracia (1983) un agravante de responsabilidad criminal conocido como “desprecio de sexo” (CP 1822 art. 106, CP 1848 art. 10.20, CP 1944 art. 10.16) en el que debían concurrir, según la posterior interpretación jurisprudencial, las siguientes tres condiciones: en primer lugar, como elemento objetivo del tipo, que el sujeto activo fuese varón y la víctima mujer; en segundo lugar, el elemento subjetivo de menospicio por el sexo femenino; y finalmente, en tercer lugar, el elemento negativo de provocación previa por parte de la sujeto pasivo, entendida como tal, cuando su conducta “indecorosa” no se ajustase a la moral sexual colectiva del momento.

Lo expresado puede ejemplificarse en el fallo del Tribunal Supremo a propósito del asesinato acaecido el 4 de junio de 1955, perpetrado por Salvador, separado de su mujer, en la persona de Mariana, también casada y separada, que al parecer tuvo el desencadenante en la ruptura por parte de ésta de la relación sentimental que mantenían, así como en su negativa de retomar la misma pese a la insistencia del sujeto activo. El agresor, degolló a su víctima con una navaja de afeitar aprovechando un momento en que se hallaba confiada. El Tribunal Supremo en Sentencia 701/1957, de 9 de mayo, falla que no ha lugar la aplicación de la circunstancia modificativa de responsabilidad criminal, prevista en el CP 1944, en su

²⁵ VALLEJO TORRES (2018:1).

²⁶ ROUSSEAU (1754).

²⁷ ORTS BERENGUER (2000:110).

artículo 10, agravante 16²⁸, referente a la ejecución del hecho punible con desprecio del respeto por el sexo de la ofendida, puesto que esa especial protección se la brinda el Derecho a la mujer (virtuosa), habiendo perdido la finada tal condición por sus propios actos al establecer una relación adultera con quien a la postre terminaría con su vida y cuyo contenido merece la pena ser reproducido:

“(…) esta modalidad agravatoria responde a la idea de brindar a la mujer los máximos honores que le son debidos por el preeminente lugar que ocupa en la vida social y familiar, por lo que no debe tolerarse ningún acto que tienda a menoscabar esa cualidad, pero cuando es la propia mujer víctima del crimen la que ha mancillado su honor mediante el sostenimiento de relaciones ilícitas, siendo casada, con un hombre también unido con vínculo matrimonial, es ella la que ha despreciado la dignidad de su sexo y el bien protegido por esa circunstancia no merece el amparo legal”.

Así la honestidad de la mujer, entendida como la abstención de mantener o realizar actividades sexuales ilícitas, considerando lícitas de manera exclusiva aquellas que implicasen contacto carnal mediando matrimonio, será elemento esencial en el tipo objetivo de abuso sexual y estupro simple o de seducción, es decir aquel en el que la estuprada no mantiene con el sujeto activo los lazos de parentesco previstos para el delito de incesto, es mayor de 12 años y menor de 23 y no concurren circunstancias especiales en la figura del estuprador (criado, doméstico, sacerdote, tutor, etc.).

De este modo para apreciar la realización del delito de estupro simple, ha de producirse acceso carnal, entendido como sinónimo de coito heterosexual, obteniendo el varón su objetivo mediante engaño que, según RODRÍGUEZ DEVESA²⁹, “se venía a reducir a la promesa expresa o tácita de matrimonio” y figurando como elemento esencial del tipo objetivo la honestidad de la mujer o su doncellez, hecho que se presumía entre los 12 y los 23 años, salvo prueba en contrario. Así en STS 1636/1960, de 24 de marzo, se casa y anula la sentencia de la Audiencia provincial que había estimado la existencia de delito de estupro, pronunciándose el Alto Tribunal al respecto de la honestidad del sujeto pasivo, o más bien a propósito de su ausencia, al tratarse de una joven de veinte años, soltera de cuya fama de “mujer fácil” habían dado noticia al procesado previo a iniciarse la relación entre ambos, vínculo amistoso que seguiría en noviazgo, contacto sexual y posterior embarazo. Considera el TS, mujer liviana a la pretendida ofendida al haber consentido relaciones carnales en su domicilio, con la aquiescencia de sus familiares, y habida cuenta su falta de doncellez por haber mantenido previamente relaciones con otro hombre, además (o por ello) de su consabida fama:

“(…) se necesita que la seducida sea fiel guardadora de su pudor y de su honra, pues, aunque así no ocurriese, si por sus costumbres livianas fácilmente cede la mujer a los propósitos del presunto seductor, constituirá el hecho una simple fornicación, sólo sujeta a la sanción moral y religiosa, pero de ningún modo a la penal, y así ocurre en el caso presente (…)”.

En el mismo sentido se pronuncia el Auto del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1957: “no puede existir engaño por no concurrir en la estuprada la circunstancia de honestidad”.

Del estudio jurisprudencial se deduce la línea del pensamiento y de la moral social de la época, basada en estereotipos y roles de género, reservando el espacio

²⁸ “(…) ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciese el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el suceso”.

²⁹ RODRÍGUEZ DEVESA (1983:171-173).

público³⁰ al hombre y el doméstico a la mujer³¹, cuerpo sexuado, cuyo papel tiene sentido y goza de respeto social a través de su estado civil: como virtuosa soltera/hija, esposa y madre, o viuda, no como persona en sí misma. De ahí el hecho de que adquiera tanta importancia su "virtud", ya que, de perderla, queda la mujer devaluada socialmente al alejarse la posibilidad de contraer matrimonio y formar una familia, y por tanto, quedar fuera de aquel cometido al que socialmente ha sido llamada.

En este Sentido la STS 4389/1978, de 2 de diciembre, condena por un delito de estupro "de engaño", al sujeto que en la Navidad de 1975 y dentro del noviazgo mantenido con la ofendida, consigue venciendo "su natural recato y pudorosa resistencia...la primera entrega carnal de la joven, desflorándola", considerando irrelevante que el posterior embarazo se produjese debido a la reiteración del acto sexual, estimando el Tribunal éstos correlato lógico de aquel primer encuentro:

"(...) que es lo que suele acontecer en la mayor parte de casos como el presente, en los que, rota la primera barrera de resistencia ofrecida por la mujer, ésta viene plegándose con más facilidad a los deseos de su pareja, siempre en la esperanza de contraer el esperado enlace, ahora más necesario para reparar el daño causado y evitar la repulsa social".

Da cuenta la antes citada Sentencia, y en el mismo sentido las STS 1227/1958, de 23 de diciembre y STS 453/1976, de 22 de junio entre otras, más allá del carácter paternalista del tipo penal de estupro, de la desesperada situación de la mujer que, habiendo perdido su exigida honra, se enfrenta "al más grave desprecio", de exposición pública en caso de quedar embarazada y alumbrar un hijo sobre el que se extenderán los perjuicios del engaño. Y, por ende, del hecho de relegar a la mujer a un mero himen intacto hoy, para ser fértil vientre conyugal mañana.

PACHECO y GUTIÉRREZ CALDERÓN³², plantea dudas sobre la oportunidad de la tipificación penal de esta conducta, cuestionando la conveniencia de que la estuprada obtuviese beneficio, consistente en general, aparte de la condena de privación de libertad para el estuprador, en el reconocimiento del hijo como suyo, así como al abono de alimentos para éste último y la asignación de dote a modo de indemnización para la sujeto pasivo, dejando inferir que en su opinión no es en mayor medida el varón quien engaña, sino la mujer quien se deja engañar, movida probablemente por el fin espurio de usar el sexo como carnada para acceder al estatus de casada. El argumento resulta un tanto perverso. Sorprende que una vez articulado un sistema social con base religiosa y jurídica, en el que el rol de la mujer le conduce inexorablemente hacia el matrimonio y su objetivo procreativo, apartando a aquellas que no cumplen con los cánones, se adopten medidas legales

³⁰ Se identifica con el ámbito productivo, con el espacio de la "actividad", donde tiene lugar la vida laboral, social, política, económica. Es el lugar de participación en la sociedad y del reconocimiento. En este espacio se ha colocado tradicionalmente a los hombres. Curso de Igualdad: aplicación práctica en el ámbito jurídico, (2018), Unidad 1: conceptos en materia de igualdad entre hombres y mujeres, pág. 12.

³¹ En el lado opuesto (al espacio público), se encuentra el Espacio doméstico, con el espacio de la "inactividad" donde tiene lugar el cuidado del hogar, la crianza, los afectos y el cuidado de las personas dependientes. En este espacio se ha colocado tradicionalmente a las mujeres. Curso de Igualdad: aplicación práctica en el ámbito jurídico, (2018), Unidad 1: conceptos en materia de igualdad entre hombres y mujeres, pág. 12.

³² PACHECO y GUTIÉRREZ CALDERÓN (1849:140) "...es menester acudir con el remedio oportuno para que no se multiplique los engaños; y para esto no hay otro camino que poner coto al interés de ser engañadas. Cuando las mujeres no aguarden sacar de ello ningún provecho muy pocas serán las que se dejen engañar".

inminente paternalistas para evitar el engaño de “esas pobres mujeres virtuosas e inocentes” para a continuación dudar del uso y abuso del amparo legal.

II.2.2. La infidelidad conyugal: adulterio “solo para señoritas”.

En nuestro antiguo Derecho penal, uno tras otro, los Códigos prevén la figura delictiva del adulterio cuya autoría recae sobre la mujer casada que lleva a cabo uno (o varios) actos de infidelidad conyugal y en quien, no siendo su esposo, yaciere con ella a sabiendas de su estado civil, considerando a este último coautor o cómplice.

Las Partidas³³ dan explicación, en su Ley 1, tít. 17, P. VII de la razón por la cual no podrá reputarse adulterio al marido casado que cometiese acto de infidelidad conyugal y sí por el contrario a la esposa, basando su razonamiento en dos cuestiones: primera, el varón que yace con otra mujer no hace daño ni deshonra a la suya; y segunda, de quedar embarazada la mujer de su amante, añadiría como heredero el “hijo extraño” junto a los hijos de su esposo, cosa que no ocurre de ser el marido el infiel, no siendo por tanto iguales los daños.

Es el adulterio una conducta criminalizada y sancionada desde los albores del ordenamiento punitivo español. Las leyes antiguas, sancionaban el adulterio, incluso con la pena capital, contemplando la Ley 15 de las Partidas la muerte del “adulterador”, siendo la mujer azotada públicamente, encerrada en un monasterio, perdiendo dote y arras a favor del marido ofendido salvo que hubiese hijos legítimos. En la Ley 12 del Fuero Juzgo y Ley 1 del Fuero Real, se da al marido la posibilidad de disponer de ellos a voluntad, incluso matarlos, siempre y cuando acabara con la vida de los dos, no únicamente con la de uno de ellos, si bien COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA³⁴, señala que en s. XVII habían caído en desuso y recibido críticas de la doctrina dichas prácticas, siguiendo la antes citada a ESCRICHE a modo de ejemplo:

“(...) la pena capital es demasiado rigurosa, y no tiene proporción ni analogía con el delito; y la de azotes á las mujeres es contraria al decoro y á las costumbres. La de poner á los adulteros en poder del marido para que disponga de ellos como quisiere, equivale á volvemos legalmente en este punto al estado natural en que no había leyes, pues por ella se resucita la venganza individual” (J. Escriche, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Nueva edición reformada y considerablemente aumentada por los Doctores D. León Galindo y de Vera y D. José Vicente y Caravantes, Tomo Primero, Madrid, 1874, “Adulterio”, pp. 320-321).

Habida cuenta las críticas doctrinales y el desuso en la práctica de sentenciar a muerte a los adulteros, pasó a castigarse hasta con diez años de privación de libertad, a elección del esposo ofendido, en la primera codificación penal de 1822 y en mayor o menor medida por todos los códigos siguientes, con la única excepción del Código penal de la Segunda República. El Código penal de 1848, incluye el delito de amancebamiento, en el que incurre el varón casado que “tiene manceba” con escándalo o dentro de la casa conyugal. PACHECO y GUTIÉRREZ CALDERÓN³⁵, en sus comentarios a dicho código, se pronuncia contra la despenalización del delito de adulterio, al que considera el “más grave del elenco de delitos contra la honestidad, puesto que ningún otro, causa a la vez tanto desorden moral y material”. Sorprendería cuando menos esta afirmación de atribución de tamaña magnitud delictiva, habida cuenta que comparte rúbrica con los delitos de violación y abusos deshonestos entre otros, de no conocer las penas precedentes y

³³ Citadas en PACHECO y GUTIÉRREZ CALDERÓN (1849:109-110).

³⁴ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA (2013:340).

³⁵ PACHECO y GUTIÉRREZ CALDERÓN (1849:108).

solo entendida desde una óptica de desigualitaria asimetría en el bien jurídico protegido, la honestidad, únicamente exigible con rigor a la mujer, en tanto que deviene consecuencia lógica de la consideración del papel que la sociedad le reserva como reproductora, receptáculo de vida, cuyo origen debe garantizarse a efectos de que no termine el esposo criando como suyo, un hijo ajeno a su estirpe, siguiendo PACHECO y GUTIÉRREZ CALDERÓN³⁶ igual línea argumental a la expresada por el legislador en las Partidas. No en vano adulterar, del latín *adulterare*, supone etimológicamente alterar fraudulentamente la composición de una sustancia o naturaleza de algo, siendo “adulterada” la mujer por yacimiento con el “adulterador”, es decir, viéndose alterada su esencia de mujer virtuosa por el contacto sexual ilícito mantenido.

Ambos delitos, adulterio y amancebamiento, en el Código penal de 1944 conllevan pena de prisión menor, es decir, la privación de libertad entre seis meses y un día y seis años, para la adultera y adulterador y para el amancebado, pudiendo aplicarse a la manceba una pena de igual duración de destierro; no así en el CP-1848 en que al marido se imponía la pena de prisión correccional. Aun así y pese a haberse igualado en la ley la pena a imponer, continuará la diferencia sexual en el trato penal, tal y como señala JIMÉNEZ DE ASÚA³⁷, sancionando únicamente como delito de amancebamiento la infidelidad llevada a cabo por el varón casado, incursa en un acto punible cuya parte objetiva del tipo exige para su perfección que se realice con notoriedad o teniendo a la manceba en el domicilio conyugal, es decir, mediante la exigencia de continuidad y publicidad como elemento del tipo objetivo, siendo de contrario suficiente un íntimo encuentro por parte de la esposa para considerarla rea de adulterio.

