

LAS AGRESIONES SEXUALES EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL: IMÁGENES
CULTURALES Y DISCURSO JURÍDICO

Adela Asua Batarrita

Catedrática de Derecho Penal. Universidad del País Vasco

Publicado en el Libro Colectivo: Análisis del Código Penal desde la
perspectiva de género, editado por Emakunde – Instituto Vasco de la
Mujer, Vitoria – Gazteiz, 1998, págs. 47 - 101

<http://www.cienciaspenales.net>

LAS AGRESIONES SEXUALES EN EL NUEVO CODIGO PENAL: IMÁGENES CULTURALES Y DISCURSO JURÍDICO.

Adela Asua Batarrita.
Catedrática de Derecho penal.
Universidad del País Vasco---

Publicado en el Libro Colectivo: **Análisis del código penal desde la perspectiva de género**, editado por *Emakunde*-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gazteiz 1998, pags. 47-101

Sumario: I. DELITOS SEXUALES E IMAGENES CULTURALES.II. PROPUESTAS DEL FEMINISMO EN LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES.III. LA TUTELA DE LA "HONESTIDAD" COMO EXPRESION DE LOS ESTEREOTIPOS DE GENERO: EL CODIGO PENAL DE 1848 Y SU PROLONGACION HASTA NUESTROS DIAS. IV. HACIA LA TUTELA DE LA LIBERTAD SEXUAL. LA REFORMULACION DEL SIGNIFICADO DE ESTOS DELITOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA IGUALDAD. V. VALORACIÓN DE LAS NOVEDADES DEL CÓDIGO PENAL DE 1995. PAUTAS DE INTERPRETACIÓN. 1. Panorámica general del nuevo código en esta materia. 2. Las agresiones sexuales. Algunos aspectos destacados. A. La violación como "agresión sexual" agravada. La pérdida de una denominación asociada a la honestidad. B. Sujeto pasivo hombre o mujer. C. Agresión sexual en el matrimonio. D. La agresión sexual cualificada: la permanencia del criterio falocrático. E. Los criterios sobre la "unidad de acción" o la "pluralidad" de delitos y las explicaciones sobre el "impulso erótico" del agresor. VI. REFLEXIONES FINALES.

El nuevo código penal presenta importantes novedades en la configuración de los delitos relacionados con la sexualidad. El abandono definitivo¹ de aquel entendimiento que vinculaba el ataque sexual a la lesión de la "honestidad", se refleja en una nueva ordenación de la gravedad de las conductas desde el prisma de la tutela de la "libertad" en el ejercicio de la sexualidad.

En la presente exposición aludiré a los rasgos más significativos de estos cambios en relación a los ataques de mayor entidad denominados ahora "agresiones sexuales". Dejo de lado las cuestiones relativas a abusos de menores o incapaces, que requieren un planteamiento específico desde la perspectiva de los derechos básicos de estos colectivos y sus peculiaridades². En cuanto al acoso sexual y a la

¹ A partir de la transición democrática, esta materia había sido objeto de sucesivas reformas que van a suprimir progresivamente los rasgos más anacrónicos de la regulación anterior: así en el año 1977 se despenaliza el adulterio y el amancebamiento; otras referencias moralizantes, introducidas durante régimen franquista relativas al estupro, fueron suprimidas en reformas parciales al código penal en 1978 y en 1983; el delito de "escándalo público" cambia de nombre y de contenido en 1988, para recoger "el exhibicionismo y la provocación sexual"; y en la ley de 1989 de actualización del código penal (L.O. 3/1989 de 21 de junio) el conjunto del título queda ya enmarcado bajo el nuevo rótulo de "delitos contra la libertad sexual".

² En relación a los menores, el tratamiento de los abusos sexuales (sin violencia o intimidación) desde la perspectiva estricta de lo "sexual", supone, a mi juicio, un reduccionismo que minusvalora la dimensión fundamental del daño a su desarrollo integral, a su

prostitución, van a ser tratados por otras ponentes de estas Jornadas, por lo que únicamente haré alguna referencia tangencial a tales supuestos.

Lo que interesa resaltar es la necesidad de tomar conciencia del cambio de significado de los "delitos sexuales" una vez de que se parte que no es la manifestación "sexual" en sí, sino la vulneración de la decisión autónoma de la víctima, lo que constituye el núcleo del desvalor de la conducta prohibida. Ello comporta la necesidad de una modificación de los discursos y de las interpretaciones jurídicas que hasta ahora han acompañado las explicaciones sobre la nocividad de tales conductas y el alcance de los elementos típicos que contienen las descripciones legales. En buena medida este cambio ha comenzado a abrirse paso, todavía de forma una tanto vacilante, en la propia jurisprudencia, como expondré más adelante.

La reflexión sobre la nueva regulación requiere un análisis de las asunciones implícitas y las pautas valorativas que inspiraron la normativa cuya vigencia ha perdurado casi dos siglos, con el consiguiente reflejo en la recreación jurisprudencial de las mismas. Volver la mirada a lo que se abandona y reconocer sus rasgos, facilita, por contraste, la clarificación de lo que quiere rechazarse. Por ello, acudiré a una exposición breve de los rasgos de la regulación tradicional como punto de referencia desde el que puede entenderse la necesidad de dotar de un nuevo contenido a la interpretación de las figuras del nuevo código penal.

Como marco introductorio comenzaré con algunas consideraciones generales sobre los esquemas culturales que subyacen a la problemática de estos delitos, y a algunas propuestas del feminismo sobre cuál debe ser el papel del derecho penal en el tratamiento de la violencia sexual contra las mujeres.

I. DELITOS SEXUALES E IMÁGENES CULTURALES.

La tradicional regulación penal de los llamados "delitos sexuales" ha sido un exponente claro de la función de las normas jurídicas en la recreación de los estereotipos y roles sociales que han definido durante siglos la distribución desigual de derechos y obligaciones, discriminando las posibilidades de las mujeres. Sobre el hecho biológico de la diferencia sexual, se edificaron las representaciones culturales de las supuestas diferencias "naturales" conforme a patrones sociales de lo masculino

autoestima y a sus capacidades de participación social. El acento en la "lesión sexual", ha ido acompañado de tintes estigmatizadores referidos a la "corrupción" del menor, que en nada ayudan a la construcción de su propia identidad. Una tutela congruente del menor frente a los abusos de los mayores, requeriría un tratamiento unitario de las distintas formas de utilización o sometimiento que lesionan gravemente el proceso de formación del menor y sus habilidades de comunicación interpersonal. El nuevo código penal francés -que entró en vigor el 1 de marzo de 1994- ha optado por este modelo de agrupamiento de los delitos contra los menores en una Sección titulada "De la puesta en peligro de menores", (dentro del Capítulo V: "Atentados contra los menores y contra la familia"). En dicha Sección - arts. 227-15 a 227-28 -, se incluyen distintas clases de privaciones causadas a menores de quince años, la iniciación al consumo habitual y abusivo de bebidas alcohólicas, la provocación al uso de drogas, la utilización de la imagen de éstos con carácter pornográfica, y los atentados sexuales (sin violencia o intimidación o por sorpresa) que, concurriendo determinadas circunstancias de agravación, pueden llegar a castigarse con pena de prisión de hasta 10 años. La violación y las agresiones violentas se rigen por las previsiones generales delitos sexuales (enmarcadas en el grupo de los atentados a la integridad física o psíquica de las personas).

y lo femenino. La atención a esta construcción que hoy día se conoce como construcción de "género", -concepto acuñado desde el discurso feminista³, asumido ya ampliamente en la sociología y en la filosofía jurídica⁴- constituye un instrumento imprescindible para analizar las imágenes y las adscripciones que subyacen al entendimiento de la nocividad de las agresiones sexuales "ilícitas".

A lo largo de este siglo, la emergencia de las reivindicaciones femeninas de emancipación y de igualdad de oportunidades, supusieron el inicio de la quiebra de aquel orden sustentado sobre la diferencia "natural" de capacidades y expectativas, y sobre la limitación de posibilidades de presencia social de las mujeres. La ruptura de los tópicos - en un proceso todavía en desarrollo- sobre las desiguales capacidades según el sexo⁵, y el avance democrático hacia la igualdad, producirá inevitablemente el desmoronamiento del tradicional imaginario colectivo que asocia la moral sexual a un determinado patrón de comportamiento sexual de la mujer.

Debe reconocerse que en nuestro país aquella regulación de de los denominados hasta hace poco "delitos contra la honestidad" venía siendo objeto de críticas desde los años 60, y más intensamente en los últimos tiempos. La denuncia de la pervivencia de sesgos moralizantes que respondían a una determinada concepción de la "moral sexual", era ya un lugar común⁶.

Pero la apelación a la necesidad de desterrar los contenidos moralizantes, y de otorgar reconocimiento a opciones sexuales diversas, no daba cuenta del entramado de imágenes asociadas socialmente a la interpretación de las normas jurídicas en este ámbito. La construcción de las ideas sobre lo "moral" referidas a la sexualidad, se encuentran íntimamente unidas a la asignación a la mujer de funciones subordinadas en un determinado orden, donde el varón ostenta el arquetipo y la medida de los valores y las interpretaciones sociales y jurídicas. Por ello, los cambios en la

³ La distinción entre lo que es el sexo biológico y lo que es la construcción sociocultural del "género" fue puesta de relieve a comienzos de los años 70 por OAKLEY, A. **Sex, Gender and Society**, London 1972. La diferenciación de ambos planos constituye la base del discurso de emancipación de la "dictadura de los géneros" como constructo que ha permitido asumir como "natural" la inferioridad social de la mujer y la asignación de roles, características, y funciones diversas a las del "varón".

⁴ FISS, O.M., "¿Qué es el feminismo?", **DOXA** 1992, p. 320 enfatiza la relevancia de las aportaciones de las teorías feministas sobre el Derecho considerándola "la teoría jurídica de los 90".

⁵ Estereotipos que han abocado en "la atrofia o hipertrofia de nuestras potencialidades humanas de acuerdo con unos patrones sociales de lo masculino y lo femenino", como expresaba sintéticamente IZQUIERDO M^a J. "No toda hembra es mujer", en **El País**, 8 de marzo de 1984.

⁶ QUINTANO RIPOLLES, A. **Comentarios al código penal**, Madrid 1966. p. 782, denunciaba los "atavismos moralizantes" de aquella legislación y de la forma con que la jurisprudencia los recreaba. La reclamación de separación entre el Derecho y la "moral" (sexual) ha sido reiterada en la doctrina desde los años 60. Cfr. BOIX REIG, J. "Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de estupro", **Cuadernos de Política criminal** 1977 p. 7 ss. donde se recoge una relación de las opiniones en aquellos años.

En aquella época GIMBERNAT por su parte ponía de relieve una evidencia, el legislador es masculino y consecuentemente es la perspectiva del hombre la que decide que debe tutelarse penalmente en relación a la mujer; a la vez destacaba que "no es el hombre sin más, sino el hombre de una mentalidad y una escala de valores muy determinada el que ha decidido los contornos del protagonismo penal de la mujer como autora o como víctima del delito". Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E. "La Mujer y el código penal español", en **Cuadernos para el diálogo**, número extraordinario XXVIII, diciembre de 1971, p. 19. Artículo reproducido en sus **Estudios de Derecho penal**, Madrid, 2^a ed. 1981, p. 51-69

concepción de la "moral sexual" desde los parámetros del principio de igualdad, implican una transformación cultural de mucho mayor calado.

La tutela de la honestidad ha sido sobre todo la tutela de un determinado orden social donde la identidad de la mujer venía determinada en función de los cometidos atribuidos por razón de su sexo, y su *status* social en razón de su pertenencia a un varón, y de sus cometidos en el aseguramiento de la descendencia legítima a través del matrimonio. A diferencia del hombre, la identidad femenina se asociaba a su "estado civil": soltera, casada, viuda o monja, como decía aquella canción que acompañaba los juegos de las niñas. La dignidad de la mujer quedaba cifrada en su sometimiento a las reglas que delimitaban su presencia social y su desarrollo personal a la esfera de esposa y madre a través del matrimonio. Fuera de este orden únicamente cabía "tomar estado" en la reclusión conventual. Las demás situaciones eran irregulares y peligrosas para su "sexo", en el sentido estricto de peligro de ejercer la sexualidad fuera del ámbito de la subordinación al marido. Por ello las mujeres "solas" constituían una amenaza a la moralidad, que las distintas autoridades civiles y religiosas se encargan de conjurar⁷.

