



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

FEMINISMO Y DERECHO PENAL

Influencia del pensamiento feminista en la
regulación de los delitos sexuales

Autor: Andrea Villares del Bas
5º E3 – D
Área de Derecho Penal

Tutor: Myriam Cabrera Martín

Madrid
Abril 2019

Feminismo y Derecho Penal. Influencia del pensamiento feminista en la regulación de los delitos sexuales

Resumen: El presente trabajo analiza el papel que ha desempeñado la mujer en la regulación de los delitos sexuales a lo largo de la codificación penal española. Las mujeres han sido un colectivo que se ha visto relegado a un segundo plano en la esfera social durante varios siglos. Este desplazamiento se pone de manifiesto en la regulación de los delitos sexuales a lo largo de la codificación penal. Durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, la sociedad se caracterizaba por ser patriarcal y la regulación existente en esta materia por dotarse de un gran contenido moral. Así, a la mujer se le atribuían adjetivos sociales como frágil, débil o incapaz, favoreciendo su indefensión. Por ello, la mujer sólo podía ser considerada como sujeto pasivo del delito. A través de la revisión literaria que se realiza en el presente trabajo, se muestra cómo esta consideración ha ido superándose a lo largo de los años mediante la progresiva adaptación y reforma de las legislaciones existentes en cada periodo histórico.

Palabras clave: delitos sexuales, mujer, honestidad, moral, rapto, prostitución, estupro, violación, agresión, abuso, reforma.

Feminism and Criminal Law. The influence of feminist thinking on the regulation of sexual crimes

Abstract: *This paper analyzes the role that women have played in the regulation of sexual crimes throughout the Spanish criminal code. Women have been a collective that has been relegated to the background in the social sphere for several centuries. This displacement is obvious in the regulation of sexual crimes throughout the criminal codification. During the nineteenth century and the first half of the twentieth century, society was characterized by being patriarchal and the existing regulation in this matter by endowing itself with a great moral content. Thus, the woman was given social adjectives as fragile, weak or incapable, favoring her helplessness. Therefore, the woman could only be considered as a passive subject of the crime. Through the literature review carried out in this work, it shows how this consideration has been overcome over the years through the progressive adaptation and reform of existing legislation in each historical period.*

Key words: *sexual crimes, woman, honesty, moral, kidnapping, prostitution, rape, aggression, abuse, upgrade.*

INDICE DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN.....	4
1.1. Justificación.....	5
1.2. Objetivos	5
1.3. Metodología.....	6
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	7
2.1. Evolución del tratamiento de la mujer a lo largo de la codificación penal.....	7
2.2. Evolución del bien jurídico. De la protección de la Moral a la protección de la libertad sexual	11
3. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LA MUJER EN ALGUNOS DELITOS SEXUALES	19
3.1. Rapto	19
3.2. Prostitución adulta	22
3.3. Estupro	30
3.3.1. Estupro con prevalimiento.....	32
3.3.2. Estupro-incesto	34
3.3.3. Estupro fraudulento.....	35
3.4. Agresiones y abusos sexuales.....	37
4. CONCLUSIÓN	43
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

1. INTRODUCCIÓN

La mujer ha sido víctima de la codificación penal española durante casi siglo y medio, donde se ponía de manifiesto la clara posición de desigualdad de la mujer frente al hombre, especialmente en el ámbito de los delitos sexuales. Los delitos que más modificaciones y debates han suscitado han sido los del orden sexual y el papel que ha desarrollado la mujer a lo largo de la historia ha sido un factor clave para su evolución.

El Derecho Penal actual en relación con los delitos sexuales no puede ser correctamente abordado sin tener en cuenta sus antecedentes históricos y legislativos. El primer Código Penal de España data de 1822. Por aquella época, los que legislaban y, por tanto, aprobaban leyes eran los hombres. Se caracterizaba por ser una sociedad patriarcal y paternalista con un estricto moralismo en el que la mujer quedaba relegada a un segundo plano en la vida social. Todas estas características sociales desembocaban en una gran indefensión hacia la mujer en el orden sexual.

Tal era el contenido moral de la legislación penal de la época que los delitos que actualmente conocemos como sexuales se denominaban “Delitos contra la honestidad” hasta finales del siglo XX. El único atributo que hacía a una mujer de la época respetable era su honestidad. Por consiguiente, si la honestidad de la mujer estaba intacta, también lo estaba el honor de los hombres de los cuales dependía; por ello, el fin encubierto que los Códigos de esta época pretendían proteger era el honor de los hombres de la familia, en coherencia con el hecho de que fueran exclusivamente ellos quienes legislaban. De ese modo, la mujer siempre era considerada la víctima, el sujeto pasivo del delito debido a su fragilidad y debilidad. No había cabida a la posibilidad de que una mujer fuera el sujeto activo, pues eso denotaría que el hombre ha sido superado por la frágil e inocente mujer; algo inadmisibles. El hombre se consideraba un reflejo de fortaleza, honor, valentía mientras que a la mujer se le atribuía la debilidad y la fragilidad.

Este tratamiento hacia la mujer se dio hasta los años ochenta, con pequeños avances en determinados momentos históricos, pero no de gran alcance. Fue en este momento cuando las grandes oleadas de grupos feministas alcanzaron su apogeo y, por consiguiente, la mujer comenzó a tomar parte activa en su vida sexual. Se produjo un empoderamiento de la mujer, asentándose la idea de considerarla como sujeto activo de delitos sexuales. Aparentemente, este sector había logrado su primera conquista de liberación sexual, despojando la imagen de débil e inocente que se tenía de la mujer.

En definitiva, la evolución legislativa es fruto de la transformación de los estereotipos y de las costumbres sexuales que pasaron de proteger la moral sexual a proteger la libertad sexual individual.

1.1. Justificación

Todo lo relativo a los delitos sexuales está a la orden del día debido a los recientes acontecimientos mediáticos, como el Caso de la Manada o el Caso de la Nueva Manada, y a las oleadas feministas que reclaman una mayor igualdad de género en los actuales textos legales.

Ello ha suscitado respuestas en el ámbito político. El grupo socialista ha presentado un Proyecto de Ley por el cual se penaliza la conducta de los consumidores de la prostitución. Asimismo, el Partido Podemos también ha presentado una Proposición de Ley que plantea la incorporación del delito de “acoso callejero”, convirtiendo los piropos en delito.

Estas actuaciones son fruto de la relevancia que están adoptando los delitos sexuales y el tratamiento de la mujer al respecto. Además, esta cuestión lleva intrínseca una gran connotación social, pues las mujeres han sido consideradas como un colectivo vulnerable a lo largo de toda la historia de España debido a la predominante discriminación de género.

Del mismo modo, analizar el derecho desde una perspectiva del género es fundamental para advertir todos los avances que se han llevado a cabo, para entender los motivos socioculturales que desembocaban en una clara discriminación de género y el porqué de la regulación actual.

Es por ello que el presente trabajo se centra en el tratamiento de la mujer a lo largo de la codificación penal española y, más concretamente, se centra en el estudio de la mujer como sujeto activo o pasivo del delito.

1.2. Objetivos

El objetivo general del presente trabajo es analizar la evolución de los delitos sexuales desde la perspectiva de género comenzando con el primer Código Penal de 1822 hasta nuestros días.

Este objetivo se concreta en los siguientes objetivos específicos que, a su vez, combinan objetivos explicativos y descriptivos:

- Examinar la posición de la mujer a lo largo de la historia.
- Observar la evolución del bien jurídico protegido de los delitos sexuales.

- Analizar determinados delitos sexuales de manera individual para poner de relieve la desigualdad que venía aconteciendo desde el siglo XIX.

1.3. Metodología

En cuanto a la metodología de estudio, se va a seguir el análisis documental. Para abordar el desarrollo del cuerpo del trabajo, se ha acudido a fuentes de diversa naturaleza para llevar a cabo una investigación más exhaustiva. Así, se ha procedido a recabar información de portales y artículos académicos, de libros de expertos, de legislación nacional y de jurisprudencia del Tribunal Supremo. A partir de los textos que resultaron útiles, se procedió a elaborar la bibliografía merecedora de estudio.

Respecto a los documentos jurídicos analizados, el trabajo se centra en todos los Códigos Penales que han existido en España desde 1822 y en las leyes que modifican tales Códigos. Para afinar el estudio, tan solo se analizaban los títulos y capítulos relativos a los delitos sexuales o, en su caso, delitos contra la honestidad.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha obtenido del buscador del Consejo General del Poder Judicial y de bases de datos como Aranzadi - Thomson Reuters. A la hora de realizar la búsqueda, se aplicaban los filtros pertinentes de acuerdo con el fin pretendido.

Por otra parte, para analizar la posición de la mujer a lo largo de la codificación española era necesario hacer breves reseñas a los acontecimientos históricos más influyentes al respecto. Esto es así, pues el Derecho es un reflejo de la sociedad en la que se desarrolla, por lo que influyen factores históricos, sociales y culturales.

Además, se han abordado delitos que ya no existen como el rapto o el estupro para poner en contexto la gran discriminación que se daba en aquella época. Por ello, el capítulo tercero se estructura de la siguiente manera, a saber: (1) rapto, (2) prostitución adulta, (3) estupro y (4) agresiones y abusos sexuales. En otras palabras, se ha pretendido abordar cronológicamente los delitos, comenzando por los que ya no existen hasta los actuales. Ejemplo de ello es el estupro seguido de las agresiones y abusos sexuales pues, aunque las agresiones y abusos sexuales conformen dos delitos independientes actualmente, tienen su antecedente en el delito de estupro que englobaba ambas conductas delictivas.

Por último, es preciso mencionar la limitación que presenta este trabajo. Dada la restricción de espacio, no se ha profundizado en todos los delitos donde se hace patente la desigualdad de género como, por ejemplo, el adulterio y amancebamiento.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

2.1. Evolución del tratamiento de la mujer a lo largo de la codificación penal

A lo largo de la historia, las mujeres han sido objeto de numerosos debates. A principios del siglo XIX, la mujer debía estar siempre a la sombra del marido o del padre, limitándose al cuidado del hogar familiar y de los hijos. Con el paso del tiempo, el tratamiento de la mujer fue evolucionando e involucionando debido a los hechos históricos, dándose un debate constante entre los conservadores y los liberales. Los primeros consagraban los valores morales tradicionales, encuadrando a la mujer en el ámbito privado y los últimos defendían una ligera aparición pública de la mujer, permitiéndola incluso trabajar fuera del hogar.

Así, a partir de la aprobación de la Constitución Española, se ha ido confeccionando la equiparación de géneros de manera gradual. No obstante, la posición de la mujer quedó determinada definitivamente con el Código Penal de 1995, que otorgaba una gran relevancia a la igualdad jurídica entre hombres y mujeres¹.

Para entender la influencia que este colectivo ha ejercido en la regulación de los delitos sexuales durante la codificación penal, es preciso primero analizar la posición que ha ocupado la mujer en la sociedad durante estos años.

En este sentido, se debe tener presente que la sociedad en la que se aprobó el primer Código Penal de 1822 era una sociedad patriarcal y extremadamente paternalista. Así, los hombres eran los que elaboraban las normas y decidían el alcance de estas; por lo que las mujeres estaban supeditadas al poder de estos, quedando patente su indefensión. En esta época, el rol de la mujer se limitaba a ser buena madre, buena hija y buena esposa², por lo que los valores fundamentales a proteger eran la honestidad, el decoro y el pudor. Sus deberes eran el cuidado de la casa y de los hijos y, por nada del mundo, manchar el buen nombre de los hombres de los cuales dependía, es decir, su marido y su padre.

¹ Acale, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*, Reus S.A., Madrid, 2006, p. 21.

² Tapia, P., "Posición de la mujer en el código penal español de 1822 e incorporación del "género" como circunstancia sospechosa de discriminación (Ley orgánica 1/2015 del 30 de marzo): ¿Se ha avanzado hacia la igualdad?", *Mora* (Buenos Aires), vol. 23, n. 1, 2017 (disponible en http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-001X2017000100001#_ftnref3; última consulta 12/3/2019)

Por ese motivo, la mayoría de los delitos giraban en torno a un hombre cuyo honor había sido transgredido por la conducta de la mujer, considerándola como sujeto activo del delito. O bien, delitos en los que la mujer era quien recibía la agresión por parte del hombre, considerándola en este caso el sujeto pasivo del delito. Empero, no debemos de olvidar el hecho de que eran ellos quienes elaboraban las leyes, por lo que aun en aquellos delitos donde la mujer era considerada como sujeto pasivo, el comportamiento del hombre en ocasiones se justificaba o recibía menor reproche por la defensa de su honor y reputación, liberándose así de las penas o viéndolas reducidas. Este tipo de delitos eran los considerados crímenes de honor³.

Este carácter paternalista era un mero reflejo de la sociedad en la que se enmarcaba el sistema jurídico. Por ello, es muy común encontrar a lo largo de los primeros códigos penales calificativos atribuidos a las mujeres de carácter peyorativo, como débil, trastornada, deshonrada, incapacitada, entre otros.