La oportunidad de la penalización de los delitos de adulterio y amancebamiento, no fue una cuestión pacífica en la doctrina del pasado siglo. JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA, citados en GARCÍA-PUENTE LLAMAS³⁸, consideran absurdo e injusto proclamar que se produce menoscabo de la honra del marido o de la mujer engañados por la conducta del cónyuge infiel. MUÑOZ CONDE³⁹ considera que constituye un daño moral contra el cónyuge inocente, pero también contra la familia y los hijos, que pese a todo debe ser resuelto en el ámbito civil. Para GARCÍA-PUENTE LLAMAS constituye un ataque a los bienes jurídicos protegidos: “el pudor, honestidad matrimonial, fidelidad sexual, dentro del marco del art. 56 C. C., honor personal y matrimonial del cónyuge inocente y el derecho a la intimidad personal y familiar” que no debe ser desterrado del terreno jurídico, ya que los Mandamientos de Dios lo excluyen tajantemente del terreno de la moral.

La STS 1321/1970 de 15 de diciembre, ejemplariza el sentir del juzgador en la aplicación del derecho positivo, tendente a apreciar una gran ofensa para el marido en el delito de adulterio, así como causa eximente o atenuante por el estado de alteración que supone conocer la infidelidad conyugal de la esposa, en el que sume al hombre medio. Según consta en los hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, recurrida, Jaime casado con Perfecta Luzdivina, sorprendió a ésta yaciendo en la cuadra aneja al domicilio conyugal con su sobrino

³⁶ PACHECO y GUTIÉRREZ CALDERON (1849:113) “No procede como han querido decir algunos, de que las leyes han sido hechas por los hombres; procede de la misma razón, que encuentra en una y otra falta distintos caracteres, distintas consecuencias (...) La mujer es el centro de la familia como el hombre es la cabeza. La falta de aquella destruye esencialmente la sociedad conyugal, que la falta de éste altera, pero no puede destruir. La mujer infiel da derechos injustos, que el hombre no puede dar. La mujer infiel disuelve todos los lazos, que ninguna otra infidelidad disolvería del mismo modo”.

³⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA (1945:529).

³⁸ GARCÍA-PUENTE LLAMAS (1979:373,375-376).

³⁹ Citado en GARCÍA-PUENTE LLAMAS (1979:376).

Lorenzo, pariente a quien unía especial relación, habiendo sido su padrino de boda y a quien acogía en su hogar junto con la mujer con la que había contraído recientes nupcias. El descubrimiento de la infidelidad se produjo un día indeterminado del mes de noviembre, conminando al sobrino a abandonar la casa, y desde ese momento “empezó a concebir la idea de matarle”, hecho que llevó a cabo la noche del 12 de diciembre cuando salió al paso de Lorenzo, en el camino por el cual volvía del trabajo y le asesó dos puñaladas mortales con un cuchillo de cocina de doce centímetros y medio que “sacó rápida e inesperadamente”. La Sentencia sometida a casación condenó a Jaime como culpable de un delito de asesinato cualificado por alevosía, con la agravante de premeditación y sin que apreciase circunstancia atenuante de condena. El Tribunal Supremo, casa la citada sentencia, al estimar que concurre la atenuante muy cualificada sexta del artículo 9⁴⁰ que exige la existencia de gran ofensa y que el hecho punible sea desagravio cercano en el tiempo a la ofensa que sigue, que según la sentencia:

“Ha de medirse teniendo en cuenta no sólo el tiempo transcurrido, sino atendiendo a si ha pasado el suficiente para hacerla olvidar, dada la calidad de la ofensa, su persistencia o la presencia de situaciones ó signos que le hagan recordar y su influjo para hacerle pervivir en el ánimo del ofendido”.

En el considerando séptimo, pese a desestimar la procedencia de la atenuante octava del mismo artículo⁴¹, da cuenta el tribunal de la gran ofensa que supone el delito de adulterio llevado a cabo, y en las circunstancias esgrimidas, puesto que, si bien actuó de manera distinta, el “ultraje” que el sujeto pasivo hizo al procesado es de los que a la mayoría de los hombres:

“(...) los lleva a este estado emocional, de arrebato y obcecación, que le lleva a la situación de furor, lo hace pronto, repentinamente, de modo precipitado e impetuoso, inconsiderado y violento, pues el estímulo externo que le impulsa ha ejercido tal influencia sobre su inteligencia que le perturba momentáneamente y de manera instantánea sobreexcita la voluntad del que lo sufre, que actúa irreflexivamente realizando lo que en situación normal no hubiera realizado”.

A efectos de que la acción de mantener relaciones sexuales mujer casada, con varón distinto a su esposo sea reprochada penalmente, resulta irrelevante el hecho de que la mujer esté separada, puesto que la ley no hace distinción y el vínculo matrimonial no se ha extinguido subsistiendo con él los deberes de fidelidad y éticos. En este sentido, entre otras la STS 3834/1978, de 22 de mayo, que viene a desestimar el recurso formulado, ratificando así la condena de un año de prisión menor y el pago de 100.000 pesetas, sentencia de la que de igual manera interesa señalar que como en la mayor parte de las del momento, el abogado defensor/recurrente alegó razonamientos con pretensiones de “*lege ferenda*” que el juzgador dice no poder apreciar por tener el deber de aplicar el derecho sustantivo, mantenido en este caso “acertada o erróneamente”.

Podrá eximirse de pena por el perdón del ofendido, simplemente no presentando querella o remitiendo la misma una vez impuesta. El perdón del marido deberá ser “expreso, inequívoco y terminante”. Así en STS 3533/1978, de 10 de mayo, de delito de adulterio recaída sobre dos personas que convivieron juntas

⁴⁰ Art.9.6.”La de haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor del delito, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos, o afines en los mismos grados”.

⁴¹ Art. 9.8 “La de obrar por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebato u obcecación”.

durante varios años, aún tras haberse producido disolución matrimonial por sentencia firme de Tribunal Eclesiástico

Inmaculada Benito y María Ángeles Muñoz, fueron las dos últimas mujeres condenadas por adulterio en España, corría el año 1978⁴². Francisco Franco había fallecido el 20 de noviembre de 1975 y estaba a punto de entrar en vigor la Constitución. La antesala a la despenalización del adulterio y el amancebamiento en España, se produjo con los Pactos de la Moncloa⁴³, en su Acuerdo 2º relativo al Programa de Actuación Jurídico y Política, aprobado el 27 de octubre de 1977 por el Congreso y el 11 de noviembre del mismo año por el Senado. Con la Ley 22/78, de 26 de mayo⁴⁴, se derogaron los delitos de adulterio y amancebamiento, cuando la exigencia de abandonar el amparo penal de la fidelidad conyugal se erigía ya en clamor público en la ciudadanía española.

II.2.3. Los crímenes “*honoris causa*”.

“NOVIA: Déjala; he venido para que me mate y que me lleven con ellos. Pero no con las manos; con garfios de alambre, con una hoz, y con fuerza, hasta que se rompa en mis huesos”.

(Bodas de Sangre, GARCÍA LORCA⁴⁵)

Hemos visto cómo pese a no sancionarse el adulterio con la pena de muerte, la doctrina previa a la Constitución de 1978 consideraba el adulterio como una grave afrenta de la mujer al honor del marido y extensiva a la familia. En la misma dirección los jueces del momento, no se absténan de censurar, afeando la conducta, además de imponiendo la correspondiente pena y cómo a través de los “considerandos” muestran su comprensión por el varón ofendido, el cónyuge inocente, que sumido en un estado de alteración más que entendible y justificable, cometiese un crimen sobre los adulteros o alguno de ellos, llegando aún a arrebatarles la vida.

Para mayor abundamiento, en el propio derecho positivo codificado desde 1822, y que reproducirán los subsiguientes de 1848, 1870 y 1944, se prevé como tipos privilegiados de homicidio, el uxoricidio y parricidio por cuestión de honor, acepción que se refiere, siguiendo a RODRÍGUEZ NÚÑEZ⁴⁶, a la muerte de la cónyuge y algunos parientes próximos al autor del delito, en los siguientes tres sentidos: en primer lugar el uxoricidio o causar muerte dolosa a la propia esposa, por haberla sorprendido yaciendo o en acto semejante de infidelidad conyugal, atenuación que se aplica igualmente de provocarle la muerte al adulterio o causarles graves lesiones y como eximente en caso de producirles otro tipo de lesión. En este sentido el Código de 1822 que sancionaba el homicidio voluntario, aquel con

⁴² Artículo periodístico publicado en el periódico La Vanguardia, (disponible en <https://www.lavanguardia.com>; publicado el 11-05-2017; fecha de la última consulta el 09-12-2018).

⁴³ Pactos de la Moncloa. 2. Acuerdo sobre el programa de actuación jurídica y política, V Código penal “Con carácter urgente se abordarán las siguientes reformas: A) Relacionadas especialmente con la mujer: 1. Despenalización del adulterio y el amancebamiento (artículos 449 a 452 y último párrafo del artículo 443, con modificación de concordantes en el Código Civil). 2.º Regulación de la expedición de anticonceptivos, límites de publicidad y consiguiente despenalización. 3.º Modificación de las edades de la mujer tomadas en consideración para la tipificación del rapto (artículos 440 y siguientes) y del estupro (artículos 434 y siguientes).

⁴⁴ Ley 22/1978, de 26 de mayo de despenalización del adulterio y del amancebamiento. BOE de 30 de mayo de 1978, número 128 (rectificada con arreglo al BOE de 2 de junio del mismo año).

⁴⁵ GARCÍA LORCA (1932). Al escribir esta tragedia, el autor se inspiró en hechos reales que acaecieron en un pueblo de Almería: la novia se fugó con su primo el mismo día de la boda durante la celebración, y el hermano del novio les dio caza, acabando en tres disparos con la vida del raptor.

⁴⁶ RODRÍGUEZ NÚÑEZ (1994:145).

premeditación y sin causa con la pena de muerte, pese a excluir del tipo al apreciar causa en caso de ultraje o deshonra grave, donde encajaría la infidelidad conyugal de la esposa, establece un tipo de atenuación privilegiada en su art. 619 estableciendo pena correlativa de 6 a 2 años de arresto y destierro de 2 a 6 años. El CP-1848, en su art. 339 impone la pena de destierro en caso de resultado de muerte o lesión grave o exención para otro tipo de lesiones. En el mismo sentido los CP-1870, en su art. 438 y el CP-1944, en su art. 428; sirva como muestra la STS 1125/1959, de 4 de junio:

Alberto y Sofía, contrajeron nupcias en el año 1945, matrimonio que a punto estuvo de devenir en separación, a instancias de la esposa, debido al mal carácter del marido, que en alguna ocasión había acometido contra los muebles y el ajuar del domicilio conyugal. En el año 1957 regentaban un hotel en Alcoy, trabajando como empleado el joven de veinte años Felipe. Habiendo tenido noticias el marido de la infidelidad de Sofía con el precitado joven, decidió fingir un viaje a Madrid, al efecto de sorprenderlos *“in fraganti”* y llevar a cabo su venganza, acabando con la vida de ambos. Con tal propósito se emboscó en las inmediaciones de su casa, entre los días 5 y 8 de mayo hasta que, teniendo certeza de la presencia de los amantes en la vivienda del matrimonio, irrumpió de madrugada, armado con una pistola con la que disparó dando muerte a los dos.

La Audiencia Provincial condenó al acusado a 6 años y un día por un delito de parricidio por la muerte de la esposa, 3 años por homicidio del adulterador y a pagar 150.000 pesetas a los herederos de Sofía (sus propios hijos). Formuló recurso la acusación particular por entender que debía aplicarse el tipo de asesinato, al concurrir alevosía por el hecho de irrumpir de forma abrupta e inesperada al efecto de asegurar el resultado buscado y sin ponerse en riesgo, pretensión que fue desestimada por entender el Tribunal Supremo, que formaban parte de la actuación lógica necesaria para asegurarse la buscada venganza. De contrario resuelve se case la sentencia impugnada, en base a los motivos alegados por la parte procesada, de aplicación del artículo 428 del CP, en lugar de los arts. 405 y 407, puesto que si bien el recurrente actuó con premeditación y sin sorpresa alguna por el inesperado conocimiento de su deshonor, no es lo que se exige del tenor literal de la ley, sino que los sorprendidos deben ser quienes cometen adulterio; acude al efecto al significado gramatical del precepto y concede al acusado el beneficio de semijustificación de su actuación, debiendo sancionarse con el destierro.

En el Código penal de 1932, desapareció este tipo privilegiado de homicidio de la cónyuge por adulterio, pero en la práctica a partir de ese momento, tal y como señala RODRÍGUEZ NÚÑEZ⁴⁷, poniendo de ejemplo la STS de 21 de abril de 1933, los tribunales solían imponer la pena rebajada en dos grados, conforme al art. 67. 5⁴⁸ puesto en relación con las reglas 6 y 7 del artículo 9, del mismo cuerpo legal.

En segundo lugar, parricidio excusable en el sujeto pasivo descendiente sorprendida en iguales circunstancias y en la de “su corruptor”. El Código penal de 1822, extendía esa potestad quasi absolutoria a quien causase la muerte de

⁴⁷ RODRÍGUEZ NÚÑEZ (1995:163).

⁴⁸ “Artículo 67: En los casos en que la pena señalada por la Ley contenga tres grados, los Tribunales observarán para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las regias siguientes: (...) 5. Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes, o una sola muy calificada, y no concurra agravante alguna, los Tribunales podrán imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley (...)” “Artículo 9: Son circunstancias atenuantes (...) 5. La de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido. 6. La de haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor del delito, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos, o afines en los mismos grados”.

hermana, nuera o entenada (art. 619 y 620); en los siguientes se limitará a la hija menor de 23 años que habite en la casa familiar. En el Código penal de 1932, desapareció junto con el tipo privilegiado del delito de conyugicidio por adulterio.