Por el contrario la subjetividad masculina se ha construido tradicionalmente en base a su profesión o sus habilidades sociales públicas, sin que su reputación o sus expectativas estuvieran condicionadas por su "estado civil". La honestidad, como bien digno de tutela, era una propiedad que definía la "dignidad" femenina, un atributo referido a su recato y reserva sexual en aras a garantizar a su legítimo poseedor, el marido, la exclusividad de su uso sexual y la descendencia. La desviación en su conducta sexual suponía la pérdida de expectativas vitales, dado que éstas debían pasar por el matrimonio como forma de realización personal. La violación forzada suponía el deterioro de la "virtud" femenina y una mancha que devaluaba su ranking en el mercado de futuro matrimonial. Dentro del matrimonio, la honra quedaba definida por el derecho a la exclusividad. Una relación sexual con tercero -fuera consentida o no, se convertía, además, en ultraje al marido-propietario.

En este contexto, la comprobación de que la víctima fuera realmente una mujer de merecida honra formaba parte de la comprobación de que se trataba de un ataque a la honestidad. El escrutinio de sus costumbres, de su actitud ante la agresión, y la reproducción testifical de los detalles de la forma de ataque a fin de confirmar si la violación había sido "perfeccionada", convertían el proceso penal -todavía lo sigue siendo en buena medida- en una "ceremonia de degradación"⁸ de la víctima que debía probar ser digna de la tutela penal. El núcleo del reproche, el

⁷ Como botón de muestra, las previsiones recogidas en las Ordenanzas de Bilbao de 1548, dirigidas a controlar a las mujeres que quieren vivir solas, a aquellas mozas "que andan tras de sí", porque "de andar en su libertad resultan muchas deshonestidades e inconvenientes"; En dicha ordenanza se decreta la expulsión de mancebas de hombres casados y de mancebas de clérigos, como "mujeres de vida deshonestas", aun cuando no lleguen a la reprobación social reservada para las prostitutas. Cfr. OSABA, E "La actividad reguladora de los concejos y las mujeres consideradas sospechosas: en empleo de política de control de las costumbres en el siglo XVI", en **Langaiaak-I.P.E.S.**, n.12 monográfico sobre **La mujer en la historia de Euskal Herria**, Bilbao 1988, p. 53.

⁸ SMART, C. "Rape: Law and the Disqualification of Women's Sexuality", en su SMART, C. **Feminism and the Power of Law**, London/New-York, 1989.

sentido de la prohibición penal se orientaba a la protección de ese valor femenino por autonomía, ligado a actitudes o comportamiento sexuales. Paradójicamente esa mistificación de la mujer virtuosa como modelo femenino, evidencia la concepción reductora de la mujer-persona a mujer-cuerpo sexuado⁹. En el universo de las representaciones masculinas, los calificativos que definen la mujer como virtuosa/honesta o viciosa/corrupta, abocan a esa inescindible referencia de lo sexual como definitorio de lo femenino.

Las percepciones del daño social que genera la trasgresión sexual, y la realidad de los efectos de la misma para las mujeres, durante muchos siglos, han estado condicionadas por este universo simbólico. Desde estos parámetros, no es de extrañar que las leyes penales ubicaran bajo el mismo epígrafe el adulterio de la mujer - o el mantenimiento notorio de manceba por el marido-, junto a la violación, el estupro, y la prostitución.

El cuadro dibujado constituye un retrato superado en sus rasgos más grotescos¹⁰, afortunadamente, pero en él pueden reconocerse todavía numerosas resonancias que permanecen. Resonancias que constituyen obstáculos al reconocimiento - y no pocas veces a la autoconciencia- de la autonomía de la mujer y a las legítimas expectativas de emancipación respecto a esquemas reductores de las posibilidades de desarrollarse y de situarse de forma autónoma como persona¹¹.

Las leyes penales como parte del ordenamiento jurídico, en lo que debe ser su limitado campo de intervención, constituyen inevitablemente un reflejo de los principios y valoraciones sobre lo que en cada momento histórico se concibe como orden social deseable. Es sabido que el poder de las normas jurídico-penales no reside únicamente en su fuerza coactiva para prevenir los hechos prohibidos. De forma más sutil pero decisiva, despliega su influencia en la generación de discursos y explicaciones que contribuyen a consolidar o a construir interpretaciones de la realidad, expectativas y modelos de conducta. Las explicaciones de la doctrina y las argumentaciones de la jurisprudencia en la aplicación de las normas, constituyen instrumentos poderosos de modulación de percepciones colectivas sobre distintas realidades¹².

⁹ Como señala SMART, C. "Law's Power, the Sexed Body and Feminist Discourse", en **Journal of Law and Society**, 1990, v. 17 (2), pp. 194 ss., la contemplación de la mujer como "cuerpo sexuado", caracterizado por funciones reproductoras y por responder a patrones definidos de comportamiento sexual, es una construcción cultural asociada a esa división de roles pretendidamente "naturales".

¹⁰ Superado en los rasgos extremos en nuestras coordenadas culturales, pero todavía vigente con características a menudo dramáticas, en numerosos lugares del planeta.

¹¹ LEES, S. "Aprender a amar. Reputación sexual, moral y control social de las jóvenes", en LARRAURI, E. (comp.) **Mujeres, Derecho penal y criminología**, Madrid 1994, p. 17 ss., presenta los resultados de un estudio realizado en los años 80 sobre un grupo de chicas de 15-16 años, revelando la pervivencia de las ideas sobre la "reputación" de la mujer, como algo asociado a su comportamiento sexual con sus pares masculinos, y la introyección por parte de las adolescentes del mensaje de la necesaria "decencia" femenina.

¹² No menos influyentes son aquellas disciplinas que pretenden explicar los fenómenos de la desviación o de la delincuencia. En los diversos estadios de la evolución de la Criminología, las teorías sobre la criminalidad femenina han sido una muestra de las presunciones asumidas respecto a la "normalidad/anormalidad" de la mujer que delinque. Tampoco la Criminología Crítica se libra de las denuncias de "andocentrismo científico", vertidas sobre quienes parecen ignorar las construcciones de género que

La tradicional orientación del Derecho a la conservación de lo existente, no excluye sin embargo su potencialidad para contribuir al avance y progresiva consolidación de nuevas orientaciones valorativas en épocas de transición cultural. Pero las reformas de las leyes pueden quedarse en meros maquillajes epidérmicos si el discurso jurídico que le acompaña en su aplicación no llega a captar el trasfondo sustancial que impulsa el sentido de los cambios, desde la perspectiva de la progresión hacia una sociedad sustancialmente más equitativa.

II. PROPUESTAS DEL FEMINISMO EN LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES.

El ámbito de los delitos sexuales es una materia donde se proyectan de forma singular las demandas de superación de las adscripciones de género. Por ello los criterios político criminales relativos a la forma de regular estos delitos constituyen un campo preferente de reflexión y debate - o de combate- de las teorías feministas. Las diversas orientaciones que en la actualidad presentan las aportaciones del feminismo conducen a propuestas de reforma de distinta entidad y a menudo de distinto signo¹³.

A nivel de opinión pública son conocidas las campañas de petición de ejemplaridad en los castigos contra el delincuente sexual como forma de tutela de las víctimas; una orientación que apela a la función simbólica del derecho penal como respuesta "fuerte" a los abusos, pero que simplifica la dimensión de las cuestiones implicadas. Paradójicamente, la demanda de más ley penal, confluye con la demagógicas apelaciones a la "ley y al orden" que eluden el cuestionamiento del "orden" que quiere mantenerse y que abona los estereotipos de la debilidad de la mujer y de la tendencia agresiva masculina¹⁴. Las reclamaciones de ejemplaridad reproducen la simbología que se encuentra en la base de su oposición a los patrones masculinos de dominación.

Frente a estas posiciones destaca una corriente que arranca de la desconfianza del derecho penal como instrumento eficaz para incidir en las desigualdades que nutren los abusos sobre la mujer¹⁵. Partiendo de la constatación

impregnan las interpretaciones de la realidad: Cfr. GRANSEE, C./STAMMERMANN, U. "Feminismus und kritische Kriminologie. Oder: was kann eine sich kritisch verstehende Kriminologie von Feminismus lernen?", *Kriminologische Journal* 2/1991, p. 82 ss.

¹³ Una exposición de las distintas orientaciones en SMART, C. "The Women of Legal Discourse", *Social and Legal Issues: An International Journal* 1992 1, pp. 29 ss.; PITCH, T. "Violence sexuelle, mouvement féministe et criminologie critique" en *Deviance et Société* 1989 V. 9, pp. 257 ss.

¹⁴ Cfr. la crítica de estas posiciones en SMART, C. *Law, Crime and Sexuality*, London/Thousand Oaks/New Delhi 1995, p. 50 s.

¹⁵ SMART, C. "Proscription, Prescription and the Desire for Certainty?: Feminist Theory in the Field of Law", (publicado inicialmente en *Law, Politics and Society* 1993, 13, pp. 37-54), reproducido en su libro *Law, Crime and Sexuality*, cit., p. 213 s.: ".. hemos malentendido el poder del Derecho, y debemos reconocer que acudiendo al Derecho para obtener determinados objetivos podemos estar contribuyendo a legitimar la realidad de cada día, que actualmente parece otorgar mayor legitimidad a una específica jerarquía de conocimientos que subyuga a discursos alternativos como lo es, por ejemplo, el discurso feminista. No obstante, también mantuve que determinadas materias se encuentran ya en el dominio de la ley y por ello no podrían abandonarse. También defendí que podíamos intentar hacer algún tipo de cálculo de daños, y decidir que pese a reconocer que la

de que el sistema de responsabilidad penal está construido sobre la versión masculina - históricamente ha sido el hombre quien legisla y establece los patrones interpretativos- se desconfía de la capacidad del derecho penal para dar cuenta del significado para la mujer de las agresiones sexuales, y de su idoneidad para ofrecer soluciones equitativas. En el marco de este escepticismo, una corriente del feminismo opta por apoyar el desarrollo de otras formas de respuesta ante el delito desde pautas consideradas "femeninas" en el tratamiento de los conflictos. El fomento de la autoconciencia de las mujeres sobre la fuente de la desigualdad, la solidaridad y el apoyo entre mujeres, serían alternativas de mayor incidencia en el cambio de los patrones culturales que se encuentran en la base de los abusos. El sistema de justicia penal, orientado a la determinación de la responsabilidad individual, elude el contexto y el significado de los agresiones contra las mujeres¹⁶.

Entre estas dos posiciones opuestas - indicadas de forma esquemática- se encuentran numerosas variantes con importantes matices. A los efectos que ahora interesan en cuanto a criterios de reforma legislativa, merecen destacarse las dos propuestas manifestadas en Italia en los años 80 con motivo de lo iba a ser la reforma - finalmente frustrada- de su código penal en esta materia. Ambas pretenden la superación de los estereotipos tradicionales de género, pero optan por estrategias distintas. La primera, parte de la idea de igualdad en derechos y propugna la supresión de normas "protectoras" que asumen la supuesta "debilidad" o vulnerabilidad de la mujer. Asume por lo tanto la idoneidad del sistema penal como instrumento de tutela de la libertad y la igualdad, y como medio de enfatizar el mensaje de reprobación de los ataques a las mujeres como personas. Las propuestas quedaron plasmadas en el Proyecto de ley de reforma de los delitos de agresión sexual, que debido a crisis gubernamentales que disolvieron el Parlamento, no llegaron a aprobarse entonces¹⁷ (*La reforma italiana en esta materia se produce en 1996*).

regulación legal no es satisfactoria, en determinadas circunstancias podía ser el mejor recurso utilizable. Finalmente también he mantenido que podíamos usar el campo de la regulación legal, no tanto para pedir reformas como para convertirlo en un espacio para el cuestionamiento de los significados de género"; [...] No creo que cada vez que identifiquemos un "daño" a las mujeres debamos demandar una ley que lo combata. Si esta afirmación se interpreta como una llamada a descriminalizar la violación, o como una forma purista de indiferencia a algo como el acoso sexual, que así sea."

¹⁶ Una política inspirada en la "ética del cuidado" que caracterizaría las formas de respuesta femeninas, opuestas a las premisas del castigo y de la estricta individualización de la responsabilidad que inspiran el sistema penal construido desde los patrones masculinos. La asunción de estos hipotéticos "valores" femeninos tuvo considerable aceptación por influencia de la conocida obra de GILLIGAN, C. **In a different Voice**, London 1982. En la actualidad, el postmodernismo feminista critica esta visión idealizada de la mujer, que en última instancia incide en la reproducción de esquemas de género: Cfr. DALY, K. "Criminal Justice Ideologies and Practices in Different Voices: Some Feminist Questions about Justice", en LACEY, N. **Criminal Justice**, Oxford 1994, p. 226 s.