La imagen de mujer como débil e incapacitada hacía que, en aquel delito en el que esta fuera considerada sujeto activo, el sistema de penas discernía. El legislador consideraba que las penas impuestas a los hombres no debían de ser las mismas que a las mujeres pues estas últimas no serían capaces de soportarlas debido a su debilidad tanto física como mental. Por tanto, se las sometía a unas penas distintas de las del varón. Otra solución por la cual también se abogaba era por rebajar las penas para las mujeres debido a su situación de inferioridad.

Esta solución era defendida por Bugallo Sánchez en su libro “Responsabilidad atenuada de la delincuente menstruante”. Este sostenía a través de dos argumentos que a toda mujer que, en su periodo menstrual, cometiera alguna conducta delictiva se la debía de rebajar la pena. Su primer argumento se apoyaba en el hecho de ser mujer, hecho que debería llevar intrínseco un atenuante por su fragilidad y debilidad y, en segundo lugar, si esta misma mujer lleva a cabo un comportamiento delictivo en su fase menstrual debería de considerársela como trastornada mental⁴. Este pensamiento hace patente el carácter paternalista de la sociedad creando así una discriminación en virtud del sexo.

³ Saldaña, M.N., “Violencia contra la mujer, “Crímenes de honor” y prácticas culturales y religiosas perjudiciales: estándares internacionales de derechos humanos adoptados por las Naciones Unidas” en Montesinos, N y Soutos, B (coords.), *Laicidad y creencias, Feminismo/s*, 28, Alicante, 2016, pp. 91 – 132.

⁴ Bugallo Sánchez, J., *Responsabilidad atenuada de la delincuente menstruante*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, pp. 90 – 99.

Esta discriminación de sexo, que hoy en día es inadmisibile, era considerada por autores de esa época un privilegio para las mujeres pues los jueces les otorgaban un presunto trato más benévolo. De ahí que el número de mujeres encarceladas en ese periodo fuera reducido.

Esta idea la recoge Larrauri a través de la tesis de caballerosidad⁵ que es ese trato más condescendiente por parte de los jueces acerca de las mujeres. No obstante, hay autores que discrepan acerca de los intereses que hay detrás de tal indulgencia. Esta corriente niega que el objetivo sea la protección a la mujer sino, de nuevo, el encubierto honor del hombre. Esto es así pues dicho trato de favor tan sólo es concedido para aquellas mujeres que cumplen con los cánones requeridos por la sociedad, ejerciendo mayor severidad sobre aquellas que no los cumplen. En otras palabras, aquellas mujeres que no se dedicaran exclusivamente al cuidado del hogar familiar y de los hijos y, por tanto, se dedicaran a ser mujeres públicas deshonrando a todo hombre del cual dependían recibirían penas más severas. De tal manera que el último tipo de mujer es doblemente castigada; por un lado, se enfrenta al castigo jurídico y, por otro, al castigo social⁶. Aquí, se vuelve a observar la desigualdad jurídica teniendo su origen en la honradez y fama de la mujer, es decir, en aspectos sexistas.

Todo lo anterior muestra una sociedad dirigida por el género masculino y la moral, relegando a la mujer al ámbito privado. Cualquier conducta llevada a cabo por esta en contra de los principios éticos y morales socialmente establecidos era sancionada y su grado de severidad dependía de la fama que la precediera.

La visión de la mujer ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, abriéndose camino a la esfera pública a través de distintas reivindicaciones como la reclamación del voto o la eliminación de los permisos maritales, para alcanzar así la igualdad. Esta igualdad se asentó definitivamente, al menos desde el punto de vista formal, con la aprobación de la Constitución Española en 1978. Este hito histórico marcó un antes y un después en la vida de las mujeres, pues su artículo 14 recogía expresamente la igualdad ante la ley, sin que hubiera cabida a la discriminación por sexo.

⁵ Larrauri, E., “La mujer ante el derecho penal”, *Revista de derecho penal y criminología*, n. 2, 1992, pp. 291 – 310.

⁶ Chesney – Lind, M., “Female offenders: paternalism reexamined”, en Crites, L. y Hepperle, W. (eds.), *Women, the courts and equality*, Sages, Londres, 1987.

A pesar de ello, el progreso social fue lento. Las sociedades eran más reticentes al cambio y, más aún, a ese cambio que implicaba modificar la concepción de la mujer radicalmente. Prueba de ello era la jurisprudencia de años posteriores a la aprobación de la Constitución.

En este sentido, la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo en los casos de parricidio, en los que la víctima era la mujer, admitían como atenuante o eximente el trastorno mental del hombre rebajando así las penas, por lo que se puede observar como seguía existiendo cierta tendencia a la protección del hombre (STS 14492/1987 de 1 de diciembre; STS 13707/1988 de 23 de abril).

Este avance social se manifestó en la aprobación del Código Penal de 1995⁷. Su Exposición de Motivos dejaba clara la posición que había adoptado el legislador en materia de igualdad:

[...]se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. [...] Además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual.

Este Código suprimía todos aquellos delitos que ponían de manifiesto la desigualdad de género como el adulterio, el amancebamiento, el uxoricidio por honor. Así, eliminó todo vestigio de protección al honor y a la honradez.

Por último, a lo largo de los años, las mujeres se han visto obligadas a reivindicar su posición en la esfera pública para alcanzar la igualdad entre géneros. Conductas antes penadas con severas sanciones, actualmente se constriñen a simples actuaciones inofensivas y, a lo sumo, reprochables socialmente⁸.

Por ello, las últimas décadas han sido determinantes para la consecución de dicha igualdad. Sin embargo, es un hecho que la igualdad efectiva aún no se ha alcanzado, pero tanto los organismos internacionales como nacionales son conscientes de ello y toman medidas para combatirla.

⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE n. 281, de 24 de noviembre de 1995)

⁸ Caruso, M. V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

2.2. Evolución del bien jurídico. De la protección de la Moral a la protección de la libertad sexual

El bien jurídico es considerado la base necesaria de todo sistema penal racional⁹. La finalidad del Derecho Penal es proteger determinados bienes de la posibilidad de ser lesionados. La definición de bien jurídico es una disputa continua en la doctrina, por lo que no hay una definición unánimemente admitida.

Muestra de esta disputa, Luzón Peña define el bien jurídico protegido como “condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad”¹⁰; mientras que Kierszenbaum señala que el bien jurídico ha de ser entendido como un “interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico”.¹¹

De esta última definición, se pueden extraer algunas conclusiones. En primer lugar, los bienes jurídicos no son intereses fruto de la creación del Derecho, sino que ya existían anteriormente y el papel desempeñado por el Derecho tan sólo es de reconocimiento jurídico. Bien es cierto que el hecho de reconocer esos intereses les otorga el privilegio de protección y, por ende, un castigo en caso de vulnerarlos. Por otro lado, los intereses vitales de cada sociedad van ligados al contexto histórico y evolucionan con el paso del tiempo. No siempre se tiene el foco de interés en el mismo bien pues incide de manera notable el pensamiento, la cultura y la tradición de la época en la que nos encontremos. Por ello, a la hora de determinar el bien jurídico debemos atender al contexto histórico, social y económico; de ahí que la definición recoja la expresión “sociedad determinada”.

Como ya se indicó el Derecho tan sólo reconoce el interés vital elevándolo a la categoría de bien jurídico, pero es el Derecho penal el encargado de limitar la infracción de los bienes penalmente protegidos (no cualquier bien) a través de la imposición de sanciones.

⁹ Hefendehl, R., *La teoría del bien jurídico*, Marcial Pons, 2016.

¹⁰ Luzón Peña, D. M., “Curso de Derecho Penal. Parte General”, Madrid, 1996, p. 327.

¹¹ Kierszenbaum, M., “El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, *Lecciones y Ensayos*, n. 83, 2009, pp. 187 - 211.

De ahí se desprende la idea de que el bien jurídico es susceptible de protección, es el objeto jurídico, que se ha de distinguir del objeto material del delito. El objeto material del delito es “la persona o cosa sobre la que recae la acción del sujeto activo”¹². En determinados delitos, el objeto material y el jurídico coinciden, como puede ser el delito de agresión sexual; no obstante, existen delitos donde el bien jurídico protegido se distingue de forma clara del objeto material como puede ser en el delito de hurto donde el bien material es el objeto sustraído y el bien jurídico que se pretende proteger es la propiedad.

Volviendo a la definición del bien jurídico, cabe insistir en la gran influencia que ejercen tanto el contexto histórico como el pensamiento de la época para su determinación. Es más, las sociedades padecen cambios constantemente y el Derecho ha de ser un reflejo de ese cambio, sufriendo modificaciones para adaptarse cuanto más sea posible a la realidad social en la que vive. De ahí que se defiende que el Derecho es una ciencia viva.

Centrando el tema al presente trabajo, los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales han sufrido las más notables modificaciones por el avance del pensamiento humano y sus valores; han sido los protagonistas de un proceso de modernización y liberalización del Derecho Penal. Por ello, es necesario comenzar analizando el bien jurídico protegido de estos delitos para así comprender de una manera más clara sus modificaciones a lo largo del tiempo. Este análisis comenzará con el bien jurídico protegido en el Código Penal de 1822.

Sin embargo, antes de ahondar en lo jurídico, es necesario hacer una breve descripción del contexto histórico. El siglo XIX comienza con la Guerra de la Independencia que acaba en 1814 con Fernando VII como rey, lo cual implicó una vuelta al absolutismo aboliendo el pensamiento liberalista que entrañaba la Constitución de 1812. No obstante, la presión de los grupos liberales fue efectiva y la Constitución volvió en 1820 y fue en 1822 cuando se aprobó el primero Código Penal. Como ya se indicó, la sociedad se caracterizaba por ser una sociedad patriarcal y paternalista, donde el papel de la mujer se limitaba a ser buena esposa, buena hija y buena madre.

¹² Machicado, J., "Objeto Del Delito", *Apuntes jurídicos*, 2010 (disponible en <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/objeto-del-delito.html>; última consulta: 13/03/2019)

Teniendo en cuenta estas pautas, parece coherente que el bien jurídico protegido en el Código Penal de 1822 fuera mayormente la honestidad de la mujer, que de manera encubierta lo que se pretendía proteger era el honor del hombre¹³.

Los hombres han sido a lo largo de los años los que han establecido los privilegios y el alcance de las normas, situando su foco de protección en su intachable honor. Esta tradición se incluye de manera común en todos los códigos penales, desde el primero de 1822 hasta la Reforma de 1978 con la restauración de la democracia que marcó un antes y un después. El denominador común de estos códigos en materia de delitos sexuales se refleja en que “sus contenidos se mantuvieron sustancialmente inalterados, apoyados en un objeto de tutela incuestionado, la honestidad o moral sexual colectiva”¹⁴. Bien es cierto que ningún legislador reconocía la protección de la moral de manera directa pero sí lo hacían indirectamente. Así, los valores que ellos pretendían proteger eran la honestidad, la decencia y el pudor, valores a los que no se les puede atribuir otro carácter que el moral.

En esta sociedad paternal y patriarcal, el criterio fundamental para la determinación de la pena era la honradez de la mujer¹⁵. De tal modo que, si la mujer era el sujeto activo del delito, pero gozaba de buena reputación y honradez, el legislador de la época le ofrecía una sobreprotección debido a su fragilidad; mientras que si la mujer siendo sujeto activo de delito era una deshonra o considerada una mujer “pública”, el legislador la castigaba con dureza. El motivo es que, al considerársela ya una mujer deshonrada, el hombre no ve dañado su honor por su conducta; por lo que exige castigo por conductas inmorales. De nuevo florece el proteccionismo al hombre y a su buen nombre.

¹³ De Vicente, R., “Derecho penal sexual: acerca de algunos interrogantes que plantea la regulación de los delitos de agresiones sexuales”, en Rodríguez, A. C. y Valmañana, S. (coords.), *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2000, pp. 117 – 132.

¹⁴ Díez Ripolles, J.L., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

¹⁵ “Posición de la mujer en el código penal español de 1822 e incorporación del "género" como circunstancia sospechosa de discriminación (Ley orgánica 1/2015 del 30 de marzo): ¿Se ha avanzado hacia la igualdad?” cit.

Esta moral sexual dominante protegía especialmente los tipos penales que englobasen intereses familiares e intereses matrimoniales¹⁶. Claro ejemplo de ello es el artículo 612 del Código Penal de 1822 que reza así:

[...] Esceptúanse las mugeres solteras ó viudas que teniendo un hijo ilegítimo, y no habiendo podido darle a luz en una casa de refugio, ni pudiendo esponerle con reserva, se precipiten a matarle dentro de las veinte y cuatro horas primeras del nacimiento, para encubrir su fragilidad; siempre que este sea a juicio de los jueces de hecho, y segun lo que resulte, el único ó principal móvil de la accion, y muger no corrompida y de buena fama anterior la delincuente.[...]

Este código sancionaba los homicidios voluntarios con la pena de muerte, con esta salvedad. Este precepto defiende la protección de la fragilidad de la mujer cuando lo que realmente se lee entre líneas, de nuevo, es la clara protección al honor del hombre. Además, como ya se indicaba anteriormente, era requisito *sine qua non* la buena honradez de la mujer.

Es desolador ver cómo llegan al extremo de minusvalorar un homicidio para la protección de su honor, pues debemos recordar que en esta época eran tan solo los varones quienes decidían en todas las esferas de la vida y la jurídica no era una excepción.