En tercer lugar, parricidio y aborto atenuado en la mujer “no corrompida y de buena fama anterior” que acabase con la vida de su hijo recién nacido o *nasciturus* para ocultar su deshonra. Sirva de ejemplo el artículo 410 del CP de 1944, en el que se configura como delito autónomo de infanticidio, que prevé la pena de prisión menor, es decir, de 6 meses a 6 años de prisión para la madre y los abuelos maternos del niño recién nacido, cuya muerte hubiesen provocado para encubrir la “falta de virtud” de quien le había alumbrado y que mantuvo prácticamente inalterable desde las redacciones precedentes.

La Ley de bases de 1961⁴⁹, avanza la supresión del art. 428 del CP, que desaparecerá finalmente en 1963⁵⁰ con la reforma del Código penal. Pese a las voces críticas, durante años, al mantenimiento de estos tipos penales super privilegiados por su carácter discriminatorio y desmedido, no es ese el argumentario expuesto en la ley de bases para su supresión, sino que aboga por su desaparición por superfluo⁵¹ habida cuenta que el objetivo propuesto por el legislador, atenuar o eximir de culpabilidad este tipo de delitos, se obtiene por la concurrencia de eximentes o circunstancias modificativas, tal y como se ha ejemplarizado a lo largo de este trabajo. En concreto hace alusión a las eximentes por obrar enajenado o de apreciarse trastorno mental transitorio o impelido por fuerza irresistible y las atenuantes ya conocidas por haber mediado provocación previamente, como desagravio de una grave ofensa o por obrar por estímulos tan poderosos que le hayan producido arrebato u obcecación.

Los delitos de infanticidio y aborto *honoris causa* desaparecerán en el Código penal de 1995.

II.2.4. El delito de violación: sujeto pasivo solo mujer... ¿todas?

En el Derecho penal antiguo y hasta bien entrada la democracia, podemos distinguir entre los tipos penales de violación, que exigirá para ser apreciada los siguientes elementos objetivos: primero, que el sujeto activo sea varón y el pasivo mujer (hasta 1989); segundo, que se consiga yacer con la mujer, entendido el “yacimiento” como coito vaginal o *coniunctio membrorum*, siguiendo a RODRÍGUEZ DEVESA⁵², no siendo necesaria la *inmissio seminis* (eyaculación) ni que la *inmissio penis* (introducción del miembro viril) sea completa; y tercero, que la acción se realice en caso de violación propia mediando violencia o intimidación, o de violación impropia por hallarse la víctima privada de “razón o sentido” o por tener menor edad de 12 años.

La modalidad comisiva abuso deshonesto, en la que resulta irrelevante el sexo de los sujetos, engloba diferentes conductas contrarias al bien jurídico protegido, la honestidad, sin producción de acoplamiento sexual ni intención de que se produzca, siendo determinante de la parte objetiva que el acto sea inequívocamente deshonesto y, de la subjetiva que tenga carácter libidinoso y,

⁴⁹ Ley 79/1961, de 23 de diciembre, “de bases para la revisión y reforma del Código Penal y otras leyes penales”.

⁵⁰ Decreto 691/1963, de 28 de marzo por el que se aprueba el “Texto revisado de 1963” del Código Penal.

⁵¹ “Octava. – Se suprimirá el artículo cuatrocientos veintiocho, ya que la finalidad que se propone en este precepto se logra a través del juego de los principios generales de las eximentes primera y cuarta del artículo octavo, o de las atenuantes quinta, sexta y octava del artículo noveno”.

⁵² RODRÍGUEZ DEVESA (1983:164).

aborda una amplia gama de conductas, desde la penetración anal o bucal a un beso o tocamiento. Distingue entre los abusos deshonestos violentos, equiparados a la violación de concurrir alguna de las circunstancias del elemento tercero expuesto en el párrafo anterior, y los abusos deshonestos fraudulentos, equiparados al estupro, es decir, mediante engaño o prevalimiento. El abuso deshonesto se sanciona con menor pena que en caso de violación, sirva de ejemplo el Código penal de 1944 que castiga el primero con reclusión menor (de 12 años y un día a 20 años) y el segundo con prisión menor (de 6 meses y un día a 6 años).

De lo anteriormente expuesto, no es difícil inferir que el mayor reproche penal es para la conducta típica de acceder sexualmente por la vía vaginal, que hacerlo por vía bucal o anal, al cuerpo de la víctima; paradigma de que mediante la protección penal del bien jurídico honestidad no se pretende proteger individualmente a la mujer, su integridad ni mucho menos su libertad. El bien jurídico protegido como se ha expresado en otras ocasiones a lo largo de este trabajo y en consonancia con la opinión de ACALE SÁNCHEZ⁵³, es la moral pública, y con ella la virtud de la mujer sexuada, su protección como virgen casadera que no debe ser desflorada, y por tanto devaluada, deshonrada individual y familiarmente, y su protección ante un factible embarazo como receptáculo de vida concebida exclusiva y legítimamente. Es a través de esta moral pública convertida en ley como durante siglos se priva a la mujer de libertad mediante el control de su sexualidad.

El Código penal de 1822 establecía una distinción de perfeccionarse el tipo delictivo sobre mujer casada, imponiendo mayor pena en este caso que de haberse perpetrado sobre víctima soltera o viuda y, por el contrario, previendo un castigo menor (la mitad) en caso de tratarse de una prostituta⁵⁴. A partir de esa fecha, con la sola excepción del CP-1928, que en su art. 600 contempla una pena menor en caso de violación cuando el sujeto pasivo se dedicase a la prostitución de forma habitual, el derecho positivo no establece diferencia en base al estado civil o la honestidad, ni los actos previos de la víctima no siendo exigible por la ley la concurrencia de la misma, rompiendo con la tradición de Las Partidas⁵⁵ que establecían mayor sanción, la pena capital, a quien violase a viuda de buena fama, virgen, casada o religiosa que de tratarse de alguna otra mujer, en cuyo caso dejaba la imposición de condena al juzgador atendiendo a las circunstancias. No obstante, la cuestión sobre la posibilidad de incurrir en delito de violación sobre una prostituta no fue una cuestión pacífica. PACHECO y GUTIÉRREZ CALDERÓN⁵⁶ era de la opinión de que la ley no hacía distinción alguna por el estado civil de una persona, ni sobre el estado virginal o por la entrega carnal banal de la mujer; no obstante, se pregunta si la ley debería proteger con igual intensidad a la prostituta que a la madre de familia. En el mismo sentido GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA⁵⁷ y RODRÍGUEZ DEVESA⁵⁸, de acuerdo con la creencia mayoritaria entienden que no es necesaria la exigencia de

⁵³ ACALE SÁNCHEZ (2006:22).

⁵⁴ Artículo 670: "Si se cometiere sobre mujer pública conocida como tal, se reducirá la pena a la mitad".

⁵⁵ PACHECO y GUTIÉRREZ CALDERÓN (1849:422) Partidas.—Ley 3, tít. 20, P. VII.—"Robando algú ome alguna mujer viuda de buena fama, ó virgen, ó casada, ó religiosa, ó yaziendo con alguna dellas por fuerza, si le fuere probado en juicio, deve morir por ende(...) mas si alguno forzasse alguna muger otra, que non fuese ninguna (testas sobredichas, deve a yer pena por ende, segun alvedrio del juzgador; catando quien es aquel que hizo la fuerza, é la muger que forzó, é el tiempo é el lugar en que lo hizo".

⁵⁶ PACHECO y GUTIÉRREZ CALDERÓN (1849:427).

⁵⁷ GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA "Si la Europa culta reconoce casi unánime la necesidad de castigar con distinta pena el delito de violación, ¿quién será bastante soberbio para afirmar que todos, menos nosotros, padecen error en tan importante materia?" (1893:100-101).

⁵⁸ RODRÍGUEZ DEVESA (1983:164-165).

honestidad en la mujer para poder ser sujeto idóneo de una violación. GIMBERNAT ORDEIG⁵⁹ se suma a la opinión dominante, por una razón bien distinta a los anteriores, apuntando que pese a encontrarse este delito acogido bajo la rúbrica de delitos contra la honestidad, no es la honestidad el bien jurídico protegido, sino que son bienes muy diversos atacados mediante acciones deshonestas, constituyendo en este caso el bien jurídico protegido la libertad sexual de la mujer, y resultando por tanto indiferente la honestidad de la víctima. Por el contrario, y manteniendo opinión minoritaria, JIMÉNEZ DE ASÚA⁶⁰ defiende que precisamente por no estar recogida de manera expresa la violación de prostituta, no cabría castigarse por la comisión de ese delito, sino meramente como coacción, precisamente por encontrarse encuadrado bajo el epígrafe: Delitos contra la honestidad. De ahí la importancia de la rúbrica puesto que define cual es el bien jurídico a proteger penalmente.

De este modo, y en aplicación del derecho positivo, solían los tribunales apreciar la perfección del tipo delictivo de ejercer la prostitución el sujeto pasivo, si bien, siguiendo a ASÚA BATARRITA⁶¹, hasta bien entrados los años 80 son escasas las sentencias que podemos encontrar. La mayor parte de los casos denunciados dan cuenta de extrema brutalidad en la violencia con la que se lleva a cabo la acción, pudiendo llegar a concurrir con el delito de asesinato. Es de suponer que conductas que provocaban lesiones de menor entidad, simplemente no se ponían en conocimiento de la justicia.

Menos controvertida resulta doctrinalmente la posibilidad de violar a la propia esposa. Pese a que la ley no excluye de la conducta típica de violación, aquel acto de yacimiento violento que imponga el marido sobre la que es su esposa, los juristas coinciden de manera unánime en descartar, que pueda apreciarse antijuridicidad de la acción, basándose en el criterio “débito conyugal”, citando a GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA⁶² por todos, puesto que:

“(...) la mujer casada cuenta entre sus deberes, como primero, el de no negarse a la realización de los fines del matrimonio, y entre todos ellos no hay ninguno más culminante que el de la procreación. Ningún derecho es en ella atropellado por el marido, obligándola contra su voluntad, a realizar con él un acto que no tiene ella ningún derecho para no prestarse a ejecutarlo”.

Y, por tanto, nada de deshonesto se percibe que haya en la unión sexual dentro del matrimonio. Debemos recordar que la moral de la sociedad y las leyes del momento conciben el matrimonio canónico, forma de unión obligatoria para aquellos que profesasen la fe católica como sacramento, una unión sagrada entre cuyos fines se halla la generación de la prole, según las definiciones tridentinas, hoy vigentes en los cánones 1056 y 1055.1 del Código Canónico, semejantes en lo esencial a las de la época. No puede por tanto negarse la esposa, no cabe oposición posible a cumplir un “deber sagrado”, ni como correlato acusarse de violación al marido que obliga, aún con violencia, a cumplir a la mujer a la que está unido en santo matrimonio con los deberes del mismo, “débito conyugal” que, para mayor abundamiento, imponía a la mujer el Código civil, junto con la obediencia a su esposo a cambio de protección. Otra cuestión es cuando la esposa no esté obligada a yacer con su marido. En este caso, sí encontramos discusión doctrinal. La opinión mayoritaria, y cita GIMBERNAT ORDEIG a CUELLO CALÓN⁶³ por todos, es que en

⁵⁹ GIMBERNAT ORDEIG (1969:507).

⁶⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA (1945:103).

⁶¹ ASÚA BATARRITA (1998:13).

⁶² GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA (1893:85).

⁶³ GIMBERNAT ORDEIG (1969:508).

este caso desaparecería la eximente, tornando la acción en antijurídica, en aquellos casos en los que la mujer viera comprometida su salud o la de sus hijos o pretendiese el varón mantener relaciones sexuales contrarias al pudor, por ejemplo en un lugar público; igualmente podría negarse la esposa a mantener relaciones sexuales “contra natura”, que, de producirse de forma violenta, darían lugar a un delito de abuso deshonesto. Disiente el propio GIMBERNAT⁶⁴ de la línea mayoritaria expuesta, al considerar que no puede producirse un atentado contra la honestidad dentro del matrimonio (“el yacimiento matrimonial nunca puede ser deshonesto”) y que deberán calificarse estas acciones de otra manera, por ejemplo, de comprometerse la salud de la mujer por contagio de enfermedad o por la debilidad de la misma, como lesiones, y la obligación de mantener relaciones sexuales en público, como escándalo público.

II.2.5. Violación: lucha de voluntades, resistencia suficiente.

¿Es posible la fuerza? ¿Es posible obtener con ella lo que no quiera otorgarse por una mujer? Ciertamente, los casos no serán tan comunes como se pretenda; pero la ley los reconoce, y puede ocurrir de seguro.

PACHECO y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J.F. (1849)

El delito de violación en el Derecho antiguo español, se sanciona con extrema dureza; uno tras otro, los diferentes códigos penales equiparan prácticamente la pena de violación a la de homicidio. No obstante, es un delito que históricamente se ha movido entre dos aguas, ambivalente en palabras de CUGAT,⁶⁵ que pudiéramos considerar antagónicas: por un lado, la dureza de los castigos impuestos por la ley, reflejo del grave reproche moral de la conducta y del afán por proteger la honra entendida como bien jurídico supra personal; y de otro lado, su interpretación doctrinal y aplicación jurisprudencial, como se verá a continuación.

Se distingue entre dos tipos de violación, sirva de ejemplo la clasificación dada por RODRÍGUEZ DEVESA⁶⁶: violación real o genuina y violación impropia o presunta. A efectos de definir la primera que, como hemos visto ex ante, engloba el yacimiento de varón con mujer, mediando fuerza (*vis physica*) o intimidación (*vis moralis*), recurre el autor a la clásica enseñada por CARRARA de las “dos voluntades en guerra”, y a su lógico correlato, puesto que, para que dos esfuerzos se enfrenten: a la decisión del sujeto activo, debe oponerse forzosamente la determinación de la sujeto pasivo, introduciéndose la resistencia de la mujer como elemento jurisprudencial del tipo, resistencia frente a la fuerza que, como señala CUGAT MAURI⁶⁷, con el transcurso del tiempo muta de absoluta e irresistible a suficiente para vencer la resistencia opuesta, si bien se exige que esta última sea “tenaz”, “prolongada”, “constante”, “verdadera”, entre otros similares adjetivos (sirva de ejemplo la STS 3621/1972 de 14 de noviembre). En este sentido, ya en 1849 consideraba PACHECO y GUTIÉRREZ CALDERÓN⁶⁸ que no era exigible una defensa heroica y desesperada por parte de la víctima. No obstante, señala CUGAT MAURI⁶⁹ en su ensayo, bien entrada la década de los años 70 del pasado siglo, el vago criterio marcado por la jurisprudencia del momento, no hace otra cosa que

⁶⁴ GIMBERNAT ORDEIG, (1969:86-87).