¹⁷ Una amplia referencia al Proyecto italiano y sus avatares, en PITCH. T. **Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale**, Milano 1989, 204 ss. La propuesta de reforma del código penal contra la violencia sexual, avalada por 300.000 firmas, fue presentada al Parlamento italiano en 1979. En ella se reivindicaba la persecución de oficio, y la legitimidad de agrupaciones o asociaciones de mujeres para interponer denuncias por estos delitos. La propuesta, convertida posteriormente en Proyecto legislativo, dió origen al correspondiente debate parlamentario y a algunas transacciones, pero finalmente los cambios de gobierno y disolución del Parlamento impidieron que se convirtiera en ley. El Proyecto fue objeto de contestación desde otras corrientes del feminismo que, por el contrario, avalaban el mantenimiento de la perseguibilidad a instancia de parte, abogando por el carácter subsidiario de la vía penal. La respuesta preferente, conforme a esta posición, debiera residir en proyectos de apoyo a las víctimas bajo la filosofía de la solidaridad y de la "ética del cuidado", considerada más útil para el avance de la emancipación femenina, y más acorde con lo que se afirma son las percepciones y las formas de reaccionar de la mujeres ante los conflictos.

El otro modelo reclama por el contrario una "política de la diferencia", que atendiera la especificidad de la problemática que afecta a las mujeres como víctimas de agresiones sexuales. El carácter sexual y sexista de la violación, se insiste, constituye un rasgo que no debe minimizarse, lo que ocurriría si se equipararan a otra clase de agresiones contra las personas. El recelo que despierta el derecho penal conformado según patrones masculinos, les lleva a defender el mantenimiento de la persecución a instancia de parte, como expediente que fortalece la autonomía de la mujer para decidir conforme a sus intereses reales. A la vez, sitúan como tarea prioritaria la promoción organizaciones de mujeres que ofrezcan a la víctima apoyo y orientación para terminar con situaciones de dependencia y fomentar la propia autoestima y los espacios de autonomía¹⁸

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

Cada una de estas opciones apuesta por una estrategia distinta para la consecución del mismo objetivo. La política de la igualdad apela a la confianza en el poder coactivo del derecho penal para reducir las agresiones sexuales. Una propuesta que encuentra apoyos en la mayoría de grupos sociales y políticos; La "política de la diferencia", apuesta por el contrario por un trabajo a largo plazo de concienciación cultural a través de la implicación de colectivos de mujeres. Respecto al derecho penal, su propuesta se sintetiza en "menos derecho penal", del que desconfía, y más apego a la realidad. Desde la inducción y la atención a la realidad social, se propugna la necesidad de una reflexión para la reconstrucción de la una identidad femenina no subordinada, y para la elaboración de propuestas de forma independiente a las que el derecho "masculino" ha venido ofreciendo¹⁹.

En nuestro país no ha tenido lugar un debate de características similares al producido en Italia. El discurso sobre el "género" en el Derecho se encuentra básicamente confinado en el campo de la filosofía y la sociología del derecho. En la reciente historia de instauración democrática el refuerzo de las garantías jurídicas basadas en la igualdad como proclamación formal de partida, y como horizonte en cuanto a la consecución de condiciones materiales para su realización, son reivindicaciones irrenunciables. Por ello se resalta su compatibilidad con el

¹⁸ Cfr. PITCH, T. **Responsabilità limitate**, cit. 220 ss.

¹⁹ Una interesante análisis crítico sobre el "feminismo de la diferencia" valorando su potencialidad constructiva en tanto modelo extensivo a la comprensión de la "diversidad" de otras "diferencias", Cfr. GIMENEZ MERINO, A. "Una nota sobre la emancipación sexual: el feminismo y otras disidencias", **Anuario de Filosofía del Derecho** 1992, p. 181 ss.; p. 183 "la realidad de las mujeres ha sido la de subordinación a los hombres. ¿Pueden entonces las mujeres pensar en un mundo distinto sin tener previamente una identidad específica? Es aquí donde entra la filosofía de la diferencia: en tanto que las mujeres piensan en sí mismas como individuos con experiencias vitales propiamente específicas, alimentan una posibilidad de abrirse al mundo en una relación de no-identidad con él".

reconocimiento de las diferencias y con la tarea de reconstrucción conceptual desde parámetros no sexistas²⁰. A mi juicio esta opción favorece una orientación hacia la libertad, y no interfiere en la reclamación de que la interpretación y aplicación de las previsiones del código se realicen desde claves no sexistas.

En la línea del postmodernismo, las construcciones de las teorías feministas más recientes mantienen sus cautelas ante el instrumento penal²¹. Pero a la vez renuncian a proponer modelos de respuesta precisos en los que confiar la superación de las desigualdades. Como punto de partida reconocen la diversidad de situaciones y de condicionamientos, tanto en hombres como en mujeres, ya que el entrecruzamiento de elementos culturales, históricos, de clase, o de raza, se opone a la pretensión de universalidad de un modelo o definición de una realidad²². Ni existe un prototipo de hombre, ni una sólo idea de "mujer". La esquematización bipolar hombre-mujer tanto en las construcciones tradicionales de género como en las construcciones feministas, oculta la multiplicidad real. El escepticismo ante propuestas que pretenden ser "la" respuesta ideal, no significa sin embargo la renuncia a cualquier propuesta. Por de pronto, se señala la necesidad de continuar en el análisis del derecho y de sus discursos, para desvelar y reconocer en ellos los apriorismos implícitos que recrean estructuras y micropoderes generadores de desigualdad y de sometimiento.

Como señala SMART, los instrumentos jurídicos constituyen la sede idónea para contestar y descubrir los significados de género recreados en la ley, para impedir la construcción de apriorismos sexuados fijados en el discurso masculino. Este es el poder que puede *deconstruirse* en servicio de una mejor comprensión de la realidad diversa, con el objetivo de evitar la perpetuación de los códigos culturales de género que limitan el ejercicio de la autodeterminación personal²³.

Una tarea que resulta fundamental en momentos de cambio legislativo si pretendemos que las modificaciones de las viejas leyes supongan también el abandono de viejos discursos. La identificación de los estereotipos en la forma de interpretar las normas, constituye un paso previo para evitar la pervivencia subrepticia de los esquemas que pretenden superarse. Por ejemplo, la agresión sexual violenta constituye un delito cuya brutalidad le situará siempre como la infracción mas grave

²⁰ Cfr. BARRERE UNZUETA, M.A., "Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del derecho feminista?", *Anuario de Filosofía del Derecho* 1992, p. 75 ss.

²¹ Cfr. SMART, C. "Proscription, Prescription and the Desire for Certainty?: Feminist Theory in the Field of Law", en SMART, C. **Law, Crime and Sexuality**, cit. p. 212 s. ; LARRAURI, E. (comp.) **Mujeres, Derecho penal y Criminología**, Madrid 1994, p. 99 s. ; BEIJERSE, J./KOOL, R. "La tentación del sistema penal: ¿Apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandés, la violencia contra las mujeres y el sistema penal", en LARRAURI, E. **Mujeres, Derecho penal y Criminología**, cit. p. 162.

²² Cfr. SMART, C. **Law, Crime and Sexuality**, cit. p. 45 ss., donde expresa los puntos de partida del feminismo postmodernista, que -reclama- no es una síntesis de otras corrientes ni pretende superar las deficiencias de otras posiciones; el núcleo del "post-feminismo" reside en el rechazo de la idea de una "perspectiva universal", y por tanto no pretende establecer una "verdad feminista", sino más modestamente "deconstruir" las pretensiones de "verdad" y analizar los efectos poderosos que conlleva imponer una "verdad" con la consiguiente ocultación de otras realidades.

²³ SMART, C. **Law, Crime and Sexuality**, cit. p. 217 ss.

dentro de este grupo de ataques. Pero la forma de explicitar la gravedad de la conducta ilícita no puede realizarse ya en clave de ultraje a la "honra" de la mujer, sino desde los parámetros de la tutela de la igualdad en la elección libre de una relación sexual. De hecho, en la evolución de la jurisprudencia en estos últimos años se constata un cambio de orientación en este línea.

Desde estas premisas, pretendo ahora subrayar los puntos de contraste entre la regulación tradicional de los delitos sexuales vigente en nuestro país hasta hace unos años, y las novedades que presenta el código penal de 1995.

III. LA TUTELA DE LA "HONESTIDAD" COMO EXPRESION DE LOS ESTEREOTIPOS DE GENERO: EL CODIGO PENAL DE 1848 Y SU PROLONGACION HASTA NUESTROS DIAS.

El código penal que en sus líneas maestras ha estado vigente hasta 1996, mantenía en lo sustancial las pautas establecidas en la época de la codificación hace siglo y medio. En aquel inicial código penal de 1848 el Título "Delitos contra la honestidad" agrupaba varios conjuntos de delitos relativos a ese orden de moralidad sexual. En primer lugar, los delitos de adulterio y amancebamiento. En el segundo grupo, la violación, definida como "yacimiento" con mujer en alguno de estos tres supuestos: a) usando violencia o intimidación; b) cuando la víctima se hallara privada de razón o de sentido; c) cuando la mujer fuera menor de 12 años. Son las tres modalidades conocidas que han acuñado la definición jurídica de la violación en el derecho penal español durante siglo y medio. Seguidamente el capítulo tercero recogía el estupro de doncella menor de 23 años, y la prostitución o corrupción de menores²⁴, y por último el delito de rapto con miras deshonestas. En las disposiciones comunes se recogía la necesidad de denuncia de la agraviada o sus representantes, o del fiscal en caso de persona desvalida²⁵. Asimismo, siguiendo la tradición anterior, se establecía que "el ofensor se libra de la pena casándose con la ofendida".

La regulación del código penal de 1848 en esta materia recoge en buena medida las mismas pautas de la legislación del Antiguo Régimen plasmadas en las Partidas y en la Novísima Recopilación. La tarea codificadora supuso un evidente progreso en cuanto ordenación y agrupación de delitos de naturaleza afín, y en cuanto

²⁴ El código penal de 1848 castigaba únicamente el favorecimiento de la prostitución o de la corrupción de menores de edad en los siguientes términos: art. 357: "El que habitualmente ó con abuso de autoridad ó confianza promoviere ó facilitare la prostitución ó corrupción de menores de edad, para satisfacer los deseos de otro, será castigado con la pena de prisión correccional" [de 7 meses a 3 años de prisión]. La punición de el favorecimiento de la prostitución de personas adultas se produce muy posteriormente, a comienzos del siglo XX; inicialmente se incluye dentro del grupo de los delitos de escándalo público, y en épocas menos lejanas, en 1963, pasa a constituir un capítulo separado que recoge de forma profusa y confusa todo un elenco de actos de ayuda a la prostitución, acorde con el signo de las cruzadas abolicionistas de la época (Cfr. LIDON CORBI. J.M. "La regulación de las conductas relativas a la prostitución", *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, enero-febrero 1984, p. 9-55). EL nuevo código penal de 1995 deroga por fin aquella regulación moralizante para incriminar únicamente la promoción de la prostitución de menores o incapaces, y los supuestos de coacción, engaño o abuso de superioridad o necesidad para determinar la prostitución de mayores de edad.

²⁵ Arts. 358 y ss. del código penal de 1848.

descripción precisa y clara de las conductas delictivas, pero el significado que reciben estos delitos presenta una continuidad en lo sustancial respecto a las concepciones anteriores²⁶.

Brevemente, interesa destacar algunos de los rasgos más sobresalientes de esta regulación. Por de pronto la agrupación bajo el rótulo de la "honestidad" de conductas tan dispares indica el carácter organizador de tal concepto para definir las expectativas asociadas al orden matrimonial - adulterio- o a la obediencia familiar - el raptó-, o a las "buenas costumbres" - el escándalo público-, como ya ponía de relieve críticamente la doctrina desde principios de este siglo²⁷. Queda patente la estrecha vinculación entre la denominada "moral sexual" y la asignación de la mujer a espacios de sometimiento a la tutela y decisión del cabeza de familia, marido o padre. A través de la tutela de la honestidad individual de la mujer, se tutela fundamentalmente la infracción del orden familiar, y del orden social de distribución de roles según el sexo. Se trataba de proteger la "moral y las costumbres" como explicaba entonces PACHECO, porque "la moral y las costumbres son el fundamento de la familia, la condición de la sociedad"²⁸.