El primer código que compiló todos los delitos sexuales en un mismo capítulo fue el Código Penal de 1848, bajo la rúbrica de “Delitos contra la honestidad”; rúbrica que se extenderá hasta 1978. Es necesario señalar que, por norma general, la rúbrica del capítulo o título recoge el bien jurídico protegido por los delitos contenidos en el mismo. Más adelante aconteció la Revolución de 1868 donde reinó el liberalismo burgués y, con ello, las mujeres vieron favorecidas su posición en la esfera pública penetrando paulatinamente en la educación y en el trabajo fuera del hogar familiar¹⁷. Fue, entonces, el Código Penal de 1870 quien recogió un “tímido intento de equiparación de los sexos”¹⁸, aunque en su mayoría seguía la misma tónica de proteccionismo hacia la moral que el anterior código.

¹⁶ Morales, F. y García, R. M., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, 1996, p. 872.

¹⁷ Folguera, P., “Relaciones privadas y cambio social.1940-1970” en Garrido, E. (ed.), *Historia de las mujeres en España*, Síntesis, Madrid, 1997.

¹⁸ Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, cit., p. 26.

Años más tardes, devino la dictadura de Primo de Rivera acompañada de un carácter más patriarcal y paternalista en relación al ámbito sexual, defendiendo la moral como bien jurídico protegido. Este acontecimiento histórico supuso un gran retroceso en el ámbito jurídico, pues todas las modificaciones e incorporaciones de preceptos se avivaban de gran contenido moral. Sin embargo, pronto se volvió al Código Penal de 1870 y resurgió un atisbo de esperanza entre las mujeres.

Dicho atisbo se cumplió con la entrada de la Segunda República y la aprobación de una Constitución que sostenía la igualdad de género tanto dentro como fuera del matrimonio. Este avance se puede observar en la aprobación de la Ley de divorcio, de 2 de marzo de 1932. Sin embargo, el Código Penal de 1932 no era un reflejo acertado de lo recogido en la Constitución, sino que fue fiel a la concepción de honestidad y moral de los anteriores códigos.

El último periodo donde reinaba la moral como objeto de protección penal fue el de la dictadura de Francisco Franco, quien estableció una clara discriminación entre hombres y mujeres dando un poder colosal a la Iglesia, defensora de la moral.

Durante este periodo, se dictó la Ley del 6 de noviembre de 1942 que agravaba las penas en el ámbito sexual justificándolo en el preámbulo de la siguiente manera:

La agravación de la penalidad introducida por la presente Ley responde no sólo al especial interés que el nuevo Estado consagra a la defensa de la moralidad, base de orden social, sino también al sentido, ya exteriorizado en otras disposiciones promulgadas por el mismo, de amparo y protección a la mujer. Semejante espíritu tutelar no podía cohonestarse con las menguadas penalidades establecidas para estos delitos en el Código Penal de la República, que en algún caso, como en los del estupro y de los abusos deshonestos del artículo 439, llegaba a sancionarlos exclusivamente con levísima pena pecuniaria, equivalente muchas veces a la más escandalosa impunidad. En ese mismo criterio profundamente cristiano y humanitario se funda la disposición del nuevo artículo 439 bis, encaminada a salvaguardar la honra de la mujer, a la que su relación de dependencia o su situación de angustia ponen constantemente en gravísimo peligro.¹⁹

¹⁹ Ley de 6 de noviembre de 1942 por la que se modifican los artículos 439, 442 y 443 del Código Penal, e introduciendo un nuevo artículo bajo el número 439 bis (BOE n. 328, 24 de noviembre de 1942)

Este preámbulo pone de nuevo en relieve la sobreprotección de la honestidad y honra de la mujer, así como la protección de la moral. Empero, se protegía tan sólo a una clase de mujer: aquella que gozara de buen nombre y honra. Asimismo, se reiteraba la dominación del hombre en los delitos de estupro, rapto y violación en la nueva redacción de los artículos recogidos en la presente ley. Ejemplo de ello es la eximente que se incluye en la nueva redacción de los artículos 443 y 439 bis, que consiste en que “[...] el matrimonio de la ofendida con el ofensor extinguirá la acción penal”²⁰. Esto quiere decir que no se impondrá pena alguna a los ofensores, siempre y cuando estos contraigan matrimonio con la víctima para así devolverles la honra y honestidad que por su culpa perdieron. Pero, la conducta delictiva quedaría impune.

Asimismo, se aceptaba el derecho a la prestación sexual del marido sobre su mujer por lo que no cabía ninguna responsabilidad penal ante dichos ataques sexuales. Estos actos quedaban justificados bajo la figura jurídica del *debitum* o débito conyugal. Esta figura se refiere a la obligación que tienen tanto el hombre como la mujer de tener relaciones sexuales a demanda de su pareja; no obstante, este deber se estableció más bien para la obediencia de la mujer, la cual debía de acceder a tener relaciones sexuales siempre que al hombre se le antojase. Al formar parte de los deberes conyugales, el hombre podía abusar u obligar a su mujer a tener relaciones sexuales sin su consentimiento. Dicha conducta estaría penada actualmente pues el que se realicen en el seno del matrimonio no es un eximente. La existencia de la institución jurídica del débito conyugal es un reflejo más de la sociedad paternal en la que se vivía.

En 1944, se aprobó otro Código Penal pero no de nueva creación, sino que, tal y como expone el preámbulo del Decreto por el que se aprueba este código, se basa en una actualización de algunos aspectos del Código Penal de 1932 como la inclusión de los delitos de adulterio y amancebamiento.²¹

El panorama existente con anterioridad a la aprobación de la Constitución Española en 1978 se caracterizaba por la constante vulneración de los principios de igualdad y libertad, como los entendemos hoy en día. Todos estos códigos recogían de manera expresa una desigualdad formal de género, por lo que era inútil reclamar una igualdad material. Además, los delitos contra la honestidad (denominados actualmente como delitos contra la libertad e indemnidad

²⁰ Ley de 6 de noviembre de 1942, cit.

²¹ 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 (BOE n. 13, 13 de enero de 1945)

sexuales) seguían el mismo esquema a lo largo de la codificación penal: la protección de un bien jurídico colectivo, la moral sexual.

En 1978 tuvieron lugar dos grandes hitos históricos: la aprobación de la Constitución Española y el proceso de instauración de la democracia. Estos grandes cambios jurídico-sociales llevaban intrínsecos un cambio de perspectiva en el Derecho Penal en consonancia con el nuevo marco constitucional, desechando la perspectiva tradicional.²²

Así, se debía de abandonar la desigualdad y avanzar hacia la consecución de los principios de libertad e igualdad recogidos en la Constitución Española, modificando paulatinamente el Código Penal de 1944. Por ello, este cuerpo de leyes atravesó por un proceso largo y duro de reformas.

Este proceso tiene su origen en la supresión de los delitos de adulterio y amancebamiento. Esta supresión se debió a que estos delitos comportaban restos de la moralidad que se pretendía eliminar y en un Estado de Derecho, donde las libertades eran las protagonistas, el Derecho no podía imponer ninguna conducta dentro del ámbito privado.²³

En este momento, la mayoría de la doctrina sostenía la inviabilidad de legislar conforme a la moralidad, pero aún no se había establecido la libertad sexual como el bien jurídico protegido. El progresivo cambio de la moral hacia la libertad sexual fue lento. Este paulatino cambio se observa de manera clara en la discrepancia jurisprudencial, pues parte de la jurisprudencia sostiene la moral sexual como bien jurídico (STS de 3 de mayo de 1983²⁴, STS de 29 de septiembre de 1984²⁵) y la jurisprudencia más avanzada defiende la protección de la libertad sexual (STS de 10 de junio de 1985²⁶, STS de 26 de abril de 1985²⁷).

²² Boix, J., “De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual”, en Latorre, V. (coord.). *Mujer y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 11-20.

²³ “De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual”, cit.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1983 RJ 1983\2633 sostiene “...en el que el bien jurídico protegido es la moral sexual dentro de unos cánones que tratan de preservarla de las manifestaciones del instinto sexual dentro de la colectividad...”

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1984 RJ 1984\4295 sostiene “...equivalente a afrontar la moral sexual colectiva mediante...”

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1985 RJ 1985\2987 sostiene “...sanciona el delito denominado de abusos deshonestos violentos, infracción contra la libertad sexual...”

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1985 RJ 1985\2142 sostiene “...el conocido como estupro de prevalimiento, en que el bien jurídico protegido está representado por la libertad sexual...”

Tras la Ley Orgánica 3/1989, se asentó definitivamente la libertad sexual como el bien jurídico protegido de los delitos sexuales²⁸ así como el cambio de rúbrica. Los delitos contra la honestidad se denominaron delitos contra la libertad sexual. Así, se alcanza el Código Penal de 1995, vigente hoy en día, el cual tiene definido claramente el objeto jurídico a proteger.

A modo de recapitulación, la influencia que tiene el pensamiento de la sociedad en la que se enmarca el cuerpo de leyes para su determinación es exorbitante. Así, se ha evolucionado de un bien jurídico protegido colectivo, la moral, a un bien jurídico individual (la libertad sexual). La piedra angular de esta cuestión reside en la limitación del *ius puniendi* a sancionar conductas delictivas objetivas, sin entrar en valoraciones subjetivas propias de la moral.

²⁸ Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (BOE n. 148, 22 de junio de 1989), en su Exposición de Motivos: "...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."

3. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LA MUJER EN ALGUNOS DELITOS SEXUALES

3.1. Rapto

El delito de rapto se encontraba enmarcado en el Capítulo IV (“De los raptos, fuerzas y violencias contra las personas; y de la violación de los enterramientos”), del Título Primero, de la parte Segunda del Código Penal de 1822.

Bien es cierto que este Código no recogía una figura clara del rapto, sino que el capítulo se componía de normas confusas que recogían el supuesto de privación de libertad de una persona con el ánimo de aprovecharse de ella²⁹.

Atendiendo al artículo 664 del mencionado código, llama la atención la neutralidad que empleaba al referirse al sujeto pasivo como “persona”; a diferencia de lo que ocurre a lo largo de los otros delitos contra la honestidad, donde encasillaban a la mujer como sujeto pasivo. No obstante, a pesar de la neutralidad que emplea en el tipo básico, a lo largo de la regulación del delito de rapto, se situaba a la mujer como sujeto pasivo del delito cuando se distinguía entre mujer casada y mujer pública. Esta cuestión será tratada más adelante.

El delito de rapto consistía en sustraer a una persona con un fin sexual, por lo que se englobaría en la amplia categoría de sustracciones. La principal diferencia es el bien jurídico protegido. Así, todos los delitos que se traduzcan en meras sustracciones (como la detención ilegal), el bien jurídico protegido será la libertad individual; mientras que el delito de rapto tenía su foco de protección en la moral sexual, pues de inicio cuenta con un fin sexual; de ahí, que se tratase dentro de los delitos contra la honestidad.

La conducta delictiva del delito de rapto se definía como la “sustracción traslativa de una persona contra su voluntad”³⁰ y requería el cumplimiento de dos circunstancias: (1) el ánimo de abusar o causar daño a la víctima y (2) el empleo de violencia, amenaza o intimidación; o bien de engaño.

²⁹ Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, cit., p. 75.

³⁰ Quesada, Y., “El delito de rapto en el primer proyecto de código penal al amparo de la constitución de 1812”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, número especial, 2009, pp. 129-143.

No obstante, la primera circunstancia no era necesario que se diera si el sujeto pasivo era un niño o niña que no había llegado a la pubertad; en tal caso, no se trataría de un delito sexual al excluirse el requisito de abuso o daño, sino que podría incluirse en el amplio ámbito de meras sustracciones. Se observa aquí la protección que se les proporciona a los niños y niñas.

De acuerdo con el artículo 664, el rapto violento se castigaba con una pena de cinco a nueve años de obras públicas; mientras que el rapto con engaño (sin violencia y sin intimidación), que implicaba que la víctima accedía a irse con el raptor, se castigaba con una pena menor, de dos a seis años.

En relación con este delito, se establecía un tipo agravado en caso de que el fin último de la sustracción se cumpliera, es decir, en caso de que los abusos deshonestos se consumasen. Esta agravante implicaba ocho años más de obras públicas y el destierro de manera perpetua (artículo 666).

Al hilo de las agravantes, cabe mencionar otra en caso de que la persona sustraída fuera mujer casada (artículo 669). En este supuesto, la pena se incrementaría en dos años más de obras públicas y el destierro “durará también mientras viva el marido”³¹. La neutralidad que empleaba el tipo básico, haciendo referencia a “persona” como sujeto pasivo, se disipaba con este tipo agravado, pues encasillaba a la mujer como sujeto pasivo; volviendo a caer en la desigualdad y en el carácter paternalista tan característico de la época. Puede parecer lógico pensar que este precepto protegía a la mujer de manera positiva, pero el hecho de que el destierro tan sólo durase hasta el fallecimiento del marido ponía de relieve que no era así. Una vez falleciera el marido, el raptor podría volver y agredir a la víctima que, al encontrarse viuda, carecería de defensa por parte del marido y, en efecto, el ordenamiento jurídico de esa época no le proporcionaba tal protección.

Esta agravante tenía su fundamento en la protección de la honra de la mujer casada y, por consiguiente, del honor del hombre.