⁶⁵ CUGAT MAURI (1993). Enfoque que da lugar al título de su ensayo jurídico “La ambivalencia de la protección de la libertad sexual (...”).

⁶⁶ RODRÍGUEZ DEVESA (1983:165-168).

⁶⁷ CUGAT MAURI (1993:77-78).

⁶⁸ PACHECO y GUTIÉRREZ CALDERÓN (1849:426).

⁶⁹ CUGAT MAURI (1993:78).

dilatar los espacios de arbitrariedad de los tribunales y termina volviendo al lugar de partida, puesto que una resistencia insuficiente para vencer la fuerza, pudiera calificarse de poco seria y una fuerza ineficaz para vencer la resistencia planteada, de vencible, pudiendo dar lugar a su destipificación.

Aun así, la resistencia no es bastante para la jurisprudencia y la doctrina, que darán nutrida cuenta de supuestos de “resistencia formularia”, como señala DE LA ROSA CORTINA⁷⁰ citando a GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA “Cuando los labios dicen que no, pero no es toda la posible la resistencia que la mujer opone con su cuerpo, hay lugar a sospechar que, más que a salvar su honor, a salvar las apariencias de su honor es a lo que aspira”. Es la llamada “*vis grata puellis*”, aquella situación tácitamente consentida e incluso deseada “siendo esto lo normal en toda entrega en que la mujer generalmente deja hacer, o consiente tácitamente, y hasta con oposición aparente”⁷¹.

Finalmente, y aunque ya PACHECO y GUTIÉRREZ CALDERÓN⁷² resalta que es el consentimiento la base corriente de las relaciones sexuales entre hombres y mujeres y no la fuerza, paradójicamente en la segunda clase de violación, la llamada violación impropia, la falta de capacidad de la víctima, bien por su corta edad o por hallarse privada de razón o sentido, se presume para resistir, no para consentir. Se sobrentiende que una mujer en su sano juicio no accede. Ejemplo del pensamiento de la época, puede constituir en pleno año 1983, el comentario de RODRÍGUEZ DEVESA⁷³ que, en el apartado referente al delito de violación, señala la necesidad de atender a las diferentes situaciones en las que puede haberse producido el asalto, tildando de “brutal” el que se comete sobre mujer indefensa y pasando al otro extremo de la mujer que provoca a su superior en el trabajo para después resistir y poder acusar por venganza o la “inconsciente provocación de la mujer que transita en horas inadecuadas por un lugar solitario”, siguiendo a ACALE SÁNCHEZ⁷⁴, frente la sexualidad del varón considerada por la jurisprudencia de carácter instintivo e impulsivo “normal en el hombre” dando lugar al mito del hombre torpe y que en ocasiones actuará como atenuante, se culpabiliza a la sujeto pasivo de entender que con su conducta provoca, desplazando parte de la atención del victimario a la víctima, de manera que la calificación jurídico penal del agresor parece depender de la previa calificación moral de la agredida, que paradójicamente se examina de manera más exhaustiva que la del acusado.

III. REGULACIÓN MODERNA (1978-2018): AUTODETERMINACIÓN.

III.1. Evolución normativa de los delitos contra la libertad sexual.

A partir de 1978, al albur del espíritu constitucional democrático, se producen una serie de reformas en el Código penal; las primeras de ellas provenientes de los Pactos de la Moncloa: despenalización del adulterio y amancebamiento⁷⁵, las correspondientes a los anticonceptivos⁷⁶, así como la modificación del rapto y el

⁷⁰ DE LA ROSA CORTINA (2013:13).

⁷¹ STS 2234/1973, de 2 de julio.

⁷² PACHECO y GUTIÉRREZ CALDERÓN (1849:426).

⁷³ RODRÍGUEZ DEVESA (1983:166).

⁷⁴ CUGAT MAURI (1993:79).

⁷⁵ Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y el amancebamiento.

⁷⁶ Ley 45/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los artículos 416 y 543 bis del Código penal.

estupro ampliando la condición de posible sujeto pasivo a las personas de ambos sexos y de la disposición general del artículo 443⁷⁷.

La promulgación de la Constitución española en base a los derechos fundamentales, la igualdad y la libertad, enunciados como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, traslada al Código penal los valores modernos donde se prima la libertad sexual como derecho individual de la persona, y por tanto se va perfilando como bien jurídico a proteger por las leyes penales, el derecho a la autodeterminación de la persona en este ámbito. El Proyecto de Ley Orgánica de 1980 introduce la rúbrica “delitos contra la libertad sexual”, por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal. Entre otras cuestiones se suprimen las alusiones a la autoridad del marido y, en caso de delito de violación, el perdón de la ofendida dejará de extinguir la acción penal. La Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código penal, despenaliza el aborto de manera parcial en los siguientes tres supuestos: aborto terapéutico, ético y eugenésico⁷⁸. Por Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio⁷⁹, se suprimen los delitos de escándalo público y contra las buenas costumbres sustituyéndolos por los delitos de provocación sexual y exhibicionismo.

Con respecto al bien jurídico protegido, no es un período unívoco como el anterior, sino que conviven las referencias a la “honestidad” con las referencias a la “libertad sexual”; además de modo general como señala CUGAT MAURI⁸⁰, se puede apreciar una tendencia creciente a invocar las referencias a la libertad sexual en lugar de aludir a la honestidad.

La Ley Orgánica 5/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, finalmente acaba con la rúbrica “delitos contra la honestidad” que, a partir de este momento, pasarán a denominarse “delitos contra la libertad sexual”, siendo éste el bien jurídico protegido⁸¹. En el delito de violación adquieren la condición de posibles sujetos pasivos ambos sexos, los abusos deshonestos se denominan agresiones sexuales, y al clásico elemento objetivo de la conducta típica del delito de violación “acceso carnal vaginal” se añade el coito bucal y anal.

El Código penal de 1995⁸², en su Exposición de Motivos, señala como uno de los objetivos progresar hacia la consecución de la igualdad efectiva y real, eliminando y removiendo obstáculos o mediante la inclusión de preceptos de tutela, situación que se evidencia a lo largo de la parte general y especial. En materia de delitos sexuales, siguiendo a DE LA ROSA CORTINA⁸³, afianza la nueva articulación

⁷⁷ Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto.

⁷⁸ “Artículo 417 bis (...) No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección (...) y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1. (...) grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada (...) 2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429 (...) 3. Que se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas (...).”

⁷⁹ Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, Sobre modificación de los artículos 431 y 432 y derogación de los artículos 239, 566.5º, 567.1º y 3.º y 577.1º del Código penal.

⁸⁰ CUGAT MAURI (1993:80).

⁸¹ Preámbulo (...) “La necesidad de una reforma de los llamados delitos “contra la honestidad” del Código Penal es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad. Una primera modificación se impone: Respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión “honestidad” por “libertad sexual”, ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado”. “Artículo decimoséptimo: Las rúbricas del Título IX del Libro II del Código Penal y del Capítulo Primero de dicho Título, serán respectivamente: “De los delitos contra la libertad sexual” y “de la violación y de las agresiones sexuales”.

⁸² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁸³ DE LA ROSA CORTINA (2013:5).

del Derecho penal sexual sobre los cimientos de la autodeterminación, la libertad sexual como bien jurídico protegido. Resulta interesante en este aspecto reproducir parte de la Exposición de Motivos, en la que se expresa que es pretensión de la nueva regulación:

“(...) adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la 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”.

Los delitos contra la libertad sexual, se ubican en el Libro II, Título VIII del Código Penal, en los artículos del 178 al 194. Se establece una diferenciación entre las agresiones sexuales (Capítulo I: arts. 178-180), definidas como aquellas conductas en las que media violencia o intimidación, y los abusos sexuales, calificando como tales aquellos en los que la víctima es menor de 12 años, se abuse de su trastorno mental o se halla privada de sentido o se obtenga el consentimiento prevaleciéndose el autor de una situación de superioridad evidente (Capítulo II: arts. 181-183) en los cuales no interviene violencia ni intimidación, en ambos casos la ausencia de consentimiento es elemento esencial y el ánimo lúbrico parte subjetiva del tipo delictivo. Se añade la penetración rectal y oral e introducción vaginal de objetos (arts. 179 y 182), conservando la acepción acceso carnal como sinónimo de entrada de miembro viril en vagina femenina que actúan como tipos agravados de agresiones y abusos sexuales. Desaparece el término “violación”. Se añaden las agravantes del artículo 180: cuando la agresión sexual se perpetre en grupo, considerando como tal la concurrencia de tres o más personas, la víctima sea especialmente vulnerable o se prevalga el autor de su relación de parentesco con el sujeto pasivo. Se añade en el Capítulo III, el delito de acoso sexual (art. 184) del que será reo quien, en relación de superioridad docente, laboral o análoga, se prevalga de ella, para requerir favores sexuales, anunciando de no acceder al sujeto pasivo, la causación de un mal. Se despenaliza el rapto.

La supresión del término violación no estuvo exenta de polémica. En el art. 174 del Proyecto de Ley⁸⁴ remitido al Pleno del Congreso para la presentación de enmiendas no figuraba el vocablo, siendo sustituido por “agresión sexual con penetración”, iniciativa que fue criticada en su día por el Grupo Parlamentario del Partido Popular⁸⁵ y por Izquierda Unida⁸⁶ que presentó una enmienda *“in voce”* que prosperaría, añadiendo al artículo 179, del texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado⁸⁷, el *nomen iuris* violación. Finalmente el Senado volvió a excluirlo y desapareció por el momento del Código Penal.

Por LO 11/1999⁸⁸ se realiza una importante reforma sobre todo en materia de protección de menores, que siguiendo a GIMBERNAT ORDEIG⁸⁹ viene a rellenar

⁸⁴ Proyecto de Ley 121/000063, de 26 de septiembre de 1994, Acuerdo de la Mesa de la Cámara.

⁸⁵ Diario de Sesiones del Congreso, número 510, de 2 de junio de 1995. BARRIOS CURBELO apuesta por mantener el *“nomen iuris”* en el delito de violación, además se opone a la rebaja de la penalización cuando la víctima es menor de 12 años o está privada de razón o sentido saliendo de “la rama de la violación y cayendo en la del estupro”.

⁸⁶ Diario de Sesiones del Congreso, número 506, de 1 de junio de 1995. LÓPEZ GARRIDO argumentaba que es “necesario no alejarse del conocimiento popular terminológico de lo que son los delitos” y propone que vuelva a introducirse el término “violación”.

⁸⁷ Proyecto de ley 621/000087, de 20 de julio de 1995, Texto remitido por el Congreso de los Diputados.

⁸⁸ Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

⁸⁹ GIMBERNAT ORDEIG (2017:61-64).

lagunas y supone un avance con respecto al CP-1995, de su libertad sexual e integridad, que, aunque no es objeto de estudio de este trabajo, conviene hacer alusión habida cuenta su relevancia: se amplían las conductas típicas de pornografía infantil, reintroduce la corrupción de menores y eleva la edad de consentimiento sexual a los trece años. La rúbrica del Título VIII, del Libro II desde este momento pasará a añadir la indemnidad sexual a la libertad, se modifica en los arts. 179 y 182 el tipo de agresión y abuso sexual, estableciendo la misma penalidad para el “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías”, se recupera el *nomen iuris* violación y se desarrolla el delito de acoso sexual (art. 184) con la configuración que tendrá hasta hoy.

La **LO 15/2003**⁹⁰ supone una importante modificación en cuanto a las denominadas penas de comunicación y alejamiento (art. 57), reintroducción de algunas modalidades de proxenetismo y adaptación con la Corte Penal Internacional (art. 607 bis.5) incluye forzar el embarazo de una mujer con ánimo de cambiar la correlación étnica, como delito de lesa humanidad.

La **LO 1/2004**⁹¹, en adelante **LOPIVG o VioGen** introdujo una modificación muy relevante en cuanto la inclusión del concepto violencia de género frente a violencia doméstica. Agrava los delitos de amenazas, coacciones, lesiones y maltrato, pero pese a definirse como actos violentos en el art. 1 de la citada ley, no los delitos contra la libertad sexual. Se circscribe al ámbito doméstico⁹².

La Exposición de Motivos de la **LO 5/2010**⁹³, anticipa que va a ser una reforma que aumentará las penas de los delitos sexuales y la protección de los más desvalidos, entre ellos los niños y niñas⁹⁴. Entre las medidas que pueden afectar a las mujeres adultas, excluyendo los delitos relacionados con la prostitución, se encuentra la libertad vigilada para los delitos sexuales (art. 192.1.) que se deriva del pronóstico de la peligrosidad del sujeto conforme al acto cometido; se agravan las penas de las agresiones sexuales “sin acceso o penetración” de los arts. 178 y 180, el los abusos sexuales del artículo 181.2, y se añade una nueva modalidad para aquellos que se cometan “anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.

Finalmente, la vigente y última reforma del Código Penal y vigente por el momento, por la **LO 1/2015**⁹⁵ se añade en la circunstancia agravante de comisión de delito del artículo 22.4 la discriminación por motivo de sexo, se eleva la edad de consentimiento sexual de los 13 a los 16 años y el artículo 140.2. castiga con la pena de prisión permanente revisable el asesinato que se hubiese cometido seguidamente a un delito contra la libertad sexual.

⁹⁰ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁹¹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

⁹² “Artículo 1. Objeto de la Ley.

1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

⁹³ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica de 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

⁹⁴ Entre otros motivos por la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

⁹⁵ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

Por la **Ley 4/2015**, de 27 de abril, se aprueba el **Estatuto de la Víctima del delito**.

III.2. La libertad e indemnidad sexual como bien jurídico protegido.