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

-Delito de infidelidad conyugal: la distinta forma de considerar la infidelidad según fuera el marido o la mujer, patentiza la diferencia de roles asignados a cada uno en el "orden familiar y moral". El adulterio de la mujer se consumaba con un solo yacimiento, castigándose con una pena considerablemente superior a la prevista para el delito de "amancebamiento" cometido por el marido. Para éste, el adulterio no constituía delito sino cuando fuera permanente, y en tanto mantuviera a su amante - "manceba"- en la casa conyugal "ó fuera de ella con escándalo"²⁹. Hasta época reciente - 1978- el adulterio y amancebamiento permanecieron como delitos diferenciados prácticamente en los mismo términos, situados dentro del mismo grupo de "delitos contra la honestidad". El peligro que acarrea el adulterio de la mujer para la legitimidad de la prole matrimonial, se aducía como justificación de aquella diferencia penológica, según explicaba PACHECO en su época. Una consecuencia a la que se asocia el papel central de la mujer en el orden familiar:

"La mujer es el centro de la familia, como el hombre es la cabeza. La falta de aquélla destruye sustancialmente la sociedad conyugal, que la falta de éste altera,

²⁶ PACHECO, J.F., **El código penal comentado y concordado**, T. III, Madrid 1849, p. 108 y ss. reproduce la normativa concordante de la legislación del Antiguo Régimen, cuya lectura resulta ilustrativa de esa continuidad básica de criterios.

²⁷ Así JIMENEZ DE ASUA, L./ANTON ONECA, J. **Derecho penal**, T. II Madrid 1929, o. 217, refiriéndose al entonces vigente código penal de 1928 (código aprobado durante la dictadura de Primo de Rivera, que estuvo en vigor únicamente tres años), resaltaban lo inadecuado de esta agrupación, proponiendo una redistribución de los delitos en títulos diferenciados.

²⁸ PACHECO, J.F., **El código penal comentado y concordado**, T. III, cit. p. 107.

²⁹ La pena por el adulterio de la mujer (que se extiende al varón que yace con ella), era de 4 a 7 años de prisión; la del marido que mantiene "manceba", la de prisión correccional de 7 meses a 3 años (arts. 349 a 353 del código penal de 1848).

pero no puede destruir. La mujer infiel da derechos injustos, que el hombre no puede dar. La mujer infiel disuelve todos los lazos, que ninguna otra infidelidad disolvería del mismo modo."³⁰

Argumentos que encontramos reproducidos en la jurisprudencia hasta hace dos décadas. Los problemas derivados de la eventual prole extramatrimonial del marido infiel es una cuestión que queda fuera de consideración; es decir sería problema exclusivo de la mujer amancebada, lo cual no deshonra a hombre alguno. Únicamente el amancebamiento, con escándalo, o en la propia casa conyugal, alcanza la categoría de delito porque ya alcanza la categoría de afrenta social a la esposa inocente, según explicaba la jurisprudencia mientras permanecieron en el código estas figuras.

- *Violación*: en la definición de este delito el código penal de 1848 se separa de la tradición anterior. Se unifica en una sola previsión y se castiga con la misma pena el yacimiento forzado con violencia de cualquier mujer, independientemente de su estado. Un avance en la extensión de la tutela igual a las mujeres, si tenemos en cuenta que las leyes de las Partidas diferenciaban la gravedad del hecho según la condición de la mujer: el "robo" o el yacimiento con fuerza de mujer "*viuda de buena fama, ó virjen ó casada, ó relijiosa*"[sic.], se castigaba con pena de muerte; el yacimiento forzado con otra clase de mujer, no tenía señalado pena fija, sino que quedaba al "*alvedrío del judgador; catando quien es aquel que fizo la fuerza, é la mujer que forzó, é el tiempo, é el lugar en que lo fizo*"[sic.]³¹.

El criterio de tratamiento unificado de los supuestos considerados más graves conduce a asignar la misma penalidad al yacimiento por la fuerza ("violación propia") y al yacimiento consentido cuando la víctima fuera menor de 12 años o mujer privada de sentido ("violación impropia"). Este criterio de atribuir la misma denominación y la misma pena al acceso carnal violento y a la "violación impropia", se mantendrá hasta el nuevo código penal de 1995, es decir prácticamente siglo y medio. Sólo recientemente, con la reforma de 1989, se introdujo una novedad importante al ampliar la definición de la violación para incluir la penetración anal y bucal, y para incluir como sujeto pasivo del delito tanto a mujeres como a hombres.

Hasta la reforma citada de 1989, el entendimiento de la dañosidad del delito desde la idea de la honestidad, conforman una jurisprudencia restrictiva respecto a lo

³⁰ PACHECO, J.F: **El código penal**, cit. p.113; en el párrafo anterior manifestaba, siguiendo en la misma línea argumental, que: "Aun moralmente hablando, la diferencia entre una culpa y otra no puede desconocerse. Mas fijándonos en la esfera del derecho esa diferencia es todavía más notoria. No procede, como han querido decir algunos, de que las leyes han sido hechas por los hombres; procede de la misma razón, que encuentra en una y otra falta distintos caracteres, distintas consecuencias". Argumentos que encontramos de forma explícita en **Las Partidas, Partida VII, Ley 1ª, tit. 17** : "*E esto tuvieron por derecho por muchas razones. La primera, por que del adulterio que faze el varon con otra mujer non nace daño, ni deshonna á la suya. La otra, por que del adulterio que faze su mujer con otro, finca el marido deshonnrado, recibiendo la mujer á otro en su lecho; é demas, por que el adulterio della puede venir al marido grand daño. Ca si se empreñasse de aquel con quien fizo el adulterio, vernia el fijo extraño heredero en uno con los sus fijos; lo que non avernia á la mujer del adulterio que el marido fiziesse con otra: é por ende, pues que los daños é las deshonnras, no son iguales, guisada cosa es, que el marido aya esta mejoría, é pueda acusar á su mujer del adulterio, si lo fiziere, élla non á el; é esto fue establecido por las leyes antiguas, como quier que segund el juizio de santa iglesia non sería assi.*"[sic]

³¹ **Partida VII, Ley 3, tit. 20.**

que podía considerarse violación. La exigencia de "fuerza o intimidación" como requisito típico, se convierte en la exigencia de oposición expresa de la víctima al acometimiento del autor. La prueba de la resistencia de la mujer aboca en el escrutinio de huellas corporales que patenten algo más que pequeñas acometidas pasionales erotizantes - esa "*vis grata puellis*" que la jurisprudencia deshecha como prueba de violencia -, supuestamente usuales en el cortejo sexual como forma de excitar la libido (de la fémina, según la jurisprudencia). El calvario probatorio termina por producir una doble victimización en la mujer que no se hubiera resistido lo suficiente según podía constatarse por la ausencia de marcas plausibles de violencia. De hecho, la violación realizada bajo intimidación, abocaba en absolución si la mujer se doblegó antes de verificar en sus propias carnes que el agresor estaba dispuesto a utilizar la amenaza de hierirla seriamente³².

En este contexto, las mujeres de "mal vivir", o sospechosas de costumbres licenciosas, no encajaban como posibles víctimas de una violación, supuesta su proclividad a aceptar el trato sexual. El tenor de la ley es evidente que no establecía diferencias, - rompiendo en este punto con la legislación antigua - por lo que en teoría se reconoce que también la prostituta queda protegida. No obstante se apunta a la contradicción valorativa, y a la conveniencia como apuntaba PACHECO de mitigar la pena de la violación a una mujer no honesta: "*¿Debe la ley garantizar del mismo modo contra esos brutales arrebatos á una prostituta que á una vírjen, á la que vive con completa holgura que á la que educa sus hijos en el hogar doméstico?*"³³ De hecho, algunos códigos de aquella época recogían una penalidad suavizada para la violación de una mujer pública³⁴. La violación de una mujer de costumbres "libertinas" sólo podía considerarse como un mero ataque a su libertad, y por ello de menor entidad que la lesión de la honestidad³⁵. La libertad nunca se consideró atributo propio de las mujeres decentes.

En la jurisprudencia se ha admitido la violación de prostituta, si bien hasta los años 80 son muy escasas las resoluciones en este sentido. En la mayoría de los casos la brutalidad de la violencia parece ser la determinante de las condenas, máxime cuando en algunos supuestos se trata de violación y asesinato³⁶. La doctrina

³² Aunque en la actualidad la jurisprudencia abjura de aquella doctrina de la "resistencia" casi heroica exigible a la mujer, siguen produciéndose resoluciones que mantienen una interpretación tan restrictiva de la intimidación que reproducen la teoría de la "resistencia". Cfr. SUAY HERNANDEZ, C. "Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación" (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 16 de enero de 1991. El caso del "alfiler")", en **La Ley**. 1991-2, p. 1062 ss.

³³ PACHECO, J.F. **El código penal concordado y comentado**.T.III, Madrid 1849, p. 132.

³⁴ Así en el código penal napolitano, - que sirvió como modelo para otros códigos europeos y para el propio código español de 1848 en la definición de las modalidades de violación- se establecía la rebaja de la pena en uno o dos grados. También el que fue primer código penal español cuya vigencia no sobrepasó unos meses -c.p. de 1822- preveía una rebaja de la mitad de la pena; el mismo criterio siguió el código penal de 1928 de la dictadura de Primo de Rivera.

³⁵ Es ilustrativa la explicación que ofrecía en el año 1927 la Comisión de Codificación (al presentar el que luego fue código penal de 1928, durante la dictadura de Primo de Rivera), para justificar el tratamiento separado de la violación de una prostituta, figura en la cual "la gran atenuación de la pena responde al hecho de que tal delito, a diferencia de la violación de la mujer honesta, que tiene un doble carácter contra la honestidad y la libertad, sólo puede considerarse como un delito contra la libertad" (Cfr. **Comisión de Codificación, Sección 3ª, Proyecto de código penal, 1926-1927**, p. 26.)

³⁶ Así en la STS 27 de febrero de 1992.

mayoritariamente también ha defendido la tutela de la prostituta frente la violación. En contra, por ejemplo JIMENEZ DE ASUA, mantenía que el ataque sexual contra una mujer que no fuera honesta únicamente podía calificarse como delito de coacciones³⁷.

Tampoco era concebible la violación entre *cónyuges*. El código penal no mencionaba tal supuesto, a diferencia de lo que ocurre en otros países donde expresamente se excluye del ámbito de la violación. No obstante tal exclusión se deducía del propio significado de la "honestidad". La violencia ejercida por el marido para "el uso del matrimonio" de ningún modo podía considerarse un ataque a la honestidad de la mujer: la virtud femenina residía precisamente en la exclusividad del uso consagrada al esposo. La violencia probada podía suponer a lo más un delito de lesiones, y casi inverosímil sería que prosperara una denuncia por delito de coacciones, si es que la afectada se atreviera a interponerla³⁸.

El ejercicio del derecho al débito conyugal, se aducía como eximente de la antijuricidad del hecho, salvo que por las circunstancias -peligro de transmisión de enfermedad, debilidad o problemas de salud de la mujer, exigencia de actos "contra natura",- la esposa tuviera derecho a negarse³⁹.

En cuanto a la pena prevista para la violación, inicialmente fue algo más grave que la prevista para el homicidio⁴⁰, pero posteriormente, y hasta el actual código de 1995, se mantuvo con la misma pena que éste (12 a 20 años de reclusión).

Desde aquella simbología que consideraba la violación como la pérdida de la honestidad y ésta pérdida como una desgracia irreparable para la mujer, podía explicarse tal equiparación punitiva. Si se adopta la perspectiva de la afectación a la libertad de la víctima y a su dignidad, en cuanto vejación de la intimidad sexual, no resulta justificada la similitud penológica con el homicidio. El daño social de conmoción de las expectativas de seguridad y de respeto a la igualdad de decisión en las relaciones sexuales, debe integrarse en la valoración de la gravedad de la conducta, pero todo este conjunto de elementos no pueden sumar un desvalor equiparable al de la eliminación intencionada de la vida de la víctima. La causación de lesiones a la víctima como consecuencia de la agresión, o en los casos extremos excepcionales, la producción de la muerte, llevan ya aparejada la correspondiente punición por delito de

³⁷ JIMENEZ DE ASUA, L. *El Criminalista*, 2ª serie, T. III, Buenos Aires 1960, p. 137.

³⁸ Sobre la inviabilidad de la violación en el matrimonio y la posibilidad de considerar la conducta como un delito genérico contra la libertad o contra la integridad física, Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E. "Sobre algunos aspectos del delito de violación en el código penal español: con especial referencia a la violación intimidatoria", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1969, p. 507 ss. (Reproducido en sus *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed. Madrid 1981, p. 246 s.)

³⁹ Una relación de las posturas en la doctrina puede consultarse en SUAREZ RODRIGUEZ, C. *El delito de agresiones sexuales*, cit. p. 286 s.

⁴⁰ En el código penal de 1848 el art. 354 establecía para la violación la pena de "cadena temporal", cuya duración (de 12 a 20 años) era igual a la señalada para la "reclusión temporal" con la que se castigaba el homicidio, pero su forma de cumplimiento resultaba de mayor dureza por la sujeción continua con una cadena y el destino a los trabajos "más duros y penosos". (arts. 95 y ss. del c.p. de 1848)

lesiones o de homicidio (o de asesinato), que se añade a la derivada de la agresión sexual.