De distinto modo ocurre con la mujer pública. Así, si atendemos al artículo 670, se puede observar una atenuante debido a la condición social la mujer. Tal era la desconsideración que se mostraba por las mujeres que ejercían la prostitución que, en el caso de que se cometiera el delito de rapto contra ellas, la pena se reducía a la mitad. Otra prueba más del sistema jurídico patriarcal que reinaba a principios del siglo XIX.

³¹ Código Penal 1822, artículo 669.

El Código Penal de 1850 dedicaba el capítulo IV (artículos 368 a 370) en exclusiva para el delito de rapto. La principal diferencia respecto al código anterior era la calificación expresa de la mujer como sujeto pasivo (“El rapto de una muger ejecutado...”³²); por tanto, en el presente código no había cabida a que la víctima del delito fuera un hombre. Este código dejaba de lado completamente la neutralidad que gozaba el anterior código, siendo más fiel a la realidad de su época. No obstante, aquí no se discernía entre mujer casada o pública, sino que la pena era la misma fuera cual fuera la condición social que tuviera la mujer. Por tanto, no se establecían tipos cualificados o privilegiados por razón de la condición social de la víctima, pero sí se contemplaba la eximente en caso de que el raptor se casara con la ofendida. El motivo de esta eximente residía en la recuperación de la honra para la víctima con la subsiguiente recuperación de honor para la familia de ella.

Otra diferencia a destacar era la no exigencia expresa de violencia o engaño, siendo suficiente, el ánimo de abuso deshonesto y el no consentimiento de la víctima por regla general. Esto era así, pues el no consentimiento no era un requisito en todos los casos, como se verá a continuación.

Se establecían distintas penas en función de la edad de la víctima. Si la víctima era menor de 12 años, la pena era igual que en el rapto no consentido; en cambio, si la víctima era doncella mayor de 12 años pero menor de 23 años y el rapto era consentido, la pena era menor (“pena de cadena temporal” frente a “pena de prisión menor”, respectivamente³³). Por tanto, se observa como la falta de consentimiento no era un requisito *sine qua non* para que se diera el rapto.

La regulación del delito de rapto recogida en el Código Penal de 1850 se mantuvo prácticamente intacta³⁴, con pequeñas modificaciones, hasta las reformas que tuvieron lugar con los Pactos de Moncloa de 1978³⁵.

³² Código Penal 1850, artículo 368

³³ Código Penal de 1850, artículos 368 y 369.

³⁴ La regulación del rapto en los códigos de 1870, 1928 y 1944 siguieron la misma línea que el Código Penal de 1850.

³⁵ Iñesta, E., *El código penal español de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 704.

La Ley 46/1978 modificaba la regulación del delito de rapto. A este efecto, se derogó el artículo 441 del Código Penal de 1944, por el cual se penaba si la víctima era mayor 12 años y lo había consentido, aún con engaño³⁶.

El rapto desapareció con el Código Penal de 1995. No obstante, es cierto que se sustituyó por el delito de sustracción de menores cuya conducta era similar, pero eliminando la finalidad sexual.

3.2. Prostitución adulta

La actividad de prostitución puede definirse como aquel ejercicio donde se ofrecen servicios sexuales a cambio de una prestación económica que puede ser ejercida tanto por mujeres, como por hombres o transexuales³⁷.

La prostitución es una materia que ha sido objeto constante de debate entre la doctrina y, más aún, si se habla de su punición. A lo largo de toda la codificación penal han existido numerosas posturas al respecto. Antes de profundizar sobre su tratamiento a lo largo de los códigos, cabe tener en cuenta las posibles posturas que cada legislación ha podido adoptar.

Así, existen tres posibles escenarios. El primer escenario es la reglamentación, consistente en tratar la prostitución como una actividad laboral más, por tanto, este sistema la tolera y la regula; este modelo es el que sigue actualmente Holanda. El segundo escenario es la prohibición, castigando cualquier ápice de prostitución pues es considerado un mal social que, de ningún modo, puede permitirse. Además, este sistema trata a las personas que lo ejercen como delincuentes por lo que pueden ser perseguidas tanto por vía penal como por vía civil. Suecia es un claro ejemplo del sistema prohibicionista. Y, por último, el tercer escenario es la abolición, donde destaca España. Este sistema abolicionista también considera el ejercicio de la prostitución como un mal social, siendo su fin la erradicación, pero ni la legaliza, ni la prohíbe³⁸, tan solo reconoce su existencia.

³⁶ Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto (BOE n. 243, 11 de octubre de 1978)

³⁷ Harcourt, C. y Donovan, B., “The Many faces of sex work”, *Sexually Transmitted Infections*, 81, 2005, pp. 201-206.

³⁸ Marina, J.A., “Lucha por la dignidad”, Ponencia del Congreso Internacional de Derechos Humanos y Prostitución, Ayuntamiento de Madrid, 2006.

Dentro de cada escenario, siempre ha estado presente un debate donde se ponían de manifiesto opiniones muy dispares. Una de las cuestiones más controvertidas fue la referente a qué hechos debían de ser tipificados. Frente a esto, Ulrich Klug³⁹ señaló la aplicación del criterio *in dubio pro libertate*, es decir, en aquellos casos donde reinen las dudas, se debía optar por la libertad y la no punición. Su fundamento residía en que el Derecho Penal debía ser un derecho para todos y no para solo unos pocos, constituyendo este un argumento más a favor de la reglamentación y de la abolición.

Asimismo, parece necesario hacer referencia al debate que suscitaba la determinación del bien jurídico lesionado a la hora de ejercer la prostitución adulta consentida. El Derecho Penal ha de proteger los bienes jurídicos de sus posibles lesiones, pero parte de la doctrina consideraba que esta clase de prostitución no lesionaba ningún bien susceptible de protección penal, por lo que no se debía de tipificar dicha conducta. Puede ser que esta actividad fuera más o menos inmoral pero no parecía haber un bien jurídico lesionado. Por el contrario, los detractores de esta opinión consideraban que el bien jurídico lesionado era la moral pública y el decoro, por lo que estaban de acuerdo con su tipicidad.

Además, es necesario observar el papel que ha jugado la mujer en relación con este delito a lo largo de toda la codificación española. Para ello, es necesario observar la historia legislativa de todos los delitos relacionados con la prostitución, centrándonos en la prostitución adulta. Trayendo a colación los tres sistemas anteriormente indicados, España se caracterizó por ser un sistema prohibicionista hasta 1935, donde se aprobó el Decreto abolicionista, que más adelante se tratará. Nuestro Código Penal vigente se configura sobre las bases de un sistema mixto entre la abolición y la legalización⁴⁰.

Este delito ya figuraba en el primer Código de 1822, pero no dentro de los delitos contra la honestidad, sino que se situaba en la Primera Parte “Delitos contra la sociedad”, en el Título VII “Delitos contra las buenas costumbres”. Es notorio observar cómo el bien jurídico protegido en este caso no era la moral sexual sino valores como el decoro, las buenas costumbres, la decencia, es decir, la moral en general. A diferencia de lo que ocurría con los delitos contra la honestidad, donde se dotaba de una sobreprotección a la mujer, la prostitución se recogía en los “delitos contra la sociedad”, por lo que el foco de protección se centraba en la sociedad; como si la sociedad necesitara de protección frente a las mujeres que ejercían la prostitución.

³⁹ Klug, U., “Lógica jurídica”, trad. J.D. García, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1961.

⁴⁰ Holgado Fernández, I. (ed.), *Prostituciones: Diálogos sobre sexo de pago*, Icaria Editorial, Barcelona, 2008, p. 76.

Por ello, en lugar de darle protección a las mujeres públicas, se las privaba de tal protección favoreciendo su indefensión.

Parece interesante cómo este Código no tipificaba la prostitución adulta, es decir, no penaba a la mujer como sujeto activo que ejerce la prostitución; ni tampoco las conductas llevadas a cabo por el rufián o el proxeneta⁴¹. Por su parte, castigaba a aquellas personas que las “mantuviere o acogiere o recibiere en su casa”⁴² o bien que contribuyesen a su ejercicio. Por tanto, en este Código tan solo eran penadas aquellas conductas que favoreciesen a la prostitución.

Los Códigos siguientes como el de 1850 y 1870 tan solo dedicaron una pequeña parte a tal delito, si bien es cierto que lo ubicaron dentro de los delitos contra la honestidad y, más concretamente, dentro del capítulo III del delito de estupro y corrupción de menores. No obstante, estos Códigos seguían sin penar la prostitución adulta consentida.

Se observa cómo durante la época referente a estos códigos no se penaba la prostitución adulta, por lo que parece que no consideraban suficientemente lesiva la conducta consentida llevada a cabo por mujer adulta, aunque sí es cierto que se penaba toda ayuda que se le proporcionase a tal mujer.

Como se ha visto a lo largo de los anteriores delitos aquí estudiados, el hecho de que el sujeto pasivo fuera una mujer pública atenuaba las penas o, directamente, eximía la conducta delictiva. Pero, por el contrario, la mujer como sujeto activo que ejerciera la prostitución no quedaba sometida a ningún delito.

A finales del siglo XIX, se produjo un importante movimiento feminista que trajo consigo un gran cambio en la observancia de la prostitución. Tal movimiento feminista defendía “hacer evidente y terminar con la situación de opresión que soportan las mujeres y lograr así una sociedad más justa que reconozca y garantice la igualdad plena y efectiva de todos los seres humanos”⁴³.

⁴¹ Gavilán Rubio, M., “Delitos relativos a la prostitución y a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Algunas dificultades en la fase de instrucción”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVIII, 2015, pp. 103-130.

⁴² Artículo 535 del Código Penal de 1822.

⁴³ Kingsley, S., *Sex and suffrage in Britain 1860-1914*, Princeton University Press, UK, 1987.

Dicha ola feminista tuvo su impacto en el Código Penal de 1928, pues fue el primero que dio una notable importancia al delito de prostitución; reflejo de ello era el Capítulo III (“Delitos relativos a la prostitución”), en el Título X (“Delitos contra la honestidad”). Se trataba de la primera vez que un Código recogía en un capítulo independiente la prostitución (artículo 608 y siguientes).

Antes de continuar, es necesario señalar las conductas de tercería al respecto, que son las llevadas a cabo por el rufián y el proxeneta. Según Gimbernat, rufián es aquel “hombre que vive de la mujer pública⁴⁴” y proxeneta es aquella “persona que facilita el local para el ejercicio de la prostitución⁴⁵”. Esta última conducta es denominada por la jurisprudencia y por la doctrina como tercería locativa (STS 846/1996 de 4 de noviembre).

La primera vez que se recogió una aproximación de estas figuras fue, de nuevo, en el Código de 1928, si bien es cierto que no se hizo referencia expresa. Así, el artículo 608.1 comprendía la conducta llevada a cabo por el rufián y rezaba así:

1.º Los que cooperen o protejan públicamente la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera del Reino, participando de los beneficios de esto tráfico o haciendo de él modo de vivir.

Se observa como se tipificaba aquella conducta que consistiera en sacar provecho de la prostitución y vivir de ello. De la misma forma, la figura del proxeneta se situaba en el artículo 609.3 y 610, señalando el primero de la siguiente manera:

3.º El que con el mismo objeto ayude o sostenga con cualquier motivo o pretexto la continuación de la corrupción o la estancia de los jóvenes antes mencionados en casas o lugares de vicio.

Estas casas donde se solían acoger a las mujeres que ejercían la prostitución se denominaban comúnmente como mancebías o casas de tolerancia, siendo el dueño el proxeneta.

Se entendía que tanto el rufianismo como el proxenetismo contribuían a favorecer y facilitar el ejercicio de tal conducta, por aquella época completamente inmoral y denigrante para la mujer; y, por ello, se tipificaban.

⁴⁴ Gimbernat Ordeig, E., *Estudios de derecho penal*, Tecnos Madrid, 1990, pp. 78-91.

⁴⁵ Estudios de derecho penal, cit., p. 84.

Otra aportación más de este Código era la regulación de la prostitución adulta (artículo 608.2º y 4º). Empero, regulaba la prostitución forzada o coaccionada, no la voluntaria o consentida. Esta novedad suponía un avance para aquel sector de mujeres adultas pues en los anteriores Códigos no se regulaba ninguna clase de prostitución adulta, ni la forzada ni la voluntaria; quedando desamparadas de protección aquellas mujeres adultas que ejercían la prostitución terciando un medio coactivo.

Otro signo que mostraba este Código era la neutralidad de género empleada a lo largo de su regulación. En el delito de prostitución, se empleaban expresiones neutrales para hacer referencia tanto al sujeto activo como pasivo del delito, así algunos ejemplos eran “el que...”, “los que...”, “los responsables criminalmente...”, “la persona que...”.

En relación con el tratamiento jurídico de las figuras de tercería, la aprobación de la Ley de Vagos y Maleantes, de 5 de agosto de 1933 reforzó el tratamiento jurídico de estos sujetos. Fue la primera vez en la historia legislativa que se recogió expresamente al rufián y al proxeneta. Si bien no se trataba de una Ley que tipificara delitos, se establecían unas medidas de seguridad para aquellos sujetos que el legislador considerase como “peligrosos”, entre los cuales se encontraban los rufianes y proxenetes (artículo 2). Para estos sujetos se establecían específicamente las siguientes medidas (artículo 6. 2º): “a) Internado en un establecimiento de trabajo o Colonia agrícola; b) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio, y obligación de declarar su domicilio; c) Sumisión a la vigilancia de delegados”⁴⁶.