Frente a la concepción “antigua” en la que en los delitos de carácter sexual el bien a proteger por el Derecho penal era la honestidad, un valor profundamente anclado en la moral colectiva y de carácter desigualitario, pues como se ha visto protegía por encima de todo a la moral pública, la familia como pilar de una sociedad muy impregnada de los valores del catolicismo y a una concreta forma de distribución asimétrica de roles por razón de género, la nueva Constitución y por ende su versión en negativo, el Código penal, basados en la no discriminación por razón de sexo y en la libertad, frente a los delitos sexuales citando a GOENAGA OLAIZOLA⁹⁶ tutela la libertad personal, la autodeterminación sexual actual o potencial, siguiendo a LAMARCA PÉREZ⁹⁷ podrían haberse ubicado bajo el epígrafe “Delitos contra la libertad”, siendo el bien jurídico protegido la libertad que afecta a la sexualidad, es decir, el derecho de toda persona para convenir libremente realizar o no, prácticas de naturaleza sexual, siendo estos actos perfectamente lícitos salvo que no exista consentimiento o este se halle viciado, tal y como señala DÍEZ RIPOLLÉS⁹⁸ y, por tanto, sanciona conductas que obstaculicen la libre opción sexual.

Se busca con este cambio de perspectiva una equivalente laicización del Código penal en materia de delitos sexuales, en consonancia con los valores de la Constitución de 1978, y una renuncia de la noción de moral sexual dominante, reverberada en las conductas típicas, como antítesis de los intereses matrimoniales en sentido estricto o de las expectativas de contraerlo, o familiares tutelados por los tipos.

Asumiendo que la libertad sexual es el bien jurídico a proteger en primer lugar, pero también según SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO⁹⁹ en sí la propia libertad, la salud y la dignidad del sujeto pasivo, su correlato lógico siguiendo a DE LA ROSA CORTINA¹⁰⁰ en el momento de normalizar las conductas punibles debía ser, en primer lugar, despenalizar aquellas conductas carentes de contenido injusto y, en segundo lugar, centrar las miras con respecto a la voluntad de la víctima, en los medios empleado para vencerla.

La indemnidad sexual surge de la evidencia de que el bien jurídico protegido, libertad sexual, no recoge correctamente las situaciones en las que no puede prestarse consentimiento válido, como sería el caso de las personas con incapacidad (probada la concreta incapacidad) o menores, entendiendo esta indemnidad como salvaguarda de prohibición a realizar actos sexuales con ellos, por entender que pudiera afectar a su desarrollo psíquico produciendo alteraciones, así como al equilibrio de la personalidad y supeditar en un futuro su comportamiento sexual, aunque como señalan SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO¹⁰¹, sea complicado de glosar, puesto que se extiende a otras situaciones en las cuales resulta incierta la libertad sexual como bien jurídico protegido, tales como los

⁹⁶ GOENAGA OLAIZOLA (1997:96).

⁹⁷ LAMARCA PÉREZ (2015:186).

⁹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS (2000:69).

⁹⁹ SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO (2015:142).

¹⁰⁰ DE LA ROSA CORTINA (2013:16-17).

¹⁰¹ SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO (2015:141).

relativos al exhibicionismo, la corrupción de menores, la pornografía y prostitución de los mismos.

III.3. Las agresiones y los abusos sexuales.

Prescindiendo por las razones ya expuestas de entrar al estudio de los delitos de prostitución y aquellos de carácter sexual perpetrados sobre personas de menor edad, podemos agrupar los delitos contra la libertad sexual en los tres apartados que dan lugar a los Capítulos primero, segundo y tercero del Título VIII, del Libro II del CP vigente. Denominados los dos primeros agresiones sexuales y abusos sexuales, respectivamente y diferenciándose, por el medio comisivo empleado para vencer la resistencia de la víctima. Siendo elemento objetivo del tipo delictivo agresión sexual, transgredir la libertad sexual de otra persona utilizando violencia o intimidación, y lo que caracteriza a los abusos sexuales es precisamente la ausencia de estas, sobre estos dos grupos delictivos incidirá lo que resta de trabajo, al objeto de realizar un análisis más exhaustivo respecto del clásico delito de violación, hoy convertido en dos delitos autónomos.

El tipo básico de agresión sexual se recoge en el artículo 178, definiendo como conducta punible aquella consistente en atentar con violencia o intimidación contra la libertad sexual de otra persona, es decir llevar a cabo actos de contenido sexual (lúbricos) que generalmente estriban en acciones que implican contacto físico entre los sujetos, aunque siguiendo a LAMARCA PÉREZ¹⁰² no necesariamente, habida cuenta que pueden consistir en obligar a la víctima a realizarlos con terceros o sobre sí misma, concurriendo ausencia o irrelevancia de consentimiento prestado por la víctima (excluyente de la conducta típica).

El tipo agravado previsto en el art. 179, merecedor en exclusiva del *nomen iuris* violación consiste en la perfección del delito de agresión sexual con acceso carnal (se reserva para designar únicamente la penetración con pene) por cavidad vaginal, anal u oral, así como la introducción de objetos o miembros corporales en las dos primeras.

Por otra parte, exige la concurrencia de un elemento subjetivo, el *animus libidinoso*, ánimo que inicialmente se presume según SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAILLO¹⁰³ bastando que el victimario conozca que realiza sin consentimiento de la víctima un acto sexual.

El artículo 180.1 contempla circunstancias que, de concurrir, agravan el reproche penal de la conducta típica: cuando se comentan conjuntamente por dos o más personas, cuando sea la víctima especialmente vulnerable o se haya prevalido el autor de una relación de parentesco o superioridad o realizado usando armas o medios especialmente peligrosos o finalmente revistan un carácter particularmente degradante o peligroso. Al respecto el Tribunal Supremo, sirva de ejemplo la STS 33/2001, de 17 de enero de “un grado de brutalidad, humillación o vejación al que de por sí existe en toda violación ejecutada con fuerza o intimidación”.

El consentimiento no será válido y, por tanto, no excluyente de la tipicidad de la acción de haberse prestado por menor de dieciséis años, persona discapacitada necesitada de especial protección o de haberse otorgado mediando violencia o intimidación.

El tipo básico de abuso sexual que figura en el art. 181.1. del vigente CP, como delito contra la libertad sexual, lleva implícito la realización de actos de

¹⁰² LAMARCA PÉREZ (2015:187).

¹⁰³ SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO (2015:142).

carácter sexual que, sin mediar consentimiento, ataque la libertad de otra persona en este ámbito. Se exige ánimo libidinoso y, a diferencia de la agresión sexual, se caracterizan porque se llevan a cabo sin violencia ni intimidación. Con mayores de edad, existen además dos modalidades, a saber: abusos sexuales prevaliéndose de superioridad, en la que se abundará más adelante, y abusos sexuales ejecutados sobre personas con trastorno mental, o sobre personas privadas de sentido, es decir inconscientes, situaciones éstas conocidas por el sujeto activo y, abusos sexuales en los que el autor se sirviera de drogas, fármacos o cualquier otra sustancia idónea para anular la voluntad de la víctima.

El artículo 182.2. prevé un tipo agravado, cuando los actos consten en introducción de objetos o miembros del cuerpo por la boca o el ano o acceso carnal por estas dos vías o por la vaginal.

III.4. Irrelevancia de la honestidad, estado civil y sexo.

En cuanto a los sujetos, puede ser activo y pasivo, tanto el varón como la mujer, el Código penal no establece distinción, realizando la conducta típica agravada igualmente quien penetra que quien se hace penetrar¹⁰⁴. En este sentido la STS 1295/2006, de 13 de diciembre, con respecto a la práctica de una felación realizada por tres varones y una mujer a un joven contra su voluntad, al que previamente habían inmovilizado, desestima la pretensión de los recurrentes antes condenados por agresión sexual, en la que formulaban la idea de que la violación consiste en acceder carnalmente. El TS resuelve diciendo que hay acceso carnal siempre que exista introducción de pene en las cavidades reseñadas en el tipo, indistintamente de quien sea el sujeto activo y el pasivo: penetrador o penetrado, mujer u hombre.

Resulta irrelevante la relación conyugal o análoga entre los sujetos, así siguiendo a RODRÍGUEZ RAMOS¹⁰⁵, lo que caracteriza la perfección de conducta típica es el uso de intimidación o violencia para atentar contra la libertad sexual, resultando independiente “de las circunstancias personales o sociales de la víctima”. No merece la pena abundar en exponer la cuestión totalmente pacífica que a día de hoy constituye la posibilidad de considerar a la esposa o vinculada por similar relación de afectividad, posible víctima de agresión sexual por parte de su esposo o compañero y por tanto la consideración de conducta antijurídica la de forzar a mantener relaciones sexuales dentro de la pareja. Por el contrario, resulta conveniente profundizar en dos cuestiones, en primer lugar, señala el antes citado comentarista que en caso de violación nunca ha superado el TS la pena mínima prevista para ese delito y en ocasiones incluso apreciado el error de prohibición. No así en STS 1399/2009. El Alto Tribunal no aprecia error de prohibición en el caso recurrido, en el que según los hechos probados “Belarmino”, tras realizar de manera idónea la conducta típica de violación en la persona de su cónyuge, se ampara para conseguir su pretensión de exclusión de la pena en su reciente estancia en España,

¹⁰⁴ Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990 de 1 de octubre sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, la Circular declara que “cuando quien imponga el acceso carnal... sea una mujer, también estará ésta ejecutando la acción típica. Hay que romper con el estereotipo tradicional de que la mujer es la protagonista inactiva de la relación sexual, en la que toda iniciativa corresponde al varón, manteniendo también en esto la igualdad de sexos”. Se confirma esta interpretación por el acuerdo de la Sala General del TS de 25 de mayo de 2005 “es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder) y las SSTS 909/2005, de 8 de julio, 476/2006, de 2 de mayo y 1295/2006, de 13 de diciembre, entre otras.

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ RAMOS (2009:610).

así como en el hecho de que no tener en consideración la voluntad de su mujer es lo normal y habitual en la tribu de Mauritania de la que procede, en la que se considera a la esposa poco más que una propiedad del marido, el fallo es contundente al expresar que podrá reivindicarse en aquellos delitos pertenecientes a un determinado ordenamiento jurídico (concreta sociedad y momento de la historia), pero no para atentar contra el derecho a la libertad sexual, derecho esencial del ser humano. No parece, por tanto, sensato pensar que a estas alturas pueda alegarse y prosperar en materia de delitos sexuales conyugales, error de prohibición. La segunda de las cuestiones controvertidas, surgirá de la lectura de esta misma sentencia, con respecto a la casación de la de instancia, que apreció delito agravado de agresión sexual por la concurrencia de circunstancia modificativa mixta de parentesco ex art. 23 CP, por entender que el hecho de ser cónyuge de la víctima de agresión sexual no debe actuar como agravante, puesto que estima de menor desvalor que el cometido por desconocido, y que merece la pena reproducir:

“(...) hay que tener en cuenta que nunca el desvalor de esa acción, agresión sexual cometida por el propio esposo de la víctima, por grave que obviamente resulta y así viene ya sancionada con una elevada pena, puede considerarse superior al que, por ejemplo, concurriría en la misma acción llevada a cabo por una persona completamente ajena a la víctima, a la que ésta no conociera o con la que, aun conociéndola, no han existido relaciones sexuales consentidas previas”.

Sorprende la falta de empatía. Como se ha expresado anteriormente al hilo de la aprobación de la LOPIVG, no se agravan los delitos sexuales violentos cometido en el ámbito doméstico a diferencia otros tipos delictivos: amenazas, coacciones, lesiones y maltrato, carencia criticable y achacable al legislador. No obstante hubiera podido el juzgador apreciar convalidando la sentencia de instancia la agravante de parentesco, no se comprende cómo llega a la conclusión generalista de que es peor para la víctima que el agresor sea un desconocido, que el hecho de que lo sea el propio esposo (o análogo), persona con la que se mantiene el vínculo más estrecho de convivencia y colaboración que probablemente puede establecer una persona, basado en la confianza, además de redundar en patrones pasados al apreciar que no se ataca de igual manera a la libertad sexual, cuando previamente se hayan mantenido relaciones sexuales consentidas. Por fortuna el TS se ha pronunciado en innumerables ocasiones en sentido contrario, sirva de muestra la STS 146/2015, de 23 de febrero, en la que se reitera que los argumentos de agravar residen en los pensamientos ulteriores, diferentes a la estima propia entre familiares y que justifican su efecto: a) mayor severidad o valor de la disposición normativa que proscribe todo maltrato e impone obligaciones de guarda y protección, b) aprovechar la mayor facilidad que da la relación para perpetrar el delito, c) transgrede esta acción el principio de confianza característico entre parientes.

Resulta irrelevante la conducta moral y sexual del sujeto pasivo. Así respecto a quienes ejercen la prostitución como posibles víctimas, una vez asentado por el Derecho positivo la libertad sexual como bien jurídico protegido principalmente personal y no la honestidad, la expansión del amparo penal es indiscutible. En este sentido, por todas las STS de 4971/1986, de 26 de septiembre, en la que se estipula que para apreciar el delito de agresión sexual no es obstáculo el que previamente la mujer siguiera al hombre de manera voluntaria, incluso se pactase un precio, si a posteriori el autor se niega a entregar la cantidad y mantiene relaciones sexuales con la prostituta mediando intimidación; la STS 2160/1994, de 14 de diciembre falla que el sujeto activo, no puede tratar a quien ejerce la prostitución como un objeto, habida cuenta que el acuerdo para mantener relaciones sexuales no la priva de su condición de persona y, por tanto, de su derecho a la libertad sexual, a establecer

límites a lo pretendido por el cliente u oponerse a ello; la STS 1667/2002 de 16 de octubre, falla frente a la pretensión del recurrente de no apreciarse agresión sexual, sino desplazamiento patrimonial, ante un caso en el que los clientes se negaron a pagar el total del precio acordado y, al manifestar las dos prostitutas con las que se había concertado el acuerdo de prestación de servicios sexuales que se marchaban, una de ellas fue golpeada con brutalidad, usando posteriormente un cuchillo de cocina para obtener los victimarios el fin pretendido, se estima la concurrencia de agresión sexual por entender que independientemente de la forma en que la víctima coexista con su propensión al placer carnal preserva la autonomía de su voluntad para disponer en libertad de la sexualidad que le es inherente y de su cuerpo.