- *Los abusos deshonestos*: la agresión violenta de una mujer sin intención de "yacer" con ella, se consideraba un "atendado al pudor". Excluida la "*conjunctio membrorum*", la mujer salvaba su preciada virtud, conmoviéndose únicamente su decoro. La penalidad es sustancialmente inferior a la de la violación: 6 meses y 1 día de prisión como pena mínima frente a los 12 años y 1 día previstos para la violación.

La genérica descripción de la conducta - "el que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo"- incluía tanto la agresión violenta, como actos "obscenos" sin violencia con menores de 12 años o con personas privadas de razón. Asimismo quedaban equiparadas abusos de muy distinta intensidad, desde simples tocamientos superficiales "impúdicos" a la penetración anal. Los ataques sexuales contra hombres, - en tanto concurriera violencia o intimidación, o la víctima fuera menor o incapaz - quedaban enmarcados en esta figura de "abuso sexual", la única previsión referida a víctima masculina.

Habrá que esperar hasta épocas muy recientes (reforma de 1989) para que algunas modalidades de abuso sexual violento, sean consideradas de gravedad equiparable a la "genuina" violación.

- *Delitos de estupro*: bajo estas figuras se reproducen algunas de las previsiones de la antigua legislación que castigaban las relaciones sexuales extraconyugales en el ámbito de la convivencia doméstica.

La primera modalidad, el "estupro de prevalimiento" era el realizado con *doncella* menor de 23 años, cometido por persona que pudiera tener ascendencia o relación próxima con la joven (autoridad pública, sacerdote, tutor, criado). Se entiende por "estupro" el acceso carnal conseguido mediante seducción de la víctima, o aprovechando la ascendencia sobre ella. Como hasta hace poco podía leerse en la jurisprudencia, una mujer honesta no accede a tener relaciones extraconyugales si no se le presiona de alguna de aquellas formas, por ello:

"Se caracteriza este delito por el consentimiento que la doncella mayor de 12 años pero menor de 23 presta para yacer con el varón por miedo reverencial, temor de desagradar o de faltar al respeto que el hombre le merece por su ascendiente como autoridad o sacerdote, o por sus relaciones por convivencia, guarda o educación"⁴¹.

La mujer soltera menor de 23 años gozaba de la presunción de "doncellez" - virginidad- y de conducta honesta, salvo prueba en contrario (presunción "*iuris tantum*")⁴². La obligación del estuprador de dar dote a la ofendida se dirigía a compensar el perjuicio de la pérdida de valor de la mujer desflorada.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1959 (Ref. Aranzadi 2692)

⁴² Cfr. STS 8 noviembre de 1954 (Ref. Aranzadi 2455)

Como modalidad distinta se recogía el "estupro por engaño" originariamente prevista respecto a menores de 23 años. Esta previsión se reducía en la práctica a los casos de falsa promesa de matrimonio. Supuesto que, según se explica en numerosas sentencias, constituye un engaño grave porque "en el orden moral de las relaciones sociales no existe estímulo más poderoso para vencer la natural honestidad de la mujer que la formal promesa de matrimonio"⁴³.

El estupro incestuoso, con hermana o descendiente se configura como una tercera modalidad⁴⁴, que nos sitúa ante una realidad sociológica de entidad totalmente distinta. El legislador del siglo pasado rompió con la antigua tradición que consideraba el incesto un crimen de herejía, para situarlo entre los delitos de menor gravedad, lo que fue alabado por los comentaristas de la época. Superadas las consideraciones que remitían al tabú del incesto, en la actualidad el abuso sexual con "prevalimiento" de la relación de parentesco se fundamenta en la defraudación de las expectativas reforzadas de respeto y tutela en el ámbito familiar, particularmente respecto a los menores⁴⁵.

Fuera del grupo de los delitos contra la honestidad, aquel código penal de 1848 penalizaba lo que hoy llamaríamos acoso sexual, realizado por un "empleado público" contra mujer que tuviera pretensiones ante él pendientes de resolución. Una figura que se mantiene hasta la actualidad en el marco de los delitos cometidos por los funcionarios⁴⁶.

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

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 mayo de 1944 (Ref. Aranzadi 618)

⁴⁴ En el código penal de 1848 el estupro "incestuoso" con hermana o descendiente, era considerado delito aun cuando la mujer fuera mayor de 23 años. La reforma de 1978 en esta materia, recortó la edad de la víctima a los 18 años, tanto para el incesto como para el estupro de prevalimiento, mientras que para el estupro por engaño se situó en los 16 años. En dicha reforma de 1978 se suprime la referencia a la mujer como sujeto pasivo, acogiendo de esta forma al hombre como posible víctima de estupro.

⁴⁵ El código penal de 1995, recoge en los abusos sexuales - sin violencia o intimidación- la agravación por "prevalimiento de la relación de parentesco" sin distinción de la edad de la víctima (art. 182,1º), pero la exigencia de ese "aprovechamiento" se traducirá en que de hecho la aplicación de la cualificación se proyecte sobre los abusos contra niñas/niños, o adolescentes. Debe destacarse que la cualificación por "parentesco" se limita a los abusos sexuales de mayor entidad (aquellos que conllevan "penetración" corporal). La agravación se traduce en la elevación de la pena: de 7 y 10 años de prisión si la relación (no violenta o intimidatoria) se comete contra un menor de 12 años; de 3 años y medio a 6 años si la relación se obtiene con abuso de una situación de superioridad.

⁴⁶ Desde aquél primer código, se establecía el castigo por "solicitar a mujer" que tuviera causa pendientes de las que conociera el funcionario, y al "alcaide" respecto a mujer sujeta a su guarda o mujeres familiares de los sometidos a su custodia. En el actual código penal de 1995, ambas figuras han ampliado sus contornos, admitiendo que la víctima sea mujer u hombre, y ampliando los supuestos de posible prevalimiento de la posición del funcionario (Vid. arts. 443 y 444).

finalidad de la conminación penal sería la contención de las relaciones sexuales extramatrimoniales preservando la virginidad.

Pero a la vez, el delito de estupro admite otra lectura que apunta a una realidad que entonces, y todavía ahora, se plasma en la tendencia de quien ostenta una posición de superioridad a prevalerse de ella para imponer a la mujer el sometimiento sexual bajo presión o bajo la amenaza más o menos velada de empeorar su situación. Una utilización de las circunstancias no para "seducir" o "enamorar", sino para colocar a la mujer "en el lugar que le corresponde" como objeto de satisfacción sexual del dueño, patrón, jefe o superior. Situaciones en las que no se busca el consentimiento de la mujer, sino su temerosa docilidad. En estos supuestos la dinámica de la imposición se encuentra próxima a la intimidación propia de la violación.

En la concepción decimonónica de aquel código, el acento en la tutela de la doncellez, dejaba fuera del estupro los casos de prevalimiento respecto a mujeres que superaran los 23 años. Si se trataba de proteger la supuesta debilidad femenina debida a la inexperiencia, era comprensible la limitación por edad; desde los parámetros actuales que subrayan la libertad en las relaciones interpersonales, no tiene sentido la tutela frente a la seducción, porque nada se perjudica por la experiencia sexual consentida, aun cuando se considerara prematura. Por el contrario, sigue teniendo sentido la tutela frente al abuso de posición ejercido como imposición de doblegamiento, como vejación de la dignidad y de la intimidad sexual, como ataque torticero a la libertad. Una tutela que se justifica por la pervivencia sociológica de situaciones dramáticas de vulnerabilidad que afectan a aquellas mujeres, que por precariedad económica, o condiciones especiales - por ejemplo inmigración no autorizada -, sean duraderas o conyunturales, gozan de escaso margen de libertad ante el "acosador".

Estas situaciones serán tomadas en cuenta aunque de forma limitada, en la reforma de los delitos de estupro introducida en 1942, bajo el régimen franquista. La finalidad explicitada de tutelar a las mujeres "de acreditada honestidad" se plasmó en la redacción del texto que definía como estupro la relación sexual mantenida con mujer menor de 23 años "de acreditada honestidad, abusando de su angustiosa situación de necesidad" (art. 436 en vigor hasta 1978). Asimismo se incluyó la figura de estupro en el ámbito laboral, que sería el cometido por "el patrono o jefe que prevalido de esta condición" tuviera acceso carnal con mujer menor de 23 años de acreditada honestidad (art. 437 en vigor hasta 1978). En ambos casos la pena era de un máximo de 6 meses de prisión.

La oscilación en la forma de definir y regular las conductas referidas al "estupro", revelan la dificultad de separar el derecho penal de consideraciones sobre la moralidad sexual. Persiste el problema de cómo tratar los casos de seducción de jóvenes en los primeros años de la adolescencia. A mi juicio se requiere una ponderación de las circunstancias de cada caso en cuanto al perjuicio que determinada precocidad sexual pueda acarrear para su equilibrio y madurez como persona. Ello supone rechazar determinados tabús sociales sobre la trascendencia de lo sexual en la conformación de una identidad "respetable". El eventual daño al

adolescente no deriva de la relación sexual, sino de la constrictión de su autonomía en los supuestos de abuso de superioridad, creación de fuerte dependencia psicológica, o prevalimiento de situación de necesidad.

Con el código penal de 1995, desaparece el término "estupro". Se mantiene el castigo del prevalimiento de situación de superioridad manifiesta, que coarte la libertad de la víctima, independientemente de la edad de ésta⁴⁷. Superada la idea de la tutela de la "doncellidad", el delito de "abuso sexual" pasa a acoger los supuestos de acoso sexual⁴⁸ en situaciones de especial vulnerabilidad de la víctima. La realidad de las situaciones de manifiesta inferioridad y dependencia por necesidades económicas, precariedad laboral, enfermedad, indefensión jurídica, hace que todavía determinadas personas - mayoritariamente mujeres- se vean abocadas a ceder ante las solicitudes sexuales de quien puede tener el poder de perjudicarles seriamente.

- *Perseguibilidad a instancia de la persona agraviada*: Siguiendo la tradición en esta materia, la persecución de los delitos comentados requiere la presentación de querrela o de denuncia de la ofendida o sus representantes. La paradoja de que un delito que la ley considera tan grave como el homicidio no pueda ser perseguido a instancias del Ministerio Público, se ha justificado por la propia tutela de la privacidad. El "*strepitus fori*" aumenta la resonancia de la deshonra, y añade estigmatización a la víctima. La contrapartida de esa reserva de la acción privada es la desprotección de las víctimas más vulnerables por razón de su relación de dependencia del agresor, o por el temor -verosímil- a sus represalias. La finalidad de prevención general de futuros delitos pasa a un segundo plano para atender preferentemente a los intereses de la ofendida. La víctima podía elegir entre el proceso penal conducente al castigo del ofensor, o el silencio o en su caso otra forma privada de composición; el matrimonio con el agresor implicaba el perdón del delito.

⁴⁷ El nuevo código mantiene sin embargo la antigua figura de "estupro por engaño" respecto a mayores de 12 años y menores de 16, aunque ya no se utilice el término "estupro", sino el de "abuso sexual". La pena prevista es de multa de doce a veinticuatro meses, para los casos de menor intensidad del contacto sexual, y de prisión de seis meses a tres años en caso de que el abuso consistiere en "acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal" (Art. 183).

En relación a la tutela de adolescentes en esa franja de edad, el nuevo código presenta varias incongruencias en cuanto a la correspondencia penológica. Por un lado se ha querido cubrir todos los supuestos de abuso incluyendo también el "engaño" - tradicionalmente el engaño en la promesa de matrimonio- respecto a estos menores; la pena es mayor que la prevista para el abuso por prevalimiento de una situación de superioridad. Ello conducirá a la incongruencia de que el abuso mediante presión aprovechando la necesidad económica del menor - por ejemplo- resulte castigado con pena inferior a la del abuso por engaño. En cambio, si el abuso conlleva penetración corporal, la pena prevista para los casos de "engaños", resulta notablemente inferior a la prevista para el prevalimiento de situación de superioridad (art. 182, prisión de uno a seis años).

⁴⁸ Aunque el nuevo código penal utiliza la denominación "acoso sexual" únicamente en la nueva figura que castiga la mera "solicitud de favores sexuales" con anuncio expreso o tácito de causar un mal a la víctima en el ámbito de su relación de dependencia con el autor (art. 184), los abusos sexuales de prevalimiento contemplados en el art. 181,3 y 182, constituyen supuestos de "acoso sexual" con resultado de efectivo doblegamiento de la voluntad de la víctima.