A nivel internacional, ya se estaba poniendo en marcha la corriente pro abolicionista. Ejemplo de ello fue el Congreso de Londres en 1899, en el cual se trataban asuntos como la prostitución⁴⁷. Por ello, a España le era muy difícil continuar con un sistema prohibicionista. Además, a la posición internacional, se le debía sumar el movimiento pro abolicionista que inició el Real Patronato en 1902. El Real Patronato era una institución para la lucha contra la prostitución, estando considerada como la primera institución oficial que trataba este asunto.

⁴⁶ Artículo 6. 2º de la Ley de Vagos y Maleantes, de 5 de agosto de 1933. Gaceta de Madrid, núm. 217.

⁴⁷ Rivas Arjona, M., “El camino hacia el abolicionismo prostitucional en la II República española”, *Investigación y género, inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional* Investigación y Género”, Sevilla, 2012, p.1661-1679.

Todo ello, llevó al legislador a aprobar el Decreto abolicionista de 28 de junio de 1935. Tal y como recoge en su Exposición de Motivos: “[...] el Gobierno se apresura a proclamar que desea incorporarse al movimiento abolicionista que impera desde hace años en los países más avanzados [...]”⁴⁸.

Este nuevo sistema implantado en España se reflejó en numerosas leyes que recogían la existencia de la prostitución y la consideraban como un mal social y, para ello, era necesario suprimir todo lo relacionado con esa conducta. El Decreto-Ley, de 3 de marzo de 1956 de abolición de centros de tolerancia y otras medidas relativas a la prostitución fue un claro ejemplo de la nueva tendencia que reinaba en España.

Ante este panorama de cambios, la regulación del Código Penal de 1928 no se correspondía al nuevo tratamiento de la prostitución. Por ello, se volvió a la sistemática del Código Penal de 1870 en los sucesivos Códigos de 1932 y 1944. Esta sistemática suprimía la independencia de un capítulo exclusivo para la prostitución. No obstante, los Códigos de 1928, 1932 y 1944 se caracterizaron por no sólo penar la prostitución de los menores de edad, sino que también regulaban la prostitución de mayores de edad. Es más, se penaba tanto la prostitución adulta forzada como una conducta similar a la del rufián, pero sin mencionar ninguna conducta próxima a la del proxeneta.

Hasta este momento, España había sido testigo de numerosas corrientes, modificaciones y opiniones contrapuestas que crearon la necesidad de asentar unas bases jurídicas para armonizar todos los textos penales. Así, se aprobó la Ley de Bases para la revisión y reforma del Código Penal y otras leyes penales⁴⁹. En materia de prostitución, se exigió que se dedicase un capítulo exclusivo que incluyera tanto la prostitución de menores como de mayores de edad y que aumentase la represión del proxeneta y del rufián. Era imperativo que todas estas innovaciones se recogiesen en un cuerpo legal y, por ello, se aprobó el Decreto 691/1963, por el que se aprueba el “Texto revisado de 1963” del Código Penal.

⁴⁸ Decreto de 28 de junio de 1935, Gaceta de Madrid, 30 de junio de 1935.

⁴⁹ Ley 79/1961, de 23 de diciembre, de bases para la revisión y reforma del Código Penal y otras leyes penales (BOE núm. 309, de 27 de diciembre de 1961).

Su Exposición de Motivos dejaba muy clara la exigencia:

La última de ellas (modificaciones) tuvo lugar por Ley número 79/1961, de 23 de diciembre, que, al establecer determinadas bases para la modificación del Código, ordenó al Gobierno la publicación de un texto revisado en el que se comprendan las modificaciones introducidas desde la promulgación del texto refundido de 1944.⁵⁰

Por tanto, en el nuevo texto revisado de 1963 se dedicaba el capítulo VII del Título IX a los delitos relativos a la prostitución y, siguiendo el modelo abolicionista, la prostitución ya no era constituyente de delito, pero las conductas de tercería sí (rufián –artículo 452 bis c)– y proxeneta –artículo 452 bis d)–⁵¹. Como se ha observado a lo largo de los Códigos, las conductas de tercería eran bastante confusas y genéricas, sin ninguna división, englobando a toda conducta que indujese o promoviere la prostitución; esta nebulosa se esclarece con el presente texto, individualizando cada una de las conductas.

A pesar de todos los avances que trajo consigo el Texto revisado de 1963, seguían existiendo rastros de la moral, característica de la sociedad patriarcal, al recoger los delitos sexuales bajo la rúbrica de “Delitos contra la honestidad”. Esta relación entre Derecho y Moral fue profundamente estudiada por Díez Ripollés en los años 80, quien lucha por un empoderamiento de la mujer y la separación de ambos conceptos.

Esta secularización del Derecho desembocó en el cambio de rúbrica de los “Delitos contra la honestidad” que se sustituyeron por “Delitos contra la libertad sexual” (Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio). Sin embargo, no se hizo hincapié en los delitos relativos a la prostitución que seguían dotándose de contenido moral. Por ello, era necesario esperar hasta el Código Penal de 1995 para observar una profunda reforma en materia de prostitución.

El Código Penal de 1995, en su versión inicial, tan solo dedicaba el artículo 188 a la prostitución adulta y forzada, siendo alegal la prostitución adulta voluntaria. Además, tampoco preveía las figuras de rufián y proxeneta de siguiendo el modelo abolicionista. Por ende, se contempla como este Código no penaba la responsabilidad del dueño que regentaba un local para la prostitución ni la conducta de aquel sujeto que se dedicaba a vivir a expensas de la prostituta, sino que tan solo castigaba la prostitución adulta en la que mediara algún medio coactivo.

⁵⁰ Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el “Texto revisado de 1963” del Código Penal (BOE núm. 84, de 8 de abril de 1963)

⁵¹ Álamo, M. A., “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Internacional*, (17), 2006, pp. 171-210.

Además, este Código no hacía referencia a la mujer explícitamente en ningún caso, favoreciendo así la igualdad de género exigida por la Constitución Española de 1978 (“se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos”⁵²).

El ansia de la sociedad española por una regulación más amplia en lo relativo a los delitos sexuales convergió en la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, donde en su Exposición de Motivos se hacía mención por primera vez a la dignidad de la persona como bien jurídico protegido, además de la libertad sexual. Un notorio avance para el sector de las mujeres que ejercían esta actividad.

Este avance se hizo patente con la nueva redacción del artículo 188, que hacía referencia a la prostitución adulta. Así, se incorporó el párrafo siguiente: “5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida”⁵³. El legislador atribuía a la persona que ejerciera la prostitución una protección más amplia que abarcaba el concurso de los delitos cometidos y no subsumiéndose unos en otros, en base a la protección anteriormente mencionada de la dignidad.

Más tarde, con la Reforma de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, se introdujo una nueva conducta típica en el párrafo primero del artículo 188, en virtud del cual: “En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”⁵⁴. De nuevo, se volvió a penalizar las conductas de tercería, pero con poco éxito. La Sala II del Tribunal Supremo acusó a la Reforma de ser desproporcionada al imponerse la misma pena al uso de violencia o coacción y a las conductas de tercería y, por ello, interpretó restrictivamente el tipo penal⁵⁵.

⁵² Exposición de Motivos de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995)

⁵³ 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 (BOE núm. 104, de 1 de mayo de 1999)

⁵⁴ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm. 234 de 30 de septiembre de 2003)

⁵⁵ Fernández Olalla, P., “Delitos relativos a la prostitución y su relación con la trata de seres humanos”, *DocPlayer* (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/P%20Fernández%20Olalla.pdf?idFile=8c46efbb-3580-40df-bb61-ffffa614e6c2; última consulta el 1 de abril de 2019)

En 2015, se llevó a cabo la Reforma del Código Penal que afectó a la regulación de la prostitución. El primer aspecto que modificó fue la numeración, por lo que la prostitución adulta actualmente se regula en el artículo 187. Siguiendo con la interpretación restrictiva de la Sala II del Tribunal Supremo, se produjo el cambio sistemático requerido, por lo que la penalización de las conductas de tercería se situó en un párrafo independiente y, además, se señaló en qué casos se debía de entender que había explotación. Se observa cómo la intención del legislador era de regular más restrictivamente aquellas conductas que se basasen en lucrarse de la explotación de la prostitución consentida.

Por último, en diciembre de 2018, el grupo socialista presentó un Proyecto de Ley al respecto. Este texto legal se denominó “Proyecto de ley integral contra la trata de seres humanos y en particular con fines de explotación sexual” y, atendiendo a su Exposición de Motivos, continúa con la tendencia abolicionista (“Esta ley integral persigue erradicar la prostitución [...] y prohíbe todo tipo de proxenetismo”⁵⁶). Las principales modificaciones que incorpora relativas a la prostitución, respecto del Código Penal vigente, son tres. En primer lugar, continúa la penalización de quien se lucre de la prostitución, pero se suprime la necesidad de que haya explotación; por lo que este precepto abarcaría de manera más amplia cualquier conducta de la que se derivase el lucro. En segundo lugar, se incorpora el artículo 187 bis que recoge la conducta llevada a cabo por el proxeneta, pero en una versión extendida. Ya no se penaría tan solo la conducta de aquel que facilitase un inmueble, sino el suministro de inmuebles, muebles, instrumentos o transporte. Y, en tercer lugar, se añade el artículo 187 ter que recoge la penalización de los consumidores de estos servicios y sostiene la absoluta impunidad de las personas que ejercen la prostitución. Esta medida no se había recogido nunca a lo largo de la historia legislativa y supone una gran innovación en el ámbito de la prostitución.

3.3. Estupro

El delito de estupro es difícil de definir pues no se le dotó de una definición en ninguno de los códigos. A pesar de ello, ya en el Derecho Romano, se hacía referencia al estupro como al acceso carnal a mujer honesta libre o viuda sin su consentimiento⁵⁷.

⁵⁶ Proyecto de ley integral contra la trata de seres humanos y en particular con fines de explotación sexual, de diciembre de 2018.

⁵⁷ Bazá, I., “El estupro. Sexualidad delictiva en la Baja Edad Media y primera Edad Moderna” en Charageat, M. (ed.), *Matrimonio y sexualidad. Normas, prácticas y transgresiones en la Edad Media y principios de la Época Moderna*. Casa de Velázquez 33-1, 2003, pp. 13-46.

Más adelante, nuestro Derecho Penal recogía conductas muy amplias que se encuadraban en el delito de estupro, así “aludía a todo tipo de unión sexual ilegal, incluyéndose el adulterio”⁵⁸. Posteriormente, los juristas constriñeron la definición manifestando que sólo podrían sufrir este delito aquellas mujeres cuya honestidad estuviera intacta.

Esta figura penal fue “un claro exponente de la protección que el Código penal dispensaba a la moral y al honor”⁵⁹, protegiendo tan sólo a una clase de mujer. Esto se puso de manifiesto a través de los calificativos que se empleaban para hacer referencia al sujeto pasivo como “doncella”, atributo que implicaba la exigencia de pureza, virginidad y decoro a las mujeres de la época.

El delito de estupro no aparece tipificado manifiestamente en el Código Penal de 1822. Por ello, el Código Penal de 1850 es considerado el pionero en tipificar expresamente el delito de estupro en el Capítulo III, del Título X, del Libro Segundo.

En su artículo 366, se observa como, de nuevo, se encasillaba a la mujer como único sujeto pasivo; es más, se hacía referencia expresa a “doncella mayor de 12 años y menor de 23 años”⁶⁰. Dicho rango de edad era considerado la edad idónea para contraer matrimonio y un requisito *sine qua non* para ello eran la pureza y virginidad de la mujer, de ahí que se protegieran dichos valores morales a través del delito de estupro. Por ende, se puede afirmar que el sujeto activo debía ser un hombre.

Este Código recogía a su vez tres modalidades de estupro. El primer párrafo del precepto recogía el estupro de prevalimiento, el segundo párrafo el estupro-incesto y el tercer párrafo hacía referencia al estupro fraudulento.

A continuación, se realizará un recorrido por las tres clases de estupro a lo largo de la historia legislativa.

⁵⁸ Simón, M., *Delitos carnales en la España del antiguo régimen: el estupro y los abusos deshonestos*. Directora: Aurelia Martín, Tesis doctoral inédita, Universidad de Granada, 2010, p. 165.

⁵⁹ Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, cit., p. 58.

⁶⁰ Código Penal de 1850, artículo 366.

3.3.1. Estupro con prevalimiento

El estupro con prevalimiento era aquella conducta que llevaba a cabo cualquier varón que estuviera a cargo de la educación, guarda o custodia de la doncella. No se hacía referencia expresa al abuso de superioridad pues era una circunstancia que se daba por sentada debido a la posición que ocupaba el sujeto activo en la vida de la doncella y la escasa edad de ella.