III.5. Algunas decisiones polémicas.

Pese a que la jurisprudencia de forma mayoritaria se deshace en acertadas manifestaciones en aras a la libertad sexual, incluso cuando medie acuerdo previo y pago, por desgracia cada cierto tiempo se pueden encontrar fallos dictados con un enorme sesgo sexista y que traen a recuerdo la censura tradicional a la mujer “deshonesta”¹⁰⁶: sentencias que cuestionan a la víctima, su testimonio o inician un juicio paralelo sobre su vida anterior o posterior a la agresión, fallos que desvían el foco de atención del victimario a la víctima, escudriñando en su conducta previa a la agresión y en el momento de sufrirla, a la resistencia ejercida o no ejercida, en su manera de vivir la sexualidad (más o menos recatada o promiscua), con respecto a su virginidad o dilatada experiencia sexual previa, en su forma de vestir, en si previamente consintió, o si consintió parcialmente unos actos para posteriormente negarse a continuar o negó otros, a por qué lugares transitaba y a qué hora. En este sentido interesa traer a colación varios ejemplos de actuaciones judiciales, que terminan por acusar a la víctima de haber consentido la agresión o haberla provocado:

La STS de 3 de septiembre de 1979, RJ 1979/4534, recién inaugurada la democracia, la cual determina que, aunque no siempre que una mujer se emborracha con un hombre dicha embriaguez ha de considerarse como prueba de su consentimiento, el hecho de hacerlo en compañía de un varón, implica aceptar de algún modo las consecuencias de sus actos.

La sentencia de la “minifalda”, dictada en febrero de 1989 por la Audiencia de Lérida. En dicha sentencia se condenaba al empresario como autor de un delito de abuso sexual, perpetrado contra la trabajadora de 17 años a la que realizó tocamientos sobre la ropa y a la que conminó a mantener relaciones sexuales a cambio de obtener una renovación de su contrato de trabajo. En el fallo se aducía que la joven “pudo provocar, si acaso inocentemente, al empresario por su vestimenta”¹⁰⁷.

Mucho más recientemente, el 26 de febrero de 2016, María del Carmen Molina Mansilla, la Magistrada del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer, número 1 de Vitoria, inquirió en un juicio sobre agresión sexual a la mujer denunciante en los siguientes términos: “¿opuso resistencia a las agresiones?, ¿le forzó?, ¿cerró bien

¹⁰⁶ Cita FERNÁNDEZ GARCÍA (2008:57) al Dr. CÉSPEDES el cual alerta “de las diferencias entre las prostitutas y el resto de las mujeres deshonestas, esto es lujuriosas y livianas y, por ende, también peligrosas para la moral, la sociedad y la salud públicas”.

¹⁰⁷ Publicado en la página web del periódico “El País” (disponible en el enlace <https://elpais.com>, publicado el 24 de mayo de 1990; fecha de la última consulta: 11-01-2019) y en el periódico “ABC” (disponible en el enlace <http://hemeroteca.abc.es>, publicado el 3 de marzo de 1989; fecha de la última consulta: 11-01-2019).

las piernas, cerró toda la parte de los órganos femeninos?¹⁰⁸, este interrogatorio suscitó enorme indignación en el movimiento feminista, la Asociación Clara Campoamor presentó una queja ante el Consejo General del Poder Judicial a la que se sumó “Abogacía Española”.

La Sentencia 38/2018, de 20 de marzo, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra (de La Manada), ha vuelto a reavivar la polémica. De los hechos probados de la Sentencia de instancia se desprenden los siguientes sucesos: en la madrugada del 7 de julio, en plenas fiestas de San Fermín, la denunciante, de 18 años de edad, entabló conversación (Miguel Ángel Prenda) a la que posteriormente se sumaron a éste los otros cuatro varones que a la postre terminarían siendo los acusados, todos ellos sujetos activos y pasiva con una buena cantidad de alcohol ingerido. Caminaron juntos durante un trecho y agarrando dos de ellos por las muñecas a la víctima, entraron en un portal “quién de esta guisa entró en el recinto de modo súbito y repentino, sin violencia”, donde se introdujeron todos en un cubículo de la caja de escaleras. Una vez allí, los cinco varones rodearon, desnudaron y se alternaron en penetrar a la mujer (al menos en tres ocasiones vaginalmente, cinco orales y una anal). Alfonso Jesús Cabezuelo y Antonio Manuel Guerrero grabaron uno y seis videos de 39 segundos y de duración total de 59 segundos, respectivamente, tomando este último dos fotos y apoderándose al salir del teléfono móvil de la denunciante. Cabe destacar que uno de los denunciados ejercía en el momento como militar en activo y otro de ellos como guardia civil. Merece la pena reproducir algunos extractos de los hechos probados de la meritada sentencia:

“Al encontrarse en esta situación, en el lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querida por estos, “la denunciante” se sintió impresionada y sin capacidad de reacción. (...)

“La denunciante, sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados”.

“Destacamos que los dos últimos vídeos, a partir de los cuales se interrumpió abruptamente la grabación, la denunciante está agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando; estas imágenes evidencian que la denunciante estaba atemorizada y sometida de esta forma a la voluntad de los procesados.”

Solicitan las acusaciones (Ministerio Fiscal, acusación particular y las acusaciones populares Comunidad Foral de Navarra y Ayuntamiento de Pamplona) una sentencia condenatoria por cinco delitos de agresión sexual (además de otras penas accesorias), un delito contra la intimidad y un delito de robo con intimidación; la defensa de los acusados su absolución, aduciendo que lo ocurrido la noche de autos fue una relación consentida. Empezó el juicio con polémica al admitir como prueba el informe de un detective privado encargado por uno de los acusados, sobre la vida de la víctima, pudiendo conculcar con esta actuación el Estatuto de la víctima¹⁰⁹, y en todo caso, revictimizando a la misma, al verse su vida personal

¹⁰⁸ Corte perteneciente al interrogatorio de la jueza donde puede escucharse claramente. En Youtube (disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=Iz-MQ8If44&feature=youtu.be>; fecha de la última consulta: 20-01-2019).

¹⁰⁹ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito. Artículo 19. Derecho de las víctimas a la protección. Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus

expuesta y cuestionada su actuación en los días siguientes a la presunta agresión. Finalmente falla la sala dictando (por mayoría) sentencia condenatoria para cada uno de los acusados, de un delito continuado de abuso sexual con la agravante de prevalimiento. Uno de los magistrados emitió un voto particular (discrepante) por el que se pronuncia a favor de la absolución de los cinco hombres, al entender a la vista de los hechos, que lo allí sucedido fueron “actos sexuales en un ambiente de jolgorio y regocijo”.

Nada más conocerse la sentencia, se produjeron concentraciones feministas en la puerta de la Audiencia y en numerosas ciudades y localidades, en protesta por el fallo emitido al grito de “hermana yo sí te creo”, “no es abuso, es violación”, fruto de la indignación ante el contenido del voto particular y con respecto a la sentencia por no calificar como agresión sexual y, por tanto, como violación los hechos juzgados (rebajando la pena de prisión de los 18 años y 9 meses solicitada por las acusaciones a 9 años de prisión, junto con las accesorias e indemnizaciones). El entonces Ministro de Justicia censuró la actuación del juez disidente; también lo hizo la portavoz de la oposición. En abril de 2018 se hace encargo a la Comisión General de Codificación de que se reuniera¹¹⁰ al efecto de revisar la tipificación de los delitos sexuales. Con el cambio de gobierno, ahora socialista, tras la Moción de Censura al popular Mariano Rajoy, se aprueba por Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto la modificación de la LOPIVG. El 20 de julio de 2018, Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea presenta la Proposición de Ley 122/000258, de Protección integral de la Libertad Sexual y para la erradicación de las violencias sexuales, que plantea suprimir la diferencia entre abusos y agresión sexual, “y así se pasa a considerar delito de agresión sexual toda violencia sexual física no consentida, con tipos atenuados o agravados en función de los supuestos concretos”; será retirada el 9 de octubre de ese mismo año por estar trabajando en la redacción de una nueva ley conjuntamente con el Gobierno del Partido Socialista Obrero Español, una dirección muy similar a la planteada por Unidos Podemos. La sentencia de La Manada por su enorme efecto mediático, ha tenido una enorme influencia en la opinión pública, el mundo político y doctrinal, ha sido comentada hasta la saciedad por profanos y expertos, entre otros dentro de esos últimos por los profesores GIMBERNAT ORDEIG¹¹¹, ASÚA BATARRITA y ACALE SÁNCHEZ quien incluso ha escrito un libro¹¹² junto con varios autores, tal vez, en este último caso, así como en las declaraciones de los representantes políticos y de las organizaciones sociales que si

familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada. **Artículo 25.c)** Medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima.

¹¹⁰ Orden de 27 de abril de 2018, por la que se encarga a la Sección Cuarta, de Derecho penal, de la Comisión General de Codificación la elaboración de un informe que analice los delitos de agresión y abuso sexual para determinar su corrección técnica y utilidad práctica, acompañado, en su caso, del texto articulado de una propuesta legislativa de la reforma del Código Penal. La fecha prevista para la entrega del trabajo inicial era el 15 de junio de 2018, de momento se ha prorrogado dos veces: hasta el 15 de noviembre y el 31 de diciembre de 2018 (plazo que nuevamente no se ha cumplido al parecer debido al intenso debate propiciado por posiciones encontradas que dificultan hallar consenso). Información consultada en la página del Ministerio de Justicia (disponible en <http://www.mjusticia.gob.es>; fecha de última consulta el 19-02-2019).

¹¹¹ Artículo periodístico publicado en el periódico “El Mundo”, (disponible en <https://www.elmundo.es>, publicado el 28-05-2018; fecha de última consulta el 29-01-2019).

¹¹² ACALE SÁNCHEZ (2018).

bien ejercen un derecho legítimo y más que entendible, hubiese sido conveniente esperar a que la sentencia fuera firme. La historia del Derecho penal moderno, con más de treinta reformas en poco más de su equivalente en años, debería habernos hecho entender que no se puede legislar a golpe de víscera ni de telediario, con ello solo se consigue tener un código farragoso, lleno de parches y lagunas, cada vez más endurecido en cuanto a las penas y menos garantista.

Por Sentencia número 8/2018, de 30 de noviembre, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, TSJN en adelante, resuelve el recurso formulado a la sentencia de instancia, tanto por las partes acusadoras como por los acusados. El fallo mayoritario del tribunal confirma la sentencia apelada a excepción del delito a la intimidad. Dos de los magistrados emiten un voto particular discrepante, en el que aprecian la existencia de un delito de agresión sexual por concurrencia de intimidación, en línea con las pretensiones de la parte recurrente Ministerio Fiscal y acusación particular.

El asunto de La Manada ha puesto en situación de *lege ferenda* los Capítulo I y II, del Título VIII, Libro Segundo del CP, reavivando el debate sobre la conveniencia (ya iniciada por otra parte con respecto al reproche social/penal en los casos de abusos sexuales usando escopolamina, o en el caso de menores de edad porque no se han resistido) de suprimir la diferencia entre agresión y abuso sexual, y poner el foco de atención en el consentimiento o ausencia del mismo por parte de la víctima y no en el medio comisivo del victimario. A continuación, se estudiarán los elementos objetivos, violencia e intimidación, que configuran el tipo delictivo agresión sexual, así como en el prevalimiento de superioridad como elemento esencial del tipo objetivo de abuso sexual.

III.6. Violencia, intimidación y prevalimiento de superioridad.

El término clásico “fuerza” se sustituye por violencia, contribuyendo a alejarse del antiguo carácter irresistible de la misma, a efectos de definir ésta última se utilizará, en primer lugar la remisión a las STS citadas en Sentencia 38/2018, Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Navarra (conocida como Sentencia – de instancia – de La Manada), sobre la que se volverá más adelante debido a que el caso sobre el que pivota está marcando un punto de inflexión en la historia moderna de los delitos sexuales con mayores de edad en España.

Se explica la violencia como el “empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima” (STS 409/2000, de 13 de marzo) como equivalente de acometimiento, coacción o imposición material (STS 1145/1998, de 7 de octubre y STS 1546/2002, de 23 de septiembre): empujones, desgarros, golpes, etc., para apreciarse su concurrencia precisa de relación causal, es decir, que exista relación causa-efecto entre la violencia ejercida y el contacto físico de carácter sexual logrado atendiendo a un doble sentido: en primer lugar, debe ir enfocada a obtener el contacto físico deseado y, en segundo lugar, deberá ser suficiente, atendiéndose a la entidad y circunstancias (STS 39/2009, de 29 de enero). Se precisa que sea idónea no objetivamente irresistible, no puede exigirse a la víctima que ponga en peligro su salud, integridad y aún la vida. Siendo idónea para vencer la resistencia de la víctima, no siendo exigible que deba ser “desesperada, sino real, verdadera, decidida, continuada y que exteriorice inequívocamente la voluntad contraria al contacto sexual”.

Frente a esa fuerza confronta su correlato lógico, la oposición de resistencia que según LAMARCA PÉREZ¹¹³, la doctrina mayoritaria no exige sea heroica, sino razonable y seria. En este sentido resulta interesante reproducir parte de la STS 373/2008, de 24 de junio), porque se aparta de la concepción clásica de voluntades en guerra, en que se reseña que la violencia o intimidación ejercidas no es preciso sean:

“invencibles o de gravedad inusitada, sino que hasta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si este ejerce una fuerza clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta”.

GÓNZALEZ RUS¹¹⁴ ha disentido con contundencia, de lo que señala como tendencia doctrinal mayoritaria de quasi atribuir a la resistencia la cualidad de elemento típico del delito, exhortando a abandonar esta tesis propiciadora de que los juzgadores estimen que el sujeto pasivo consintió en caso de ausencia de resistencia, desplazando así el centro de atención hacia la víctima, evaluando su conducta, revictimizando. En el mismo sentido CUERDA ARNAU¹¹⁵ recuerda que la resistencia será un indicio probatorio, no constituye elemento típico de la agresión sexual, lo son la intimidación y la violencia, y, por tanto, no es necesario que el sujeto pasivo ofrezca resistencia, alejándose de la concepción clásica de guerra de voluntades.