El abuso sexual con prevalimiento no hace referencia a la conminación amenazante de un mal referido a las expectativas de la víctima, pero lógicamente es la amenaza implícita de padecer un perjuicio o deterioro en su situación lo que constituye el "abuso" o prevalimiento de la relación de superioridad. Paradójicamente, el tipo básico de abuso sexual - sin penetración - lleva aparejada una pena que puede resultar igual o inferior a la establecida para el "acoso sexual" que se queda en el estadio de la amenaza expresa o tácita. (Art. 181,3: multa de seis a doce meses; art. 184: arresto de doce a veinticuatro fines de semana, o multa de seis a doce meses).

El efecto exonerador del matrimonio como perdón al agresor se mantiene hasta épocas recientes; la mancilla causada a la mujer en su honra se consideraba compensada con el "honor" del matrimonio, estado que aseguraba la recuperación de la dignidad social de la agraviada. Igualmente se mantuvo hasta hace poco la obligación del condenado de dar "dote" a la víctima, si fuera soltera o viuda, una forma de asegurar o facilitar su colocación en el mercado matrimonial, o su futuro económico, ante la merma de expectativas de futuro por la pérdida de la virtud femenina. A partir de 1983 se sigue admitiendo la posibilidad del perdón -por matrimonio o por voluntad de perdonar de la víctima - como forma de paralizar el proceso penal, pero se excluye la virtualidad del perdón manifestado después de la condena judicial.

En 1989 se suprime definitivamente la institución del perdón del ofendido en estos delitos⁴⁹. La doctrina ha venido manteniendo opiniones encontradas sobre la conveniencia de mantener o no esta figura de "nuestra tradición jurídica"⁵⁰. La tensión entre las finalidades públicas de prevención general a través del castigo, y el respeto a la intimidad de la víctima, son palmarias. Desde la clave de la "honestidad", la preservación de la "reputación" como valor principal de una mujer, explicaba la opción por la persecución a instancia de parte.

Desde los parámetros actuales, rechazado el criterio que prima la "reputación" sexual de la mujer, permanece sin embargo el componente de la intimidad afectada y de la humillación a la propia dignidad. Imponer aun en contra de la voluntad de la víctima, la obligación de pasar por el proceso de denuncia penal en aras al interés general, significa supeditar el legítimo interés de la víctima a no airear aquella experiencia traumática. Desde las teorías feministas esta cuestión tampoco es pacífica. El debate italiano antes mencionado es un exponente de la dificultad de conciliar el interés general y el respeto a la decisión de la víctima de no acudir a la tutela judicial.

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

⁴⁹ La reforma de 1989 excluyó la eficacia del perdón de forma explícita incluyendo, en el entonces art. 443 el siguiente párrafo: "En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal o guardador de hecho, no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esta clase"

⁵⁰ Un relación de las distintas posturas, en SUAREZ RODRIGUEZ, C. **El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación**, cit. p. 413 ss. RUIZ VADILLO, E. "El perdón en los delitos contra la honestidad" en **Comentarios a la legislación penal**, V.2, Madrid 1985, p. 983 consideraba que debía mantenerse el perdón en el caso de matrimonio del ofensor con la ofendida, incluso en la violación, apelando a su experiencia como fiscal y magistrado: "Todos hemos visto, especialmente en los estupros, cuántas veces el matrimonio extingue la pena o su ejecución, y aunque es verdad que cabe la preocupación de que se llega a esta situación por la presión psíquica o la amenaza de no perdonar si no se celebra la boda, la verdad es que en la mayor parte de los casos se trataba de noviazgos o de parejas a las que la pena impuesta, en general corta, no era ni mucho menos determinante de la decisión de matrimoniar, aparte que afortunadamente el cambio en este sentido es fundamental, **y la mujer, en general, no busca ya, como antes, en el matrimonio un seguro**, sino una relación estable basada en el cariño y comunidad de vida". (Subrayado añadido).

IV. HACIA LA TUTELA DE LA LIBERTAD SEXUAL. LA REFORMULACION DEL SIGNIFICADO DE ESTOS DELITOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA IGUALDAD.

La designación de la "libertad sexual" como un bien digno de protección penal supone un avance indudable respecto a la tradición anterior. En primer lugar porque parte de la asunción del derecho igual de toda persona a la manifestación libre de sus decisiones en materia de sexualidad. En segundo lugar porque implica reconocer la sexualidad como una manifestación positiva del desarrollo personal en un ámbito vital de intimidad que requiere espontaneidad y autonomía. Por ello, una relación sexual impuesta se convierta en un mero acto de violencia o de dominación que desde estas coordenadas no merecería el nombre de manifestación sexual⁵¹. Únicamente por lo que supone de implicación fisiológica corporal puede decirse que es una manifestación "sexual", lo que en sí mismo para la víctima no es sino un ataque a la libertad y a esferas sustanciales de la intimidad⁵².

El enfoque de los delitos sexuales desde la perspectiva de la libertad presupone la superación de aquella adjudicación de roles y expectativas sociales diferenciados por razón del género. Si en la concepción anterior la limitación de la libertad de la mujer era el presupuesto de su honestidad y por ello lo que le hacía digna de protección, ahora se invierte el significado. Es la constricción de la libertad, lo que colorea la ilicitud de la conducta.

Excluido el acento en el acceso carnal como expresión máxima de la gravedad del ataque, la concreta modalidad de invasión corporal pasa a ocupar un lugar subsidiario o complementario ante la primacía valorativa del ataque a la libertad. La relevancia social de la violencia sexual no deriva de la alteración al orden familiar o del temor a la descendencia ilegítima, o del efecto de pérdida de la reputación de la mujer y consiguiente merma de posibilidades. El orden social que conmueve el ataque sexual es el de la garantía de la igualdad de derechos y expectativas de todas las personas y su legítimo ejercicio de la sexualidad en libertad.

Sobre estas premisas, deja de tener sentido partir de una supuesta debilidad de la mujer para ser seducida por la "ascendencia o el respeto debido a la autoridad del hombre". Las conductas que antes se incluían en el "estupro" únicamente pueden considerarse relevantes cuando se trate de aprovechamiento de situación de superioridad como coacción de la voluntad. Si el acoso sexual merece una represión

⁵¹ VEGA, J. "Coercion and Consent: Classical Liberal Concepts in Texts on Sexual Violence", *International Journal of Sociology of Law* 1988, 1, p. 75 ss.

⁵² Cfr. ORTS BERENQUER, E. *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia 1995, p. 23 ss, y 43, sobre la conexión de la libertad en la esfera sexual con la intimidad.

penal, lo será por lo que implica de obstáculo a la presencia social de la mujer como persona, en los distintos ámbitos sociales, en condiciones de igualdad.

Por ello, quedan también fuera de lugar aquellos discursos y explicaciones que adornaban el reproche jurídico con referencias a toda una policromía de adjetivos referidos al "pudor", la "decencia" o la "moralidad". La violencia o el abuso sexual no es una manifestación de "obscenidad" impudicia, lascivia, depravación, perversidad, indecencia, lujuria, inmoralidad, corrupción, vicio, etc.⁵³. La violencia o el abuso sexual son conductas de imposición de la voluntad de un ser humano sobre otro, que niegan el ejercicio de la libertad que espreciado atributo de toda persona, máxime si su ejercicio tiene que ver con una manifestación en esta esfera de la intimidad.

Desde la tutela de la "libertad sexual", la imposición a la víctima para que realice o soporte la manipulación corporal pretendida por el agresor, debe entenderse como un ataque a la libertad especialmente humillante y vejatorio. La imposición sexual queda caracterizada como un acto de dominio y supeditación en los aspectos más íntimos y personales. Esta valoración constituye el núcleo del injusto, el sentido de la prohibición penal que las normas legales deben expresar.

El reconocimiento de la autodeterminación en el ámbito sexual, conlleva la premisa de la igualdad en la capacidad de decisión. Precisamente este aspecto es el que debe subrayarse como fundamento del reproche en esta clase de delitos si partimos de que no es la relación sexual en sí el objeto de la condena, sino la constricción de la libertad. La agresión se concreta en la utilización del cuerpo de la víctima sin su consentimiento espontáneo. La mayor o menor intensidad de la vulneración de la libertad es el criterio básico indicador de la gravedad de la conducta, al que se añade la apreciación de la intensidad del contacto corporal impuesto como segundo elemento referido al ataque a la intimidad⁵⁴.

No obstante, la explicación del daño individual a la víctima y del daño social que generan estos delitos no puede ignorar el papel que todavía desempeñan los estereotipos tradicionales en las expresiones de violencia contra las mujeres. La violación, como imposición forzada contra la mujer, expresa de forma grosera o exagerada, el clásico esquema de género que construye subjetividades de poder y de subordinación, en el microcosmos de las relaciones interpersonales⁵⁵. El derecho

⁵³ Un repaso de la jurisprudencia tradicional permite constatar la abundancia de adjetivos del tenor expresado en la caracterización de los ataques sexuales; expresiones que todavía encontramos en las sentencias de los años 90 sobre todo en relación a los delitos de favorecimiento de la prostitución y de corrupción de menores. Cfr. BLANCO LOZANO, C. "Delitos relativos a la prostitución: conceptos de prostitución y de corrupción de menores." **Cuadernos de Política Criminal** 1997, p. 127 ss., donde se recoge una extensa relación de referencias jurisprudenciales hasta el año 1994.

⁵⁴ En este sentido se manifestaba el estudio holandés elaborado por el "Comité Melai" para la reforma de los delitos sexuales, que dio lugar al Proyecto holandés de 1981 sobre las "ofensas graves" contra la moralidad pública, si bien estas propuestas fueron recogidas sólo parcialmente en la reforma de su código penal. Cfr. UIT BEJERSE, J /KOOL, B. "La tentación del sistema penal. ¿Apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandés, la violencia contra las mujeres y el sistema penal", en LARRAURI E., (comp), **Mujeres, derecho penal y criminología**, cit., p. 147 ss.

⁵⁵ Como pone de relieve LEES, S., en su estudio realizado en los años 80 sobre las actitudes y vida sexual de jóvenes mujeres adolescentes, "no se puede explicar la violación y la violencia como conductas de maníacos sexuales psicópatas, sino más bien

penal evidentemente no es el instrumento idóneo para erradicar estos estereotipos, pero sí para incidir en su rechazo a través de las explicaciones sobre el sentido y fundamento de las prohibiciones penales. Ello requiere una reorientación de los parámetros valorativos desde los que los tribunales interpretan las normas jurídicas y la nocividad de las conductas que se enjuician.

El daño a la reputación de la víctima y a sus expectativas de futuro explicaban en gran medida la gravedad asignada a la violación en la tradición anterior. Y de hecho la víctima padecía aquella pérdida de su status de honorabilidad y la afección de su autoestima como mujer. Desde la perspectiva de la tutela de la libertad, corolario de la asunción de la igualdad en la autodeterminación para situarse en las relaciones sociales, el daño a la víctima no debiera traspasar el mero padecimiento de la constrictión temporal de su libertad y la vejación grave de su intimidad. Pero ni sus expectativas de futuro ni su consideración social debieran considerarse conmovidas.

La violación evidentemente no deshonra a la víctima, sino al autor⁵⁶. La explicación del daño no puede realizarse ya en clave de honestidad. Pero no puede ignorarse que el sometimiento y la humillación padecidas remite a las imágenes de género que todavía perviven culturalmente: la secular percepción de la mujer ante todo como objeto de la sexualidad del varón⁵⁷. En el tránsito hacia la plena asunción de este entendimiento, al derecho penal - a los operadores jurídicos que lo interpretan - se les debe pedir que no recree los tópicos sexistas y "moralizantes" que obstaculizan el avance hacia el reconocimiento de la igualdad.

La nueva delimitación de los delitos agresión sexual y abuso sexual que presenta el código penal de 1995 expresa la decisión del legislador de situar el acento en el ataque a la libertad como clave interpretativa de la nocividad de tales conductas. Reconducir el discurso jurídico desde esta clave, va a requerir una depuración de los conceptos tradicionales sobre el contenido del injusto, donde "lo sexual" quede reinterpretado desde la vulneración de la intimidad y la libertad.

V. VALORACIÓN DE LAS NOVEDADES DEL CÓDIGO PENAL DE 1995 DESDE LA TUTELA DE LA LIBERTAD. PAUTAS DE INTERPRETACIÓN.

como la prolongación de la habitual estructura represiva de las relaciones sexuales". Cfr. LEES, S. "Aprender a amar. Reputación sexual, moral y control social de las jóvenes", en LARRAURI, **Mujeres, Derecho penal y Criminología**, cit. p. 38.

⁵⁶ Como destaca acertadamente GONZALEZ RUS, J.J. "El bien jurídico protegido en la violación", en **Estudios penales. Libro Homenaje a J. Antón Oneca**, Salamanca 1982, p. 723.