El Código Penal de 1870 siguió la misma línea de su predecesor, por lo que fue el Código Penal de 1928 el que introdujo ligeras modificaciones, pero de gran importancia, con respecto a los anteriores. En primer lugar, fue el primero en romper con la línea tradicional pues los anteriores códigos recogían el incesto como una modalidad de estupro; mientras que, en el presente código, el delito de incesto quedó bajo el mismo capítulo que el delito de estupro, pero en preceptos diferenciados⁶¹. La otra modificación de gran trascendencia fue la incorporación de del estupro con prevalimiento económico; esto quiere decir que se castigaba toda conducta de abuso que proviniese de un superior cuya relación con la víctima fuera económica (por ejemplo, jefe, patrono). Esta incorporación podría ser el precedente de lo que se conoce actualmente como acoso sexual, problema que deriva de la incorporación de las mujeres al mercado laboral⁶². No obstante, este gran avance para la mujer se mantuvo vigente hasta 1932 donde se volvió a la misma línea de los Código de 1850 y 1870.

Gracias a la Ley del 6 de noviembre de 1942, se volvió a incorporar en la codificación española la preocupación por los abusos hacia las mujeres en el ámbito laboral a través de una figura delictiva similar a la recogida por el Código de 1928. Así, el Código Penal de 1944 recogía esta figura en su artículo 437 (“El patrono o jefe que, prevalido de esta condición, tenga acceso carnal con mujer [...]”), pero en todo lo restante siguió el mismo esquema que los Códigos de 1850 y 1870, esto es, sin individualización del delito de incesto.

En este sentido, cabe hablar de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1983 que recogió las modalidades del delito de estupro presentes en el Código Penal de 1944 y las conclusiones de la reforma llevada a cabo en 1978.

⁶¹ Morillas, L., “El delito de estupro-incesto”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 29, n. 2, 1976 pp. 293-328.

⁶² Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, cit., p. 68.

El Código de 1944 se caracterizaba por recoger una gran variedad de modalidades del delito de estupro, tal y como expuso el Tribunal Supremo en su sentencia:

Estupro doméstico -artículo 434-; incesto - artículo 435-; estupro de seducción -párrafo 1.º del artículo 436-; estupro con indicación social, es decir, abusando de la situación de angustiosa necesidad en que se hallaba la víctima -párrafo 2.º del citado artículo 436-; el de prevalimiento de la edad juvenil de la mujer, cuya figura, a su vez, admitía dos formas comisivas (con engaño o sin él) -párrafo 3.º del precitado artículo 436-; y, finalmente, el laboral, definido y penado en el artículo 437 del mencionado Código⁶³

La Ley 46/1978, de 7 de octubre⁶⁴, reformó la regulación de los delitos de estupro y rapto presentes en el Código de 1944. Esta reforma introdujo grandes modificaciones en el delito de estupro. La más notable fue la reducción de todas las modalidades a dos modalidades de estupro: estupro con prevalimiento, recogido en la nueva redacción del artículo 434; y el estupro con seducción o engaño, recogido en la nueva redacción del artículo 435; quedando derogadas el resto de modalidades.

Además, esta reforma conllevó un gran avance para la mujer en el ámbito de los delitos sexuales pues ya no se la encasillaba como sujeto pasivo exclusivo del delito de estupro, sino que la nueva redacción de los preceptos hacía referencia a “persona” como autor y como víctima, sin hacer mención al sexo que habían de tener los sujetos en el delito. Asimismo, la nueva redacción no recogía ninguna referencia a la conducta, fama u honestidad que había de comportar la mujer para, efectivamente, ser víctima del delito; sino que la nueva reforma ya no distinguía entre clases de mujeres y ofrecía un trato igualitario a todas ellas.

Además, como ya se indicó, se derogaron el resto de modalidades y, entre ellas, la modalidad de estupro-incesto. En la nueva redacción, el estupro-incesto ya no conformaba una modalidad. El legislador de la época optó por aplicar una agravante por parentesco empleando la pena en su grado máximo⁶⁵, pues consideraba una aberración tener relaciones sexuales entre parientes.

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre 352/1983 (Considerando 3)

⁶⁴ Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto, cit.

⁶⁵ Así, la agravante de parentesco se reflejó en el artículo 434 2º párrafo: “La pena se aplicará en su grado máximo cuando el delito se cometiere por ascendiente o hermano del estuprado.”

3.3.2. Estupro-incesto

El estupro-incesto apareció por primera vez en el artículo 366 del Código Penal de 1850⁶⁶, pero no se le dotó de *nomen iuris* propio, sino como una modalidad del delito de estupro. Esta modalidad no exigía una edad determinada ni tampoco se hacía alusión alguna a la fama que le precediera a la víctima, sino que bastaba con que se diera una relación de parentesco⁶⁷.

Esta modalidad dio mucho que hablar entre los juristas, existiendo posiciones totalmente opuestas. Los grandes defensores de la tipicidad de esta conducta, como Langle Rubio⁶⁸, lo justificaban por las deformidades físicas que pudiera padecer el fruto de tal relación incestuosa y por la inmoralidad que implicaba tal conducta y que, por tanto, debería de estar penada. En cambio, detractores como Groizard⁶⁹, no veían el bien jurídico protegido dañado, siempre y cuando no se ejerciera engaño o violencia, sino que se tratara de relaciones sexuales entre dos adultos que pertenecían al ámbito personal de cada uno. Por ello, abogaban por despenalizarlo.

El Código Penal de 1928 se alejó del pensamiento de los detractores y siguió con la tradición paternalista que caracterizaba a la época. Así, proporcionó un *nomen iuris* propio al delito de incesto, dejando de ser una simple modalidad del delito de estupro. El delito de incesto se recogió en el artículo 603 el cual señalaba:

El incesto será castigado: (1) El de ascendientes con sus descendientes, con la pena de seis meses a seis años de prisión a los primeros y el grado mínimo de la misma pena a los segundos. (2) El de afines en línea recta y el de hermanos, ya sean germanos, ya uterinos, ya consanguíneos, con la de dos meses y un día a un año de prisión.

Con las mismas penas, respectivamente, serán castigadas las relaciones impúdicas entre las personas expresadas en los números anteriores.

⁶⁶ El Código Penal de 1870 contenía el mismo precepto, pero con la numeración cambiada. Así, el artículo 458 rezaba así: “En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana ó descendiente, aunque sea mayor de 23 años.”

⁶⁷ De la Rosa, J.M., “Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, 2013, p.8 (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20José%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14; última consulta: 14/03/2019)

⁶⁸ Langle Rubio, E., *Código Penal de 17 de junio de 1870*, Hijos de Reus, Madrid, 1915.

⁶⁹ Groizard, A., y Gómez de la Serna, P., *Código Penal de 1870, concordado y comentado*, Salamanca, 1893.

El precedente artículo recogía un gran avance dejando a un lado a la mujer como sujeto pasivo. Así, se observa como se dejaba abierta la opción a que el sujeto pasivo pudiera ser tanto un hombre como una mujer, resultando en ambos casos la misma pena. Esta es la gran diferencia respecto a los anteriores códigos, pues tradicionalmente siempre se había hecho referencia a la mujer como sujeto pasivo (“el que cometiera estupro con su hermana o descendiente”).

Esta modificación parecía ser totalmente lógica pues en una relación sexual intervienen dos personas de mutuo acuerdo, sin que exista violencia; pues, de lo contrario, estaríamos ante un delito de violación. La conducta delictiva en el delito de incesto se limitaba a la simple relación sexual entre familiares, sin mediar violencia o fuerza. Por ello, parecía adecuado penar a ambas personas por igual.

A pesar de ello, los sucesivos códigos volvieron al esquema tradicional, esto era, el incesto pasó a ser de nuevo una modalidad del delito de estupro con la mujer como sujeto pasivo.

Como ya se indicó, en 1978 se produjo la reforma⁷⁰ que mayor impacto tuvo en el delito de estupro, derogando la modalidad estupro-incesto. Así, convirtió el incesto en una agravante del delito de estupro con prevalimiento. Además del avance en materia de equiparación entre el hombre y la mujer ya comentado, cabe destacar la exigencia expresa del abuso de superioridad. En la anterior legislación, este último requisito se entendía cumplido en el estupro de prevalimiento por la posición que ocupaba el sujeto activo respecto a la víctima.

Actualmente, el artículo 23 del Código Penal vigente⁷¹ recoge el último atisbo que queda del incesto tanto en la figura de “circunstancia mixta de parentesco”, la cual puede ser una agravante o atenuante dependiendo del caso concreto, como en los artículos 180.4^a, 181.5 y 182.2.

3.3.3. Estupro fraudulento

Por último, cabe mencionar el estupro fraudulento, también conocido como estupro de engaño o de seducción. Según Viviana Caruso, el estupro fraudulento fue interpretado por los juristas de la época como el “goce de una doncella por seducción”⁷².

⁷⁰ Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto, cit.

⁷¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cit.

⁷² Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, cit., p. 59.

El delito de estupro fraudulento era aquella conducta típica que consistía en utilizar el engaño para acceder carnalmente al sujeto pasivo a través de promesas inciertas como el matrimonio, una remuneración o estabilidad económica, entre otras. Estas promesas no tenían proyección de futuro pues estaban previamente planeadas para alcanzar un único objetivo, a saber, el yacer con el sujeto pasivo⁷³.

En un primer momento, este delito tenía como sujeto pasivo a la mujer por lo que se ponía de manifiesto el carácter paternalista del legislador, como más adelante se examinará. No obstante, es cierto que los códigos señalaban que el estuprador que contrajese matrimonio con la estuprada quedaría libre de cualquier responsabilidad penal. Por este motivo, parte de la doctrina sostenía que existían mujeres que se aprovechaban de estas circunstancias. Esto es, la mujer se dejaba engañar, aun sabiendo la verdad oculta; después, mantenían relaciones sexuales y, acto seguido, denunciaban al supuesto estuprador. De tal manera, las mujeres conseguían ser remuneradas económicamente, o bien, un matrimonio forzoso que, de otro modo, no podrían conseguir⁷⁴.

En cuanto a la tipificación de este delito, de nuevo fue el Código Penal de 1850 el que configuró esta conducta como un delito independiente en su artículo 366 tercer párrafo⁷⁵. No obstante, no se definía qué se entendía por “engaño”, por lo que el legislador dejó la puerta abierta al arbitrio judicial para cada caso concreto. Además, se requería que el sujeto pasivo fuera una doncella mayor de 12 años y menor de 23 años y, consecuentemente, el sujeto activo debía de ser un hombre.

El Código Penal de 1870, al igual que en el resto de las modalidades de estupro, siguió la misma línea que su predecesor. Y, del mismo modo, el Código Penal de 1928 volvió a cambiar el rumbo de la regulación. Así, suprimió el requisito de “doncella” (que implicaba la existencia de himen) y lo amplió al requisito de “mujer honesta”; de este modo, no se quedaban fuera de la protección aquellas mujeres que hubiesen perdido el himen por cualquier otra circunstancia como en un accidente o realizando alguna actividad física⁷⁶.

⁷³ Vargas, G., *El estupro, la nueva figura penal en la ley 19.617*. Director: Eduardo Sepúlveda, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2001.

⁷⁴ García Goyena, F., *Código criminal español según las leyes y practica vigente, comentado y comparado con el Penal de 1822, el francés y el inglés*, Tomo III, Madrid, 1843.

⁷⁵ Así, el artículo 366 tercer párrafo reza: “El estupro cometido por cualquiera otra persona interviniendo engaño, se castigará con la pena de prisión correccional”.

⁷⁶ Langle Rubio, E., *La mujer en el derecho penal*, Hijos de Reus, Madrid, 1911, p. 97.

Sin embargo, el legislador seguía manteniendo fuera de la protección a las mujeres deshonestas, aflorando la importancia de la moral en la época a pesar de los avances.

Este Código también incorporó la promesa de matrimonio como el único medio posible para que el sujeto pasivo cayese en el engaño.

Los siguientes Códigos (1932 y 1944) volvieron a la regulación del Código de 1870 incorporando de nuevo el término “doncella” y abriendo el abanico de posibilidades de engaño; lo cual supuso una involución.

La Ley 46/1978, como ya se mencionó, supuso el avance más destacado en materia de estupro. Así, rebajó la protección penal a la edad de 16 años, ya no se hablaba de doncella sino de persona, equiparando a los hombres y a las mujeres, y la fama que precediera a la víctima era indiferente. Además, describió claramente la conducta delictiva empleando el “acceso carnal” y dejando atrás la confusa expresión de “cometer estupro”.

Esta figura, a diferencia de otros delitos, no se ha despenalizado, sino que se ha recogido bajo una modalidad del delito de abuso sexual en el artículo 181, 182 y 183 del Código Penal de 1995.

El artículo 181.³⁷⁷ recoge el antiguo estupro con prevalimiento sin limitación de edad, por lo que tiene su punto de conexión en la situación de superioridad de la que gozaba el sujeto activo respecto al sujeto pasivo. El artículo 182.1, por su parte, recoge el antiguo estupro fraudulento y el artículo 183 recoge el denominado estupro simple limitándose a menores de 16 años.

Por tanto, se observa como el estupro sigue presente actualmente en nuestro código, pero se ha deshecho de todo vestigio moralizante.

3.4. Agresiones y abusos sexuales

Los delitos que históricamente preceden tanto a la agresión sexual como al abuso sexual son los de violación, estupro y abusos deshonestos, que actualmente se encuentran subsumidos en dicha nueva terminología.

⁷⁷ El artículo 181.3 dice así: “La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.”