Si la violencia, antes fuerza, es el medio idóneo para vencer la voluntad de la víctima, la intimidación la allana, la doblega, siguiendo a RODRÍGUEZ RAMOS¹¹⁶ como medio comisivo alternativo a la violencia debe ser de importancia bastante que justifique dicha equiparación, se explica jurisprudencialmente como coerción psicológica, consistente en amenazar verbal o materialmente con causar un mal injusto que insuflle temor en la víctima, al efecto se exige “*immediatez, seriedad, gravedad y verosimilitud*”. A continuación, se tomará nuevamente como referencia el concepto de intimidación en la Sentencia de instancia de La Manada, que haciendo eco de la jurisprudencia al respecto, señala que ya no es exigible que sea inmediato, siendo suficiente su verosimilitud y gravedad, pudiendo ser futuro, así como a la necesidad de relación de causalidad antes citada y que determinará el consentimiento contra la voluntad de la víctima; así mismo es preciso atender a las circunstancias concurrentes, no siendo necesario que sea irresistible, es suficiente con que resulte idónea. Merece la pena plasmar en su literalidad parte de la STS 609/2013, de 10 de julio de 2013, a la que hace alusión la Audiencia Provincial de Navarra, referente a la resistencia de la agredida:

“(...) la víctima alcanza razonablemente el convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que podrían derivarse mayores males, implícita o expresamente amenazados por el autor, accediendo forzadamente a las pretensiones de éste (...) Si este ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta”.

¹¹³ LAMARCA PÉREZ (2015:190).

¹¹⁴ Citado en GARCÍA VALDÉS (2008:2011).

¹¹⁵ Citado en ACALE SÁNCHEZ-FARALDO CABANA (2018:78-79).

¹¹⁶ RODRÍGUEZ RAMOS (2009:612).

La sentencia del TSJN precisa, citando la STS 368/2010, de 26 de abril por todas, que debe tener la intimidación relevancia objetiva. Resulta muy interesante la lectura del voto particular emitido por dos magistrados discrepantes del Tribunal Superior que aprecian agresión sexual por concurrencia de intimidación ambiental.

Este tipo de intimidación de construcción jurisprudencial, puede encontrarse con frecuencia en sentencias de agresión sexual y robo, donde se considera la presencia de más de un autor ejerce como efecto intimidatorio hacia la víctima.

El prevalimiento de superioridad, elemento objetivo de uno de los tipos delictivos de abusos sexuales, requiere para apreciar su existencia que esta superioridad sea suficiente y clara siguiendo a SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO¹¹⁷ al efecto de afectar a la víctima, “entendiendo por manifiesta la apreciable por un observador objetivo”. En la sentencia del TSJN se matiza:

(...) La sutil línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento se debate por la jurisprudencia, que distingue entre aprovecharse de unas circunstancias propicias de tiempo y lugar, desnivel notorio que coarta la capacidad de decidir; frente a la inexistencia absoluta de consentimiento, objetivamente perceptible, y causado por fuerza o amenaza de sufrir un mal inminente y grave (STS, 368/2010 de 26 de abril, 720/2007 de 14 de setiembre). “La línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada.” (STS 769/2015 de 15 diciembre).

III.7. Perspectivas de futuro. Consentimiento como eje central.

El *nomen iuris* violación volvió al Código penal en 1999 tras haber desaparecido del mismo, no sin polémica, en 1995. En su día, Diego López Garrido abogaba por su no exclusión, por entender que, consiste en una locución comprendida y sabida por todas las personas, incorporada, en la conciencia de todo el mundo. Al fin y al cabo, tal y como expresa FERRAJOLI¹¹⁸, “lo importante de las palabras es lo que hay detrás de ellas”. Retornó al Código penal por la necesidad de hacer el Derecho penal comprensible. En la actualidad, hay suscitada una enorme polémica en la sociedad, cuestionándose si debe merecer un menor reproche penal aquél que atenta contra la libertad sexual de una persona administrándole escopolamina o valiéndose de una situación en la que la víctima no puede oponer resistencia (menor de corta edad, cuadriplejia, etc.) o como el Caso de la Manada, cuando el sujeto pasivo queda bloqueado, que aquél que obtiene satisfacción a sus deseos lubricos mediando uso de violencia o intimidación.

De este modo, se alzan voces también en el ámbito jurídico, tal y como es el caso de ACALE SÁNCHEZ¹¹⁹, partidarias de terminar con la diferencia agresión/abuso sexual, en función del medio comisivo empleado por el autor, abogando por calificar como violación toda penetración sexual sin consentimiento. Ahí aparece un nuevo matiz, no se trata de que sea “contra su voluntad” sino que constituyan delito de violación aquellas actuaciones “sin consentimiento”, dando un paso más, del “no es no” al “solo sí, es sí y la persistencia del sí es consentir”, no pudiendo entenderse la falta de oposición activa como consentir. No obstante, este particular no constituye una cuestión pacífica, muestra de ello son los meses que lleva debatiendo la Comisión General de Codificación, sin haber alcanzado un texto de consenso tras dos prórrogas al plazo inicial establecido. De este modo, para

¹¹⁷ SERRANO GÓMEZ-SERRANO MAÍLLO (2015:148).

¹¹⁸ FERRAJOLI (1999:92).

¹¹⁹ ACALE SÁNCHEZ (2018:23 y ss.)

DÍEZ RIPOLLÉS¹²⁰ “la eliminación de las graduaciones en los atentados a la libertad sexual dará lugar no solo a un derecho penal sexual superficial, carente de matices, sino a un derecho penal sexual moralista, que fácilmente terminará siendo autoritario”. En una postura más eclética, encontramos a CUERDA ARNAU¹²¹, decantándose por mantener las actuales tipologías delictivas y señalando, en resumen, que no es el derecho positivo el que hay que reformar, sino que, de vez en cuando y como hemos visto, se producen decisiones judiciales, dentro del respeto a la independencia de los jueces, difíciles de entender. Bien pudiera avalar esa tesis el hecho de que en los dos fallos dictados a propósito del caso de La Manada, en aplicación de los mismos preceptos penales, de los ocho magistrados que han conocido del asunto, uno de ellos hubiera exculpado a los acusados, dos apreciado agresión sexual concurriendo la necesaria intimidación y los cinco restantes abuso sexual concurriendo la agravante de prevalimiento.

Pudiera convencer este argumento, no obstante El Convenio de Estambul¹²², en su artículo 36, donde da cuenta de la violencia sexual incluida la violación, describe una serie de actos acompañados en todo caso de la condición “no consentidos”; a su vez, el art. 36.2 señala que “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”. Es de tomar en consideración, puesto que el Convenio de Estambul, con categoría de Acuerdo Internacional, fue suscrito por España, entrando en vigor el 1 de agosto de 2014, decidiendo el Consejo de la Unión Europea la adhesión de la misma, el 11 de mayo de 2017, y debe recordarse no solo que los acuerdos están para cumplirse, sino que, además en este caso concreto, el citado Convenio constituye el instrumento internacional jurídico de alcance superior, en el que se dota a la comunidad de un marco global para prevenir y combatir las distintas formas de violencia contra las mujeres, enjuiciar a los culpables y proteger a las víctimas.

Además, el Convenio de Estambul en su artículo 3 define como violencia contra las mujeres “todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”. La actual VioGen, se circumscribe, única y exclusivamente, a aquellas situaciones que evidencien situaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (incluida la sexual) que sean o hayan sido sus cónyuges o vinculados por relaciones análogas de afectividad. Esta restricción en la normativa estatal tampoco es compartida, como señala GARCÍA SEDANO¹²³, por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), pues en las Observaciones a los informes periódicos 7º y 8º de España, antes referidas, constata que la LO 1/2004 “no cubre todas las formas de violencia sobre la mujer fuera del ámbito afectivo y urge al Estado Español a que revise la legislación nacional vigente en violencia contra la mujer para incluir otras formas de violencia basadas en el género”. Recientemente el partido político VOX¹²⁴, ha añadido polémica apremiando a la abolición de esta ley por discriminatoria para el hombre.

¹²⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, “El no, es no”, Artículo periodístico publicado en “El País”, (disponible en <https://elpais.com>, publicado el 10 de mayo de 2018; fecha de la última consulta el 10-01-2019).

¹²¹ CUERDA ARANAU en ACALE SÁNCHEZ (2018:79 y ss.)

¹²² Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (2004).

¹²³ GARCÍA SEDANO (2017:6-7)

¹²⁴ Consultable en la página web de Vox (disponible en <https://www.oxespagna.es/comunicado-de-oxo-sobre-el-pacto-de-estado-contra-la-violencia-de-genero>; fecha de la última consulta: 11-01-2019).

Conviene recordar dos cuestiones, en primer lugar, la Constitución Española establece como objetivos la consecución de la igualdad, en su doble vertiente, una igualdad formal alcanzada en la etapa moderna sometida a estudio (1978-2018), pero también el derecho a la igualdad real o material, que obviamente vistas las estadísticas, dista mucho de haberse producido; y en segundo lugar, el hecho de que formamos parte de una comunidad internacional cuyos principios y compromisos debemos cumplir y obedecer. Tal vez sea el momento de acabar con la dicotomía legal entre abuso y agresión sexual, para centrar la vista en el consentimiento, y acabar de una vez por todas enjuiciando paralelamente a la mujer agredida; además ampliar el concepto de violencia de género previsto en la VioGen, a aquellas relaciones no sujetas a relación de afectividad, y extendiendo en todo caso la agravación a los delitos sexuales por razón de género.

IV. CONCLUSIONES.

I. El **Derecho penal** conforma, desde el punto de vista objetivo, una rama del ordenamiento que aúna el *ius poenale*, acervo de normas y principios que determinan y establecen los delitos, y cuya causación conlleva penas y medidas de seguridad, configurándose en sentido subjetivo como **instrumento**, última ratio, del *ius puniendi* del Estado o poder punitivo **para la protección de bienes jurídicos especialmente valiosos**. A medida que la sociedad evoluciona, varían algunos de sus valores y con ellos, por ende, el Derecho.

II. **El enfoque de género viene impuesto por las estadísticas.** Ambos sexos son víctimas y victimarios de delitos contra la libertad sexual, si bien la prevalencia en la mujer, aún a día de hoy, es abrumadora. A diferencia del sexo que viene determinado por la naturaleza, el género se conforma por aquellos papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.

III. La regulación penal de los delitos sexuales en España, permanecerá prácticamente inalterable, desde los albores del Derecho penal, hasta el final de la dictadura de Francisco Franco. **El bien jurídico protegido de la etapa previa a la Constitución de 1978, es la moral sexual dominante**, agrupándose bajo el epígrafe “delitos contra la honestidad” una amalgama delictiva de conductas merecedoras de reproche social penal por ser contrarias, entre otras, a la honestidad, las buenas costumbres, la virtud, el matrimonio, la familia, o el pudor.

IV. El Derecho penal tradicional, en su tutela del bien jurídico protegido “**la honestidad**”, refleja y sustenta una sociedad desigualitaria, donde Derecho y moral se funden y confunden, **apresando bajo la exigencia de “virtud” a la mujer**, que queda reducida en su valoración social a su estado civil y a su papel procreativo como cuerpo sexuado. La mujer expulsada del espacio público a diferencia del varón, no vale por lo que hace (profesionalmente) sino por lo que es respecto de un hombre: soltera, casada o viuda/ hija, madre o esposa.

V. El reparto de roles en la sociedad tiene reflejo, en nuestro derecho pretérito, en la **asignación en exclusiva según el sexo, de la atribución de sujeto activo o pasivo de determinados delitos de carácter sexual**. Siendo la mujer sujeto activo del delito de adulterio y sujeto pasivo del delito de violación, estupro o rapto, protegida frente a las agresiones, pero **no a todas las mujeres ni en todas las circunstancias, y privando** en todo caso, **de libertad a la mujer, receptáculo de vida, en aras a asegurar la legitimidad de descendencia al varón** a cambio de protección para ella y su prole.

VI. El Derecho positivo determina el reproche penal de la conducta, la doctrina y la jurisprudencia, van más allá, desarrollan e interpretan el sentido de la norma. **La exigencia de resistencia** de la mujer frente a la fuerza del agresor, aún no siendo irresistible, ni la defensa heroica, **desplaza el centro de atención de la acción del victimario al comportamiento de la víctima**. Por otra parte, resulta habitual en los comentaristas y sentencias del pasado calificar de **recatada la natural tendencia de la mujer “normal”**, no así del varón a quien se presupone violento y lascivo en esencia, acuñando el **mito del hombre torpe**, referido a aquel que no es capaz de refrenar estos instintos consustanciales a su sexo. Además, **se pone en cuestión el**

testimonio de la víctima por si pudiera hacerse un uso torticero del Derecho o se dejase llevar esta por un fin espurio, o bien por si su resistencia fue formularia.

VII. La llegada de la **democracia**, y con ella de la **Constitución Española de 1978**, fue desplazando progresivamente el bien jurídico protegido de la honestidad hacia la **libertad sexual de todos**. Costará encontrar un terreno en que el poder legislativo haya estado más en alerta a las transformaciones en la manera de pensar y en las prácticas sociales, como en el de la sexualidad, culminando desde el punto de vista del Derecho positivo con el **Código penal de 1995**. Si bien, es sabido, que aunque las leyes cambien **determinados prejuicios tardan más en diluirse**, afirmación que puede exemplarizarse con todo un rosario de decisiones judiciales de cuño desafortunado, en las que como en el pasado **parece que a quien se juzga es la víctima y no al sujeto activo del delito**.