⁵⁷ BROWNMILLER, S. **Against our Will: Men, Women and Rape**, New York 1975, p. 5 ss. destaca el sustrato ideológico de la violación en la sociedad occidental desde la perspectiva de la imagen de la mujer como propiedad del hombre. La percepción por las mujeres del temor a una eventual "apropiación" violenta constituye un "proceso de intimidación" a través del cual se mantiene a las mujeres en un "estado de miedo", que limita su presencia y espontaneidad en determinados espacios. De forma análoga al fenómeno de linchamientos de ciudadanos de color en Estados Unidos con motivo del reconocimiento de sus derechos iguales; la amenaza del linchamiento pasa a ser una expresión de la resistencia a la superación de situaciones de desigualdad. Cfr. también, DAVIS, N./FAITH, K. "Las mujeres y el Estado: modelos de control social en transformación", en LARRAURI, **Mujeres, derecho penal y criminología**, cit. p. 122 ss.

El cambio de orientación en la consideración de los ataques sexuales como delitos contra la libertad se produce ya, como se ha indicado, con la reforma de 1989. La modificación del título del grupo de delitos como "delitos contra la libertad sexual"⁵⁸ fue acompañada de la inclusión del hombre como posible sujeto pasivo de estas infracciones, y de la superación de la centralidad del "acceso carnal" vaginal, para equiparar en cuanto a gravedad la penetración vaginal, anal y bucal. El significado tradicional de la violación como invasión genital del cuerpo femenino, quedaba por fin desplazado. El propio Tribunal Supremo había solicitado la consideración de la penetración anal como violación, argumentando que su gravedad era equiparable⁵⁹. Una vez que se rechaza la "honestidad" como pauta interpretativa, no podía mantenerse la definición tradicional de este delito que parecía cosificar la "honra" en los cavidad vaginal femenina.

Con el nuevo código, se deslindan definitivamente los ataques que comportan violencia o intimidación respecto a los que implican aprovechamiento de una situación objetiva de menor capacidad de la víctima para actuar "en libertad". Se adopta así el criterio que se venía propugnando por la doctrina sobre la conveniencia de distinguir la agresión violenta de las otras modalidades, con la consiguiente diferenciación de penalidad⁶⁰.

1. Panorámica general del nuevo código en esta materia.

⁵⁸ La "libertad sexual" como rótulo general, ofrece una orientación interpretativa general para el conjunto de infracciones del grupo, pero como indica MUÑOZ CONDE, F. **Derecho penal. Parte Especial**, 11ª ed. Valencia 1996, p. 176, constituye más una directriz político criminal a seguir en la interpretación de los tipos penales que el objeto concreto de tutela de cada una de las figuras delictivas incluidas en dicho título. Respecto a los menores de edad o a incapaces, que no ostentan condiciones idóneas para formular su voluntad en condiciones de libertad equiparable a las de un adulto, la tutela se dirige a preservarles de injerencias que socialmente se consideran intolerables para su intimidad (ORTS BERENQUER, E. en VIVES ANTON, T.S. (coord.) **Comentarios al Código penal de 1995**, T.I, Valencia 1996, p. 937); o como forma de preservar su libertad sexual potencial -"in fieri"-, ante experiencias que pudieran ser traumáticas para su desenvolvimiento futuro en este ámbito (MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R. , en QUINTERO OLIVARES, G. /VALLE MUÑIZ, J.M. **et alter, Comentarios a la Parte especial del Derecho penal**, Pamplona 1996, p. 228 s. Ha sido tradicional apelar a la "indemnidad sexual" como objeto de tutela respecto a estos colectivos, e incluso se propugna que la referencia a la "indemnidad" debiera consignarse en el encabezamiento del Título (cfr. CARMONA SALGADO, C. en CARMONA SALGADO, C./GONZALEZ RUS, J.J./MORILLAS CUEVAS, L./POLAINO NAVARRETE, M./PORTILLA CONTRERAS, G. **Curso de Derecho penal español. Parte especial**. t.I Madrid 1996, p. 300). Mantiene convincentemente que en todo caso la "indemnidad" sexual del menor queda comprendida en la tutela de la libertad sexual, entendida ésta como el derecho a ejercer la sexualidad "en libertad", DIEZ RIPOLLES, J.L. "Las últimas reformas del derecho penal sexual", en **Estudios penales y criminológicos** T. XIV, Santiago de Compostela 1991, p. 47.

⁵⁹ Así procedió por decisión adoptada en la STS de 7 de noviembre de 1987 (Ref. Aranzadi 8475), donde después de rechazarse la calificación como "violación" de un agresión con penetración anal, porque admitirlo sería adoptar una interpretación "contra reo", la Sala "decide hacer uso de la facultad-deber establecido en el art. 2 del Código penal, acordando elevar al Gobierno una Exposición dirigida a que, si lo estima oportuno, promueva el procedimiento legislativo que punitivamente aproxime las indicadas conductas de yacimiento natural y 'contra natura' entre personas de distintos e iguales sexos, por entender que en el actual sentir comunitario ambas conductas deben tener similitud punitiva".

⁶⁰ El Consejo General del Poder Judicial, en su informe sobre lo que entonces era todavía "Anteproyecto de nuevo código penal de 1992", proponía "distinguir entre la violación violenta y las restantes. Para la primera podría llegar a propugnarse un tratamiento punitivo más grave [...], (v.g. una pena de ocho a catorce años); para la segunda bastaría probablemente una penalidad entre seis y diez años, más benigna que la actual". Una diferenciación que fundamentaba en el hecho de que "valorativamente suscitan una reprobación muy distinta". Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, **Anteproyecto de código penal de 1992**, Madrid 1992, p. 241.

La nueva clasificación atiende al grado de lesión de la libertad de la víctima como primer criterio definitorio del delito; como segundo criterio, la intensidad del contacto sexual se conjuga como elemento que conduce a una pena agravada cuando concurre "penetración".

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

En el Capítulo II, se recogen los denominados "*abusos sexuales*": actos contra la libertad sexual realizados sin violencia ni intimidación, pero sin el consentimiento válido de la víctima (art. 181). En este grupo se incluyen situaciones diversas, que van a tener su reflejo en ciertas variaciones de la penalidad. Por un lado, utilización sexual de la víctima sin que ésta haya dado su consentimiento por no poder hacerlo: ataque por sorpresa, o utilización sexual de persona privada de sentido⁶¹. Por otro lado, los actos de significación sexual realizados con menores de 12 años, supuestos que siempre se consideran "no consentidos"; y los realizados con personas que padezcan trastorno mental, en tanto se haya "abusado" de dicho trastorno para acceder al trato sexual⁶².

En el marco de los *abusos sexuales*, como modalidad de menor gravedad, se recoge el abuso de superioridad que *coarta* la libertad de la víctima, cualquiera que sea la edad de ésta (art. 181.3)⁶³. Desaparece por tanto, como ya se indicó anteriormente, la antigua denominación de "estupro" para supuestos de prevalimiento, que se sitúan en esta última modalidad de abuso sexual. Se cubre así una laguna en la tutela de la libertad sexual, respecto a situaciones en las que el agresor no necesita acudir a la intimidación porque puede utilizar otro tipo de presiones para lograr que la víctima acceda a soportar o realizar los actos que le propone. Se trata de constreñimiento de la libertad de decisión, abusando de una posición de dominio. Con la nueva formulación se acogen supuestos fronterizos con la violación, que hasta

⁶¹ La penalidad señalada para el tipo básico (sin penetración) es de multa de doce a veinticuatro meses (art. 181.1.)

⁶² La penalidad establecida en el tipo básico, cuando la víctima es menor de 12 años o padece trastorno mental, es de prisión de seis meses a dos años.

⁶³ La penalidad es sustancialmente menor: pena de multa de seis a doce meses.

ahora conducían a la absolución por dificultades en la obtención de prueba concluyente sobre el grado de constricción de la voluntad de la víctima⁶⁴.

Siguiendo la misma técnica de diferenciación de supuestos agravados, los abusos sexuales se cualifican con penalidad superior "cuando el abuso sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal"(art. 182, p.1). Y todavía la pena puede quedar doblemente agravada, si concurre prevalimiento por parentesco, o especial vulnerabilidad de la víctima (art. 182, p.2)⁶⁵.

Se mantiene como un supuesto específico de abuso sexual sobre menores de 16 años, el antiguo "estupro por engaño", en términos prácticamente idénticos al código anterior⁶⁶.

En capítulo separado, Capítulo III, se recoge la incriminación del "*acoso sexual*" como particular novedad del código; el Capítulo IV se dedica a los delitos de "*exhibicionismo y provocación sexual*" delimitados por razón de la minoría de edad o la incapacidad del sujeto pasivo; y el Capítulo V a los delitos "*relativos a la prostitución*", que reduce sustancialmente la farragosa y moralizante regulación anterior de esta materia.

Veamos ahora algunos de los caracteres sobresalientes de las "agresiones sexuales", como materia básica que refleja la necesidad de un profundo cambio de orientación interpretativa, en contraste con la regulación anterior.

2. Las agresiones sexuales. Algunos aspectos destacados.

El capítulo específico dedicado a las agresiones violentas, nos sitúa ante los supuestos que presentan el máximo desvalor en cuanto al desprecio y vejación a la que se somete a la víctima. Sociológicamente, teniendo en cuenta que la inmensa

⁶⁴ Esta modalidad de abuso sexual acoge la propuesta del CGPJ de incriminar la obtención del consentimiento de la víctima "abusando de una situación de superioridad manifiesta", independientemente de la edad de ésta. Una propuesta que pretendía "por un lado, tipificar los supuestos más graves de 'acoso sexual'; por otro lado, se dispondría de un tipo intermedio adecuado para conductas fronterizas con la violación intimidatoria, que en la actualidad dejan al Tribunal en la difícil tesitura de optar entre la reclusión menor y la impunidad, con el resultado fácilmente previsible de fallos absolutorios, entendidos como escandalosos por amplios sectores de la opinión pública". Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, **Anteproyecto de código penal de 1992**, cit. p. 242.

En la reciente STS num. 381/1997, de 25 de marzo de 1997, precisamente se absuelve del delito de violación por el que era acusado quien mediante amenazas de despido había conseguido mantener relaciones sexuales con una empleada de la limpieza del Banco del que había sido Director. En la sentencia se reconoce que la amenaza no reunía los caracteres de la intimidación grave que requiere el tipo de violación, y por ello se le absuelve dado que los hechos se cometieron antes de la entrada en vigor del nuevo código; pero a la vez se ratifica en la conveniencia, ya manifestada por la propia Sala en su sentencia num. 212/1995 de 17 de febrero, de una figura intermedia para los supuestos de prevalimiento sobre mayores de edad, vacío que, recuerda, ya ha sido cubierto en el nuevo código penal.

⁶⁵ En estos casos las penas pueden llegar a 10 años de prisión si se trata de abuso sin consentimiento, o de abusos con consentimiento (ineficaz) de menores o incapaces; y puede llegar a 6 años de prisión en el caso de abuso de superioridad.

⁶⁶ El prevalimiento por engaño se mantiene en idénticos términos, salvo en la penalidad, que en el nuevo código resulta mucho más grave: el antiguo art. 436 - prevalimiento por engaño sobre menor de 16 años-, establecía una pena de 1 mes a 6 meses de prisión cuando hubiera "acceso carnal"; el nuevo cp en su art. 183 establece una pena de 6 meses a 3 años de prisión para la misma conducta.

mayoría de los casos tiene a la mujer como sujeto pasivo, podemos afirmar que constituyen una de las manifestaciones de la violencia ejercida contra las mujeres.

La primacía de la imposición violenta como definidora de estos delitos, y el hecho de que esa imposición se traduzca en utilización del cuerpo de la víctima, aproximan esta figura a la de tratos inhumanos o degradantes, en la línea de la tortura física y psicológica. Una perspectiva que ha sido tomada en cuenta en recientes normas internacionales relativas a la persecución de delitos contra la población civil cometidos durante un conflicto armado, al incluir la violación en el grupo de los "crímenes de lesa humanidad", junto a la esclavitud, la tortura, y otros actos inhumanos⁶⁷.

Lo que pretendo indicar es que aun cuando "lo sexual" aparezca como rasgo definitorio de la agresión, su significado en este contexto de violencia, es el de vejación de la intimidad personal, con el componente añadido de las representaciones culturales que remiten a la subordinación de la mujer en las relaciones interpersonales con el varón.

El proceder del derecho penal, centrado en la individualización de los actos de agresión, no facilita la visualización de estos componentes sociológicos que subyacen a las conductas delictivas. Sin embargo, de la misma manera que en la tradición jurisprudencial hemos visto cómo se han recreado las explicaciones sobre la "moralidad" familiar, o la "honestidad" de la mujer, puede acoger hoy la perspectiva valorativa que incida en el desvalor propio de la conducta delictiva, desde el prisma de la vejación humillante para la víctima y desde el daño social que provoca la constatación de la pervivencia de esquemas de género de sometimiento-subordinación. Ello requiere abandonar la fijación por la cosificación corporal de los ataques sexuales, para acentuar lo que es el objeto material de la agresión: la autodeterminación y dignidad de la víctima, y no sólo determinadas partes de su cuerpo.