Tradicionalmente, se confundía el estupro y la violación e, incluso, se defendía que el estupro era un delito residual de la violación. No obstante, la principal diferencia era el consentimiento de la víctima, pues era inexistente en el delito de la violación mientras que el estuprador sí contaba con él⁷⁸.

El tratamiento legislativo que han tenido estos delitos a lo largo de la codificación penal ha sido similar desde el Código Penal de 1850 hasta la reforma que se llevó a cabo en 1989, con la salvedad del Código Penal de 1928, que más adelante se analizará.

El Código Penal de 1850 dedicaba un capítulo independiente al delito de violación en el cual subsumía los abusos deshonestos. De acuerdo con la doctrina mayoritaria de la época⁷⁹, el verbo “yacer” se entendía como la penetración vaginal entre un hombre y una mujer. Por consiguiente, el resto de penetraciones tales como la anal o aquella en la que se introducen objetos se subsumían en los abusos deshonestos. De ahí que la mujer fuera considerada como el único sujeto pasivo posible (“La violación de una muger será castigada...”⁸⁰), mientras que, en los abusos deshonestos, se hacía referencia a “persona” como víctima.

Esto denotaba la relevancia de los sujetos a la hora de determinar la conducta típica, por lo que en efecto se trataba de una cuestión de género. Se penaba con un mayor castigo la violación debido a la sobreprotección que se otorgaba a la moralidad sexual de la mujer, como se ha venido diciendo, la honestidad y su virginidad eran los bienes más preciados que poseía una mujer. Por ello, en caso de ser lesionados, constituirían una deshonra para toda la familia. Asimismo, la finalidad de este precepto también atendía a la posibilidad de quedarse encinta y todo lo que ello conllevaba. Si la violación se cometía sobre mujer casada, además de mancillarse el honor de su marido, si se quedase embarazada de tal acto ello supondría introducir al núcleo familiar un hijo ilegítimo. En aquel periodo, los hijos ilegítimos, fueran cuales fueran las causas de su concepción, no estaban bien vistos y producían rechazo en la sociedad. Por el contrario, las conductas que se recogían en los abusos deshonestos estaban menos penadas pues al consistir en la penetración anal, de objetos o entre homosexuales no existía riesgo de embarazo.

⁷⁸ Rodríguez, L., *Delitos sexuales de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley nº19.617 de 1999*, Editorial Jurídica de Chile, 2014.

⁷⁹ Carmona Salgado, C., “La normativa de los abusos deshonestos en el proyecto de Código Penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1980, p. 72.

⁸⁰ Artículo 363 del Código Penal de 1850.

Claramente se observa la connotación moral que entrañaban estos delitos y que promueven la desigualdad de género; pues el foco no residía en el atentado que se produce contra su libertad sexual o su persona, sino en la protección de los hombres de la familia de la víctima. Nada nuevo teniendo en cuenta la época patriarcal en la que acontecen estos Códigos.

No obstante, en aquella época sí se produjo un avance en el tratamiento jurídico de la mujer. Las Partidas englobaban dentro del delito de violación una clasificación en función del estrato social de la mujer; así, si la víctima era viuda, casada, religiosa o virgen la pena se endurecía. Sin embargo, tal y como se ha expuesto, la codificación posterior penaba de igual modo la violación con independencia del estado social de la víctima.

La conducta típica de estos delitos requería el uso de “fuerza o intimidación”, cuya interpretación se basaba en la necesidad de una resistencia expresa por parte de la mujer hasta el punto de que tuviera marcas de dicha fuerza o intimidación en su cuerpo. De otro modo, se entendería que la mujer se dobló antes de tiempo y, por ende, dicha conducta no constituiría objeto de delito. En principio, atendiendo a este criterio, quedaban bajo la protección del Derecho Penal todas las mujeres; sin embargo, la jurisprudencia de la época era escasa en cuanto a violaciones de prostitutas se tratase. Se consideraba que las mujeres públicas estaban más predispuestas a tales actos sexuales y que, al fin y al cabo, era su ejercicio habitual; lo cual denota una inobservancia total a la voluntad de las mujeres que ofrecían tales servicios. Otra señal más de la relevancia que se le otorgaba a la honestidad y fama de la mujer⁸¹.

La violación dentro del matrimonio tampoco constituía delito. A decir verdad, a lo largo de la codificación española no se excluyó de manera expresa tal conducta, pero dicha exclusión se sobreentendía debido al débito conyugal. Esta institución jurídica proporcionaba al marido el derecho absoluto a disponer de su mujer a su antojo y el deber imperativo de la mujer a satisfacer los deseos de su marido. El fin de la mujer dentro del matrimonio era la procreación, por tanto, si la mujer se oponía a mantener relaciones sexuales, el marido podía obligarla a cumplir con sus deberes como esposa. Todo ello ponía de manifiesto la no cabida de la violación entre cónyuges. Este asunto no fue objeto de debate hasta adentrado el siglo XX, donde se empezó a cuestionar qué se entendía por débito conyugal y qué conductas podían comprenderse dentro del delito de violación. Así, se observaban distintas posturas al respecto. Parte de la

⁸¹ Asua Batarrita, A., “Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico” en Emakunde Instituto Vasco de la Mujer (ed.), *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, Vitoria-Gazteiz 1998, pp. 47-101.

doctrina (Cuello Calón⁸², Gimbernat Ordeig⁸³) defendía la existencia del débito conyugal el cual debía de ser respetado por la esposa, pero contemplaban ciertas conductas que podían enmarcarse dentro del delito de violación. Por su parte, autores como Langle Rubio⁸⁴ o Carmona Salgado⁸⁵, no preveían la posibilidad del empleo de la fuerza o violencia en el seno del matrimonio, fuera cual fuera el deber de la esposa.

Los abusos deshonestos eran el único delito contra la honestidad que aceptaba al hombre como sujeto pasivo, pues también recogía cualquier conducta entre homosexuales. Era necesario que mediara fuerza o intimidación, salvo que fueran menores o incapaces y que no existiera ánimo de acceso carnal. Como se ha adelantado, las penas aquí recogidas eran ínfimas comparadas con las del delito de violación y, además, se recogían conductas de gravedad muy distinta desde simples tocamientos hasta penetraciones anales. Podría decirse que se trataba de un delito residual en el que se englobaban todas las conductas que atentaran contra la libertad sexual de los individuos, salvo la penetración vaginal. Era desolador ver cómo se equiparaban conductas tan denigrantes para la dignidad de las personas a simples tocamientos, pero en este periodo era la moral la que regía.

Como se indicó anteriormente, el Código Penal de 1928 recogía ciertos matices que distaban del tratamiento de estos delitos en el resto de los códigos. Este Código seguía situando a la mujer como único sujeto pasivo posible, por lo que en este tema no se avanzó. Es más, se puede decir que se produjo una involución al recoger expresamente la atenuante por el hecho de que la mujer violada fuera prostituta. Si bien la jurisprudencia otorgaba un tratamiento distinto a la mujer pública, los Códigos Penales no lo contemplaban expresamente. Fueron los Códigos de 1822 y 1928 los que recogieron esta atenuante, basándose en la menor lesividad que se produce contra el bien jurídico protegido. Respecto a los abusos deshonestos, la sistemática que siguió este Código fue la misma que el resto de los Códigos, salvo la incorporación de la agravante por homosexualidad (artículo 601). La intención del legislador era penar con mayor severidad las relaciones entre personas del mismo sexo pues era considerado un vicio pecaminoso, que había que erradicar⁸⁶. De nuevo, florece la estricta consideración moral.

⁸² Cuello Calón, E., *Derecho Penal, Parte Especial*, T.II, Barcelona, 1980, p. 587.

⁸³ Gimbernat Ordeig, E., “Algunos aspectos del delito de violación”, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990.

⁸⁴ Código Penal de 17 de junio de 1870, cit., p. 507.

⁸⁵ Carmona Salgado, C., “Problemática actual de la violación entre cónyuges y parejas de hecho”, en Cerezo, J., Suárez, R. F., Beristain, A. y Romeo, C. M. (ed.), *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos*, Granada, 1999.

⁸⁶ Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, cit., p. 49.

No fue hasta el inicio de la República, cuando el legislador quiso terminar con la legislación homófoba y suprimió la anterior agravante, volviendo al criterio adoptado por los Códigos de 1850 y 1870⁸⁷.

En 1989 se produjo la esperada reforma que modificó gran parte de los delitos de violación y abusos deshonestos. El mayor avance en el ámbito de la mujer fue la equiparación de la condición de hombre y mujer en ambos delitos. Por tanto, quedó obsoleta la idea de la mujer como único sujeto pasivo, abriendo camino a la posibilidad de que el hombre fuera también víctima de ambos delitos. Asimismo, se aceptaban como conductas típicas de violación la penetración anal y bucal⁸⁸, desechando la idea de la evitación del embarazo.

Asistiendo a la nueva tendencia de retirar cualquier vestigio de moral, el delito de abusos deshonestos pasó a denominarse agresiones sexuales, pues la calificación tradicional entrañaba connotaciones subjetivas.

Respecto a la posibilidad de darse el delito de violación en el seno del matrimonio, esta reforma concienció a la jurisprudencia a favor de su tipificación. Del mismo modo, el supuesto débito conyugal empezó a perder fuerza jurídica, siendo una justificación insuficiente para emplear la violencia. Este criterio fue adoptado por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias a principio de los años noventa (STS de 14 de febrero de 1990; STS de 21 de septiembre de 1992; STS de 27 de septiembre de 1995; STS de 8 de febrero de 1996).

Concretamente, la STS 8263/2001, de 25 de octubre expone:

El art. 178 y 179 del Código no excluyen el delito de agresión sexual, cuando la víctima es el cónyuge o persona ligada por similar vínculo de afectividad. Ni la norma legal ampara tal exclusión ni existen supuestos "derechos" a la prestación o débito conyugal⁸⁹.

Queda constatado que desde la Reforma de 1989 no hay duda sobre la tipicidad de la violación entre cónyuges.

⁸⁷ Tur, F., "Identidad masculina y homosexualidad en España: de Primo de Rivera a Franco (1923-1939)", *Ser histórico*, 2017 (disponible en <https://serhistorico.net/2017/05/29/identidad-masculina-y-homosexualidad-en-espana-de-primo-de-rivera-a-franco-1923-1939/>; última consulta 4/4/2019)

⁸⁸ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989: "supone incluir en el delito de violación, además del coito vaginal el rectal y bucal; asimismo con la nueva redacción los sujetos pasivos pueden ser tanto hombres como mujeres. De esa forma se pretende que el tipo penal responda a la realidad de la dinámica delictiva actual."

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre 8263/2001, FJ 2.

Lo mismo ocurrió con la violación de las prostitutas. La Reforma de 1989 reafirmó las opiniones sobre la tipicidad de tal conducta, sin ningún tipo de atenuante. Las razones que fundamentaron tal criterio fueron la dignidad y la integridad de las personas. A las mujeres que ejercían la prostitución no se les podía atribuir una menor dignidad, sino que debían gozar de la misma libertad sexual que el resto y, por ello, requerían una protección en igualdad de condiciones.

Todos estos cambios a favor de la evolución en el orden sexual y, en especial, la nueva concepción del bien jurídico protegido, debían plasmarse en un cuerpo legal. Así, se aprobó el Código Penal de 1995.

En lo relativo a los delitos que aquí nos ocupan, el nuevo Código tipificó las conductas basándose en el empleo o no de violencia o intimidación, abandonando el criterio de la clase de penetración que tenía intención de llevar a cabo el agente.

Siguiendo esas pautas, la agresión sexual era aquella conducta en la que mediara violencia o intimidación, mientras que el abuso sexual se caracterizaba por la ausencia de violencia o intimidación.

Tanto la agresión como el abuso sexual comprendían un tipo básico y un tipo cualificado. El tipo básico suponía atentar contra la libertad sexual de un sujeto, mediando o no violencia o intimidación, pero el contacto corporal debía ser externo. Así, si el contacto corporal se traducía en el acceso carnal por cualquier vía o en la introducción de objetos o miembros corporales, nos encontraríamos en el tipo cualificado.

Los sujetos activos y pasivos podían ser indiferentemente tanto hombres como mujeres y no había ninguna reseña a la clase social de los sujetos. Del mismo modo, se aceptó por primera vez que la introducción de objetos entre personas del mismo sexo constituyese una conducta penada por el tipo cualificado. Aparentemente, se alcanzó la igualdad formal, si bien no la efectiva.

En 2010 se aprobó la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La finalidad del legislador era endurecer las penas relativas a las agresiones y abusos sexuales y aumentar el nivel de protección de las víctimas.

Estos delitos han sido objeto de numerosas reformas, empero sólo se exponen aquellas en las que se haya modificado lo relativo a los sujetos activos y pasivos, objeto presente de análisis.

4. CONCLUSIÓN

Los delitos sexuales, como se ha ido advirtiendo a lo largo del presente trabajo, han sido objeto de numerosas reformas a medida que evolucionaba la sociedad y la concepción de la sexualidad. Asimismo, se podría afirmar que es uno de los ámbitos donde la mujer se ha visto más desplazada y más ha visto su libertad coartada.