VIII. En la actualidad, la regulación penal de los delitos sexuales en España, se encuentra en situación de *lege ferenda*. Aún reconociendo que se trata de una cuestión compleja y nada pacífica, resulta razonable **recuperar el término “violación”** para todas aquellas acciones de carácter sexual, con penetración, en las que no medie consentimiento. Acabar, de este modo con la dicotomía entre abuso y agresión sexual, **implica hacer el derecho comprensible para la sociedad**. La conducta típica debe perfeccionarse en función de la **ausencia de consentimiento válido** emitido por la víctima (“solo sí, es sí”) y **no de los medios comisivos empleados por el autor que deberán ser tomados en consideración a efectos de individualizar la condena**. Es necesario situar el **consentimiento** en el centro de la apreciación del delito, en cumplimiento de los instrumentos internacionales e impedir que la atención se desvíe de la conducta del autor a la de la víctima, la demostración de violencia o intimidación suficientes, tiene su correlato en la exigencia de resistencia e inexorablemente, en el escrutinio de los actos y personalidad de la víctima.

IX. Es preciso **en cumplimiento del Convenio de Estambul, ampliar el término violencia de género, más allá del ámbito doméstico y las relaciones sentimentales, a la violencia contra las mujeres por el mero hecho de serlo** o cuando menos adicionarla la agravante de género en los delitos contra la libertad sexual. Es cierto que con ello se vuelve a configurar delitos con el varón como sujeto activo y la mujer como sujeto pasivo, en exclusiva, pero por motivos bien distintos. En la etapa clásica marcaba roles y desigualdades; en la actualidad **se pretende superar la igualdad formal alcanzada a efectos de conseguir la igualdad real**. Se avecinan nuevos cambios, el tiempo dirá si útiles o formularios, quien sabe si involucionarios, habida cuenta la inestabilidad del panorama político que podría dar paso a opciones de corte extremista.

X. Finalmente señalar, que **el Derecho penal por sí solo no puede evitar las situaciones de violencia sexual o de otro tipo contra las mujeres**, para ello es necesario articular otro tipo de medidas de carácter **educativo**, que abarquen desde el juzgador, hasta los infantes en sus escuelas. Debemos desterrar para siempre el juicio paralelo a la víctima, el escrutinio a su conducta anterior y posterior, el sistemático cuestionamiento de su testimonio más allá de las debidas garantías de la presunción de inocencia y por supuesto, acabar de una vez con el mito del hombre torpe, porque no es cierto que lo “normal” es que los varones violen a las mujeres, no al menos, la mayoría. No los hombres decentes. Los otros, no son torpes, son delincuentes.

V. BIBLIOGRAFÍA.

V.1. Fuentes doctrinales.

- ACALE SÁNCHEZ, A., (2006), *La discriminación de la mujer por razón de género en el Código penal*, Madrid, Editorial Reus, S.A. págs. 22 y ss.
- ACALE SÁNCHEZ, A., - FARALDO CABANA, P., (director as), y vvaas, (2018), *La Manada, un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, págs. 23-84.
- ASÚA BATARRITA, A. (1998), *Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: Imágenes culturales y discurso jurídico*. Publicado en Libro Colectivo: Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género. Vitoria-Gasteiz. Emakunde- Instituto Vasco de la Mujer, págs. 47-101.
- CÁMARA ARROYO, S. (2015), *Ideas clave de Derecho Penal* 1. Universidad Internacional de la Rioja.
- CÁMARA ARROYO, S. (2016), *Ideas clave de Derecho Penal* 2. Universidad Internacional de la Rioja.
- COBO DEL ROSAL, G. (1964), *La supresión del artículo 428 del Código penal*, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Consultado en la página web del Boletín Oficial del estado en <https://www.boe.es>, págs. 53 y ss.
- COBO DEL ROSAL, G (2012), *Proceso de elaboración del Código Penal de 1928*. Anuario de Historia del Derecho español, tomo LXXXII, 2012. Consultado en la página web del Boletín Oficial del Estado en págs. 561-602.
- COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M.ª J. (2013), *Algunas consideraciones sobre el delito de adulterio: un proceso de finales del siglo XVIII*. Revistas Complutenses. Cuadernos de Historia del Derecho. Universidad Complutense de Madrid, (disponible en <http://revistas.ucm.es>, publicado el 16-11-2018; fecha de la última consulta el 18-02-2019).
- CUGAT MAURI, M., (1993), *La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de Violación, en Jueces para la democracia*, N.º 20, 1993, págs. 73-83.
- DE LA ROSA CORTINA, J.M. (2013). *Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. Consultado en la página web del Ministerio Fiscal, (disponible en <https://www.fiscal.es>, fecha de la última consulta el 19-02-2019).

-
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2000), *“El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”*. Revista de Derecho penal y Criminología, núm. 6., Universidad de Friburgo, (disponible en <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario>; fecha de la última consulta: 19-02-2019).
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 1999, págs. 73-96.
- GARCÍA SEDANO, T. *El Convenio de Estambul. Desafíos de su aplicación*, (LA LEY 10287/2017).
- GARCÍA-PUENTE LLAMAS, J. (1979), *Despenalización del adulterio y el amancebamiento en España*, Revista española de Derecho canónico, volumen 35, número 101, págs. 371-378.
- GARCÍA VALDÉS, C. y vva, (2008), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Madrid, Editorial Edisofer, pág. 2011.
- GIL GIL, A.- LACRUZ LÓPEZ J.M.- MELENDO PARDOS, M.- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2015), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2^a Edición, Madrid, Editorial Dyckinson, S.L., págs. 3-33.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., (1969), *Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español: con especial referencia a la violación intimidatoria*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 22, Mes 3, 489-510.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (2017) *Prólogos al Código Penal*, 24^a Edición, Madrid, Editorial Tecnos, págs. 61-65.
- GOAENAGA OLAIZOLA, R. (1997), Delitos contra la libertad sexual, publicado por Instituto Vasco de Criminología, consultado en la página web de la Universidad del País Vasco, (disponible en <https://addi.ehu.es>, fecha de la última consulta: 19-01-2019).
- GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., (1893), *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, Volumen V, Burgos, Imprenta de Timoteo Arnaiz. Consultado en la página web de la Biblioteca Digital Hispánica/Biblioteca Nacional de España, (disponible en <http://bdh-rd.bne.es.>, págs. 101-102, fecha de la última consulta: 19-02-2019).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1945), *Principios de Derecho penal, la ley y el delito*, 3^a Edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot Editorial Suramericana, págs. 130, 529.

-
- LAMARCA PÉREZ, C. (Coordinadora) - ALONSO DE ESCAMILLA, A.- MESTRE DELGADO, E.- RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (2015), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3^a Edición, Madrid, Colex editorial, págs. 185-215.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.-MARTÍN LORENZO, M.-VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (2012), *Derecho penal. Introducción a la teoría jurídica del delito. Materiales para su docencia y aprendizaje*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, págs. 37-39.
- RODRÍGUEZ DEVESA J.M. (1983), *Derecho Penal español, parte especial*, Madrid, págs. 153-210.
- ORTS BERENGUER, E. (2000), *Los delitos de agresiones y abusos sexuales tras la reforma de la Ley Orgánica 11/1999*, Protección Jurídico-Penal de la mujer maltratada, La Coruña, pág. 110.
- PACHECO y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J.F. (1849), *El Código Penal, concordado y comentado*. Tomo III, 2^a Edición, Madrid, Imprenta de D. Santiago Saunaque, págs. 107-171.
- RODRÍGUEZ NUÑEZ, A. (1995), *El parricidio en la legislación española*, Boletín de la Facultad de Derecho, número 5, Universidad Nacional Española a Distancia (UNED), págs. 145-147.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (director) - MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadora) y vva, (2009), *Código Penal comentado y con jurisprudencia, 3^a Edición*, Madrid, LA LEY.
- ROS MARTÍNEZ, M. (2015), *Delitos contra la libertad sexual: subtipos agravados de agresión y abusos sexuales. Concursos de delitos y formas de participación*. Consultado en la página web del Ministerio Fiscal (disponible en <https://www.fiscal.es>; fecha de la última consulta el 19-02-2019).
- ROXIN C. (2013), *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, número 15, pág. 5.
- SERRANO GÓMEZ, A.- SERRANO MAÍLLO, A.- SERRANO TÁRRAGA, M^a D.- VÁZQUEZ GONZÁLEZ. (2015), *Curso de Derecho Penal. Parte especial*, 2^a Edición, Madrid. Editorial Dykinson, págs. 139-178.
- VALLEJO TORRES, C. (2018). *Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro, La Ley Digital 8447/2018*, págs. 1-7.

V.2. Fuentes normativas.

V.2.1. Fuentes internacionales

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (2004), hecho en Estambul, el 11 de mayo de 2011.

Art. 36.

V.2.2. Fuentes nacionales

Código penal, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar, en 9 de junio de 1822. Madrid. Imprenta Nacional.

Art. 106

Art. 135

Arts. 527-543

Art. 612

Art. 619

Art. 620

Art. 639

Art. 640

Arts. 664-676

Art. 683

Código penal de 26 de marzo de 1848, sancionado por S. M. en 19 de marzo de 1848. Gaceta de Madrid Número 4942.

Arts. 10.20

Art. 328

Art. 330

Art. 339

Art. 349

Arts. 353-356

Art. 361

Real Decreto-Ley número 1596 por el que se aprueba el proyecto de Código Penal de 31 de agosto de 1870. Gaceta de Madrid, suplemento al número 243.

Arts. 424

Art. 427

Art. 438

Art. 448-463

Real Decreto de 8 de septiembre Código Penal de 13 de septiembre de 1928.
Gaceta de Madrid. Núm. 257.

Arts. 600

Art. 601

Art. 607

Art. 620

Ley del Código penal, reformado con arreglo a las bases establecidas en la ley de 8 de septiembre de 1932, publicado en la Gaceta de Madrid el 5 de noviembre de 1932.- Núm. 310

Arts. 9.6

Art. 9.7

Art. 67.5

Art. 416

Art. 420

Art. 438

Art. 439

Arts. 441-442

Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el “Código Penal, texto refundido de 1944”, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944.

Arts. 9.6

Art. 10.16

Art. 405

Art. 407

Art. 410

Art. 417 bis

Arts. 428-452

Ley 79/1961, de 23 de diciembre, “de bases para la revisión y reforma del Código Penal y otras leyes penales”.

Art. 1º Base Octava

Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el “Texto revisado de 1963” del Código Penal.

Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y el amancebamiento.

Ley 45/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los artículos 416 y 543 bis del Código penal.

Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto.

Art. 443

Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de despenalización del aborto en determinados supuestos.

Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, Sobre modificación de los artículos 431 y 432 y derogación de los artículos 239, 566.5º, 567.1º y 3º y 577.1º del Código penal.

Ley Orgánica 5/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Del Código Penal.

Arts. 178-194

Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Art. Único. Segundo. Decimoséptimo y Centésimo Sexagésimo.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Artículo 1

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica de 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

Arts. 178

Art. 180

Art. 181.2

Art. 192.1

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

Arts. 21-23

Art. 140.2

Arts. 178-194

Ley 4/2015, de 27 de abril, se aprueba el Estatuto de la Víctima del delito.

Art. 19

Art. 25. c)

Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el Desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género.

Art. Único.

V.3. Fuentes jurisprudenciales.

1957

- ROJ: STS 701/1957, de 9 de mayo.

1958

- ROJ: STS 1227/1958, de 23 de diciembre.

1959

- ROJ: STS 1125/1959, de 4 de junio.

1970

- ROJ: STS 1321/1970, de 15 de diciembre.

1976

- ROJ: STS 453/1976, de 22 de junio.

1978

- ROJ: STS 4389/1978, de 2 de diciembre.
- ROJ: STS 3834/1978, de 22 de mayo.
- ROJ: STS 3533/1978, de 10 de mayo.

1979

- STS de 3 de septiembre de 1979, RJ 1979/4534.

1986

- ROJ: STS de 4971/1986, de 26 de septiembre.

1994

- ROJ: STS 2160/1994, de 14 de diciembre.

2001

- ROJ: STS 33/2001, de 17 de enero.

- Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Caso Número IT-96-23-T & IT-96-23/1-T. Fiscal versus Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic, Foca. Sentencia de 22 de febrero de 2001, (disponible en <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>).

2002

- ROJ: STS 1667/2002 de 16 de octubre.

2006

- ROJ: STS 1295/2006, de 13 de diciembre.

2008

- ROJ: STS 373/2008, de 24 de junio.

2015

- ROJ: STS 146/2015, de 23 de febrero.

2018

- STSN 8/2018, de 30 de noviembre (LA LEY 176589/18).
- SAPN 38/2018, de 20 de marzo (LA LEY 28801/2018).

V.4. Bibliografía complementaria de consulta.

Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990 de 1 de octubre sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

Curso de Igualdad: aplicación práctica en el ámbito jurídico (2018-2019). Curso de nivel avanzado, Escuela Virtual de Igualdad. Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, (disponible en <https://www.escuelavirtualigualdad.es>).

Diario de Sesiones del Congreso, número 510, de 2 de junio de 1995.

Diario de Sesiones del Congreso, número 506, de 1 de junio de 1995.

Diccionario de la lengua española (2018). Real Academia Española, En enlace <https://dle.rae.es/?w=diccionario>.

Diccionario del español jurídico (2016). Real Academia española, (disponible en <http://dej.rae.es>; fecha de la última consulta: 09-01-2019.)

GARCÍA LORCA, F., (1932), *Bodas de sangre*, Editorial Vicens Vives, 1^a Edición, 2012, Barcelona, pág. 77.

Guías jurídicas Wolters Kluwer (disponibles en <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>; fecha de la última consulta: 15-02-2019).

Abusos sexuales.

Acoso sexual.

Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Código Penal.

Error de prohibición.

Estupro.

Los Pactos de la Moncloa, Texto completo del acuerdo económico y del acuerdo político, (1977), Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, pág. 30, consultado en la página web del Ministerio de Presidencia en el enlace <http://www.mpr.gob.es>, el 2 de diciembre de 2018.

Pacto de Estado contra la violencia de género, aprobado por el Congreso en su Sesión Plenaria Informe de la Subcomisión y en el Senado la Ponencia de Estudio para la elaboración de estrategias, el 28 y 13 de septiembre, respectivamente.

Proyecto de Ley 121/000063, de 26 de septiembre de 1994, Acuerdo de la Mesa de la Cámara.

Proyecto de ley 621/000087, de 20 de julio de 1995, Texto remitido por el Congreso de los Diputados.

*ROUSSEAU J.J. (1923). *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Editorial Calpe, pág. 15.*