Desde principios del siglo XIX, la mujer se ha visto relegada a un segundo plano en la vida social pero, poco a poco, se ha ido abriendo camino en la esfera social, política y jurídica. Todos esos avances necesitaban quedar plasmados en el Derecho pues, de lo contrario, estaríamos ante un Derecho desfasado. Las sociedades padecen cambios constantemente y el Derecho debe estar en concordancia con dichos cambios, de ahí que se le considere una ciencia viva.

Concretamente, el Derecho Penal sexual siempre ha estado ligado con la concepción de la sexualidad que tenía la sociedad del momento. No se deben achacar al Derecho los problemas sociales pues, como se ha demostrado a lo largo del trabajo, el derecho es un mero reflejo de la sociedad. Por ello, se debe de poner el foco de atención en las concepciones sociales y desechar la idea de los estereotipos.

Durante los siglos XIX y XX, la moral era considerada como la piedra angular de las sociedades y, por ello, la mujer simbolizaba la procreación, el decoro, la decencia y la pureza; atributos que se reflejaban en los textos legales de la época, favoreciendo así su indefensión. Gracias a colectivos feministas y a juristas más liberales, se inició el proceso de la secularización del Derecho. Este proceso supuso un cambio en la concepción de la sexualidad que culminó con la Reforma de 1989, donde se abandonó definitivamente cualquier atisbo de moral. Estos avances no sólo se centraron en alcanzar la igualdad jurídica entre hombres y mujeres sino que, además, se desecharon conceptos como el de “mujer pública” y la idea de atribuir un trato desigualitario a las mujeres debido a su estrato social.

El cambio más trascendental desde un enfoque de género fue la posibilidad de considerar a la mujer como sujeto activo de delitos sexuales. Así, se sobreentendía que tales delitos podían acaecer entre dos personas del mismo sexo y, no por ello, se les impondría una agravante. El género del sujeto ya no constituía requisito alguno para la comisión de los delitos, siguiendo el tenor del artículo 14 de la Constitución Española.

Esta evolución hacia un trato más igualitario se pone de manifiesto en los delitos sexuales en general y en cada uno de los delitos analizados en el presente trabajo.

En relación con todos los delitos sexuales, el mayor avance fue la supresión de la figura jurídica del perdón del ofendido y la posibilidad de eximir de cualquier responsabilidad penal si el reo se casaba con la ofendida. Ambas figuras denotaban la clara superioridad del hombre frente a la mujer y la importancia que otorgaban a valores morales (honor y honestidad) frente a ataques reales contra la libertad de la víctima.

Concretamente, el delito de raptó era un delito cuyo único sujeto pasivo era la mujer y el sistema de penas era distinto en función de si la mujer era respetable o una “mujer pública”. Estas denotaciones hicieron que este delito fuera suprimido con su correspondiente contenido moral.

Otro ejemplo de esta evolución han sido los delitos relativos a la prostitución. La España del siglo XIX y principios del siglo XX se caracterizaba por ser prohibicionista, lo cual implicaba que su tipicidad se basaba en la idea de que los bienes jurídico lesionados eran la moral pública y el decoro. Estos bienes jurídicos sociales se dotaban de un enorme contenido moral, algo incompatible con el movimiento de secularización del Derecho. Por ello, en 1935 España pasó a adoptar un sistema abolicionista que consideraba que el ejercicio de la prostitución no lesionaba ningún bien jurídico susceptible de protección penal, pero reconocía su existencia y la pretendía erradicar. Este fue el cambio más trascendental en la materia pues se aplicó el principio de intervención mínima que caracteriza al Derecho Penal, por lo que no se inmiscuía en la esfera privada de las mujeres que, con libertad, optaran por ofrecer su sexualidad a cambio de una prestación económica, despenalizando el ejercicio de la prostitución.

Al hilo de este argumento, España sigue luchando por mantener este carácter abolicionista. Así, destaca el Proyecto de Ley presentado por el grupo socialista en 2018. Sus líneas principales son el cierre de todos los establecimientos que favorezcan la prostitución, la despenalización de la prostitución, donde la prostituta es considerada la víctima y la penalización del consumidor de estos servicios. Los primeros argumentos defienden el sistema abolicionista, tal y como se recoge en su Exposición de Motivos. Sin embargo, la medida de penar al consumidor se inclina más hacia un sistema prohibicionista, lo cual supone una vuelta a la protección de intereses colectivos.

En cuanto a los delitos de estupro, violación y agresiones y abusos sexuales, los dos primeros constituyen los antecedentes de los últimos. Siguiendo el tenor del resto de los delitos sexuales, el delito de estupro tan solo contemplaba a la mujer como sujeto pasivo del mismo, pero su discriminación era aún más evidente, ya que estos delitos tan solo ofrecían protección a las mujeres cuya honestidad estuviera intacta, dejando a su suerte al resto de mujeres que hubieran sido objeto de este delito.

También este delito es considerablemente representativo de la discriminación que se daba históricamente. El hecho de que las penetraciones vaginales por parte de un hombre constituyeran el delito de violación y el resto de penetraciones constituyera tan solo abusos deshonestos apoya aún más la discriminación que aquí se analiza.

El género en estos delitos era determinante a la hora de tipificar la conducta como violación o abusos deshonestos. Además, la homosexualidad no estaba contemplada en el delito de violación, quedando relegada a la categoría inferior de abusos deshonestos.

En definitiva, el Derecho Penal sexual siempre ha ido ligado a factores sociales e ideológicos que han ido conformando los textos legales que hoy conocemos. Las mujeres han sido un sector que se ha visto reprimido durante muchos años y que, gracias a las reformas jurídicas llevadas a cabo, se ha alcanzado la igualdad jurídica. No obstante, la sociedad y los poderes públicos han de conseguir que esta igualdad jurídica y formal se convierta en una igualdad efectiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acale, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*, Reus S.A., Madrid, 2006.

Álamo, M. A., “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Internacional*, (17), 2006.

Asua Batarrita, A., “Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico” en Emakunde Instituto Vasco de la Mujer (ed.), *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, Vitoria-Gazteiz 1998.

Bazá, I., “El estupro. Sexualidad delictiva en la Baja Edad Media y primera Edad Moderna” en Charageat, M. (ed.), *Matrimonio y sexualidad. Normas, prácticas y transgresiones en la Edad Media y principios de la Época Moderna*. Casa de Velázquez 33-1, 2003.

Boix, J., “De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual”, en Latorre, V. (coord.). *Mujer y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

Bugallo Sánchez, J., *Responsabilidad atenuada de la delincuente menstruante*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935.

Carmona Salgado, C., “La normativa de los abusos deshonestos en el proyecto de Código Penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1980.

Carmona Salgado, C., “Problemática actual de la violación entre cónyuges y parejas de hecho”, en Cerezo, J., Suárez, R. F., Beristain, A. y Romeo, C. M. (ed.), *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos*, Granada, 1999.

Caruso, M. V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Chesney – Lind, M., “Female offenders: paternalism reexamined”, en Crites, L. y Hepperle, W. (eds.), *Women, the courts and equality*, Sages, Londres, 1987.

Cuello Calón, E., *Derecho Penal, Parte Especial*, T.II, Barcelona, 1980.

De la Rosa, J.M., “Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, 2013, p.8 (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20José%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14; última consulta: 14/03/2019).

De Vicente, R., “Derecho penal sexual: acerca de algunos interrogantes que plantea la regulación de los delitos de agresiones sexuales”, en Rodríguez, A. C. y Valmañana, S. (coords.), *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2000.

Díez Ripolles, J.L., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Fernández Olalla, P., “Delitos relativos a la prostitución y su relación con la trata de seres humanos”, *DocPlayer* (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/P%20Fernández%20Olalla.pdf?idFile=8c46efbb-3580-40df-bb61-ffffa614e6c2; última consulta el 1 de abril de 2019)

Folguera, P., “Relaciones privadas y cambio social.1940-1970” en Garrido, E. (ed.), *Historia de las mujeres en España*, Síntesis, Madrid, 1997.

García Goyena, F., *Código criminal español según las leyes y practica vigente, comentado y comparado con el Penal de 1822, el francés y el inglés*, Tomo III, Madrid, 1843.

Gavilán Rubio, M., “Delitos relativos a la prostitución y a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Algunas dificultades en la fase de instrucción”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVIII, 2015.

Gimbernat Ordeig, E., “Algunos aspectos del delito de violación”, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990.

Gimbernat Ordeig, E., *Estudios de derecho penal*, Tecnos Madrid, 1990.

Groizard, A., y Gómez de la Serna, P., *Código Penal de 1870, concordado y comentado*, Salamanca, 1893.

Harcourt, C. y Donovan, B., “The Many faces of sex work”, *Sexually Transmitted Infections*, 81, 2005.

- Hefendehl, R., *La teoría del bien jurídico*, Marcial Pons, 2016.
- Holgado Fernández, I. (ed.), *Prostituciones: Diálogos sobre sexo de pago*, Icaria Editorial, Barcelona, 2008.
- Iñesta, E., *El código penal español de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Kierszenbaum, M., “El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, *Lecciones y Ensayos*, n. 83, 2009.
- Kingsley, S., *Sex and suffrage in Britain 1860-1914*, Princeton University Press, UK, 1987.
- Klug, U., “Lógica jurídica”, trad. J.D. García, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1961.
- Langle Rubio, E., *La mujer en el derecho penal*, Hijos de Reus, Madrid, 1911.
- Langle Rubio, E., *Código Penal de 17 de junio de 1870*, Hijos de Reus, Madrid, 1915.
- Larrauri, E., “La mujer ante el derecho penal”, *Revista de derecho penal y criminología*, n. 2, 1992.
- Luzón Peña, D. M., “Curso de Derecho Penal. Parte General”, Madrid, 1996.
- Machicado, J., "Objeto Del Delito", *Apuntes jurídicos*, 2010 (disponible en <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/objeto-del-delito.html>; última consulta: 13/03/2019)
- Marina, J.A., “Lucha por la dignidad”, Ponencia del Congreso Internacional de Derechos Humanos y Prostitución, Ayuntamiento de Madrid, 2006.
- Morales, F. y García, R. M., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, 1996.
- Morillas, L., “El delito de estupro-inceto”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 29, n. 2, 1976.
- Quesada, Y., “El delito de rapto en el primer proyecto de código penal al amparo de la constitución de 1812”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, número especial, 2009.
- Rivas Arjona, M., “El camino hacia el abolicionismo prostitucional en la II República española”, *Investigación y género, inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional" Investigación y Género"*, Sevilla, 2012.

Rodríguez, L., *Delitos sexuales de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley nº19.617 de 1999*, Editorial Jurídica de Chile, 2014.

Saldaña, M.N., “Violencia contra la mujer, “Crímenes de honor” y prácticas culturales y religiosas perjudiciales: estándares internacionales de derechos humanos adoptados por las Naciones Unidas” en Montesinos, N y Soutos, B (coords.), *Laicidad y creencias, Feminismo/s*, 28, Alicante, 2016.

Simón, M., *Delitos carnales en la España del antiguo régimen: el estupro y los abusos deshonestos*. Directora: Aurelia Martín, Tesis doctoral inédita, Universidad de Granada, 2010.

Tapia, P., “Posición de la mujer en el código penal español de 1822 e incorporación del "género" como circunstancia sospechosa de discriminación (Ley orgánica 1/2015 del 30 de marzo): ¿Se ha avanzado hacia la igualdad?”, *Mora* (Buenos Aires), vol. 23, n. 1, 2017 (disponible en http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-001X2017000100001#_ftnref3; última consulta 12/3/2019)

Tur, F., “Identidad masculina y homosexualidad en España: de Primo de Rivera a Franco (1923-1939)”, *Ser histórico*, 2017 (disponible en <https://serhistorico.net/2017/05/29/identidad-masculina-y-homosexualidad-en-espana-de-primo-de-rivera-a-franco-1923-1939/>; última consulta 4/4/2019)

Vargas, G., *El estupro, la nueva figura penal en la ley 19.617*. Director: Eduardo Sepúlveda, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2001.

Legislación:

Ley de Vagos y Maleantes, de 5 de agosto de 1933. Gaceta de Madrid, núm. 217.

Decreto de 28 de junio de 1935, Gaceta de Madrid, 30 de junio de 1935.

Ley de 6 de noviembre de 1942 por la que se modifican los artículos 439, 442 y 443 del Código Penal, e introduciendo un nuevo artículo bajo el número 439 bis (BOE n. 328, 24 de noviembre de 1942).

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 (BOE n. 13, 13 de enero de 1945).

Ley 79/1961, de 23 de diciembre, de bases para la revisión y reforma del Código Penal y otras leyes penales (BOE núm. 309, de 27 de diciembre de 1961).

Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el “Texto revisado de 1963” del Código Penal (BOE núm. 84, de 8 de abril de 1963).

Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto (BOE n. 243, 11 de octubre de 1978).

Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (BOE n. 148, 22 de junio de 1989).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE n. 281, de 24 de noviembre de 1995).

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 (BOE núm. 104, de 1 de mayo de 1999).

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm. 234 de 30 de septiembre de 2003).

Proyecto de ley integral contra la trata de seres humanos y en particular con fines de explotación sexual, de diciembre de 2018.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1983 RJ 1983\2633.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre 352/1983 (Considerando 3).

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1984 RJ 1984\4295.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1985 RJ 1985\2987.

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1985 RJ 1985\2142.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre 8263/2001, FJ 2.