La concreta descripción legal de las agresiones sexuales como tipo básico, en el art. 178, es la siguiente:

"El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación será castigado como culpable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años".

El legislador ha optado por una definición general amplia, que admite modalidades de comisión anteriormente no susceptibles de incluirse en las agresiones sexuales. Se entiende que constituyen ataques a la libertad sexual no sólo los efectuados por el agresor sobre la víctima, sino también el obligar a ésta a realizar determinadas manipulaciones de contenido sexual sobre sí misma o sobre un

⁶⁷ Cfr. **Estatuto del Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia**, Nueva York, 25 de mayo de 1993, art. 5. ; y el **Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda**, de 8 de noviembre de 1994, art. 3.

tercero⁶⁸. Hay acuerdo en considerar que las conductas incluidas en el art. 178 son aquellas que suponen un ataque a la libertad "negativa"⁶⁹, es decir el derecho a negarse a una relación sexual no querida. No sería típica la violencia ejercitada sobre otra persona para impedirle que mantenga una determinada relación sexual con otra persona. Este caso se enmarcaría en los delitos genéricos contra la libertad (coacciones, amenazas) o contra la integridad corporal (lesiones). Como tipo básico, acoge aquellos ataques a la libertad sexual que no alcancen la intensidad propia del tipo cualificado del art. 179, por lo que su aplicación es subsidiaria respecto a éste.

Tradicionalmente se ha venido exigiendo como elemento típico de esos delitos la concurrencia del "ánimo libidinoso" o "móvil lúbrico" en el agresor⁷⁰. Este requisito hoy debe considerarse superfluo y distorsionador. Lo que importa es que se trate de una utilización degradante de la víctima, que afecte a aspectos íntimos corporales, independientemente de que el autor se "excite" sexualmente" o simplemente sea un sádico que pretende humillar y vejear a la víctima. Parte de la doctrina, y más recientemente incluso la Fiscalía del Estado ya se pronunciaron por la improcedencia de tal requisito, admitiendo que la agresión sexual existe cuando se realice con ánimo de venganza o menosprecio⁷¹. No obstante, como veremos más adelante, la apelación a la "excitación erótica" o "pasión libidinosa" del autor reaparece todavía en numerosas resoluciones como elemento de referencia para cuantificar las agresiones en función de la continuidad o no de la misma "pulsión sexual" en el autor.

Si partimos de que lo que colorea el desvalor de la conducta es su orientación al menoscabo de la libertad e intimidad corporal-sexual, no es "el ánimo libidinoso o propósito de satisfacción sexual" lo que "tiñe de antijuricidad" la conducta, como

⁶⁸ Se entiende que incluye el hecho de obligar a la víctima a realizar determinadas manipulaciones sobre sí misma, o sobre un tercero, o de obligarle a soportar contactos del agresor o de un tercero. Cfr. entre otros, MORALES PRATS, F./GARCIA ALBERO, R. en **Comentarios**, cit. p. 232; ORTS BERENGUER, E. en **Comentarios**, T.I., cit. p. 909 ss., CARMONA SALGADO, C. en **Curso de Derecho penal, Parte Especial**, cit. t.I p. 305. ; CANCIO MELIA, M. "Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual", en **La Ley**, 5 diciembre 1996, p.2.

⁶⁹ El código penal, como instrumento de control social respecto a las conductas lesivas de mayor gravedad, limita la tutela de la libertad sexual a los supuestos de afectación a la autonomía sexual en su vertiente "negativa-pasiva": Sobre las dos vertientes de la libertad sexual, "dinámica-activa" y "negativa-pasiva", cfr. DIEZ RIPOLLES, J.L. **La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma**, Barcelona 1985, p. 15 ss.; CARMONA SALGADO, C., **Los delitos de abusos deshonestos**, Barcelona 1981, p. 31; GONZALEZ RUS, J.J. **La violación en el código penal**, ... p. 240. ORTS BERENGUER, E. **Los delitos contra la libertad sexual**, Valencia 1995, p. 24; POLAINO NAVARRETE, M. **Introducción a los delitos contra la honestidad**, Sevilla 1975, p. 46 s.

⁷⁰ Así, por ejemplo, en la STS de 7 de junio de 1975.(Ref.Aranzadi 2820), se enuncian las características exigidas por la jurisprudencia para la existencia de abusos deshonestos, refiriéndose a la realización de "actos obscenos o deshonestos, consistentes en tocamientos impúdicos en zonas erógenas [...]", y al elemento subjetivo específico cifrado en el "ánimo lúbrico, salaz, lujurioso, libidinoso, voluptuoso o concupiscente de excitar o apagar la propia sexualidad o de despertar la ajena logrando una satisfacción o deleite venéreo o sexual"; la resolución concluye afirmando que los actos del acusado supusieron la transgresión de "todas las barreras impuestas por el decoro, la decencia y el pudor".

⁷¹ Respecto a la regulación anterior consideraban no innecesario el ánimo "libidinoso" como elemento de estos delitos, CARMONA SALGADO, C. , **Los delitos de abusos**, cit. p. 169; QUERALT, J. **Derecho penal español. Parte especial I**, Barcelona 1986, p. 158 s. Es de destacar que la Fiscalía General del Estado en su **Circular n.2/1990 sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del código penal (arts. 431 a 483)** se pronunció en el sentido de no exigir necesariamente el ánimo lúbrico, que "puede ser sustituido por otros ánimos como el de venganza o el de menosprecio".

leemos todavía en alguna sentencia reciente⁷², sino la voluntad de utilizar sexualmente a la víctima sin su consentimiento. Por ello, quien violenta o intimida a una mujer para obligarle a que acceda a tener una concreta relación sexual con un tercero, realiza los elementos de la agresión sexual⁷³. En caso de que esa relación implique "acceso corporal", quien intimida puede responder como autor mediato⁷⁴ de la agresión sexual cualificada del art. 179, si la persona con quien mantiene aquel contacto sexual desconoce que la mujer actúa bajo intimidación.

La agresión sexual cualificada por la intensidad del contacto corporal, se contemplan en el art. 179, con la siguiente descripción casuística:

"Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años"

Esta figura acoge la antigua "violación propia" que ahora pierde su nombre tradicional. La discusión sobre la procedencia de mantener o no esta denominación no ha concluido⁷⁵.

A. La violación como "agresión sexual" agravada. La pérdida de una denominación asociada a la honestidad.

La supresión del nombre de "violación" dio lugar a intensas discusiones en la tramitación parlamentaria del nuevo código, tanto en el Congreso como en el Senado. El Partido Popular y la Coalición Canaria, defendían el mantenimiento del "nomen iuris" acuñado por la tradición jurídica y los textos positivos, insistiendo en que sería un despropósito prescindir de un vocablo "que en la calle tiene un sentido claro,

⁷² STS n. 932 de 1997, de 27 de enero.

⁷³ EN este sentido, MORALES PRATS, F./GARCIA ALBERO, R. en **Comentarios**, cit. p. 266 s., matizando las diferencias entre las coacción al ejercicio genérico de la prostitución, prevista en el art. 188, y la intimidación para obligar a una relación sexual concreta, por ejemplo con un cliente, dentro de un contexto de inmediatez y de relación causal de la presión ejercida y el acto al que se obliga.

⁷⁴ En este sentido, GOMEZ PAVON, P. "El delito de violación: algunas cuestiones. El código penal de 23 de noviembre de 1995", en **Revista de derecho Penal y Criminología** 2/1995, p. 322.

En la STS de 2 de noviembre de 1994 (Ref. Aranzadi 8386), expresamente se reconoce la posibilidad de autoría mediata en quien aplica la violencia o intimidación para que la víctima acceda a yacer con una tercera persona. La Audiencia había condenado a la procesada por favorecimiento a la prostitución. (Aunque se mantiene dicha condena por razones de irretroactividad de ley menos favorable). El magistrado ponente rechaza la conceptualización de la violación como delito de "propia mano", y concluye que "Por lo demás, no se percibe razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual, que resulta vulnerado, desde la perspectiva de la víctima, tanto cuando la realización se realiza con el propio cuerpo como cuando se la realiza a través de otro que opera como instrumento"

⁷⁵ Recientemente el Gobierno ha presentado un Proyecto de Ley de reforma del Título VIII, que en su conjunto supone una elevación de la penalidad prevista para los delitos contra la libertad sexual, y ampliación de algunos supuestos; entre otras "novedades" -o más bien "recuperación" de rasgos de la antigua regulación- se recupera el nombre de violación para las agresiones sexuales cualificadas del art. 179. Cr. **Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados**, VI Legislatura, 17 de octubre de 1997, Serie A. núm. 89-1.

evidente y contundente" y que por ello "sigue acuñado en el léxico de la ciudadanía"⁷⁶ Desde el Partido Socialista se defendía la supresión de dicho término precisamente porque - se argumentaba - contiene connotaciones claras que responden a la concepción histórica que ligaba la sexualidad a la honestidad y a la reproducción; por ello el tema, insisten, tiene "calado material" como denunciaban los defensores de dicho nombre, pero un "calado" que afecta a un cambio de concepción del sentido de la agresión sexual, que permite ahora incluir al varón como víctima en el mismo plano que la mujer⁷⁷. Izquierda Unida, mantuvo una posición ecléctica, manifestando que el cambio ofrecía más inconvenientes que ventajas, por lo que propusieron una enmienda transaccional⁷⁸ que fue aprobada en el Pleno del Congreso, por la que se añadía a la descripción de las agresiones sexuales cualificadas una coletilla incluyendo "será castigado, *como autor de violación...*".

En la tramitación del Proyecto en el Senado, se vuelve a suprimir dicho término; de nuevo se reproduce la discusión entre los grupos parlamentarios, pero finalmente desaparece aquella mención. La extensión del debate parlamentario contrasta con la que según manifestó el senador GUIA MARQUES, fue parecer unánime de las Asociaciones dedicadas a la prevención de agresiones sexuales que fueron consultadas, en el sentido de considerar un avance la supresión del nombre "violación"⁷⁹.

En la doctrina vuelven a reproducirse la divergencia de opiniones sobre la oportunidad de esa supresión, apelando de nuevo a la conveniencia de mantener la "tradición" del vocablo⁸⁰, o por el contrario la necesidad de superar aquella tradición teñida de rasgos moralizantes y ligada a la "honestidad". El empeño dedicado a esta cuestión indica la carga simbólica de una expresión cuyo significado excede de su alcance semántico. Como destaca LAMARCA, en realidad la concepción popular de la violación nunca había coincidido del todo con la definida en los códigos, al menos respecto a la violación "impropia" (yacimiento consentido por mujer menor de 12 años o por persona con deficiencias mentales). Cuando la definición legal acogió la penetración "anal" y bucal como modalidades de "violación", se rebasó con creces el campo semántico asociado a dicho término.

⁷⁶ Las palabras transcritas corresponden al Diputado Olarte, de Coalición Canaria (**Diario de Sesiones del Congreso, n. 159, de 28 de junio de 1995**). En el mismo sentido se había pronunciado la Diputada BARRIOS, en las sesiones de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso (**Diario de Sesiones del Congreso, Comisiones, n. 510, 2 de junio de 1995**), donde insistía en que la reforma no era un mera "ruptura semántica", "sino una modificación de mucho mayor calado".

⁷⁷ Diputado JOVER-PRESA, **Diario de Sesiones del Congreso, n. 159, 28 de junio de 1995**.

⁷⁸ Diputado LOPEZ GARRIDO, **Diario de Sesiones del Congreso, n. 159, 28 de junio de 1995**.

⁷⁹ Senador GUIA MARQUES, **Diario de Sesiones del Senado, Comisiones, n. 226, 10 de octubre de 1995**.

⁸⁰ Así mientras LAMARCA PEREZ, C. "La protección de la libertad sexual en el código penal". **Jueces para la Democracia** n. 27 noviembre 1996, p. 51, se muestra claramente favorable a la superación del antiguo vocablo, y otros lo consideran indiferente, como CANCIO MELIA, M. "Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual", *La Ley* 5 diciembre 1996, p.3; critican el abandono del nombre tradicional, CARMONA SALGADO, C. **Curso de derecho penal**, cit. p. 302, por considerarlo "disfuncional" y generador de confusión; esta autora se pronuncia a favor de la regulación de las figuras tal como había quedado después de la reforma de 1989; también crítico con la eliminación del término "violación" y con el conjunto de las novedades, OCTAVIO DE TOLEDO, E. "Agresión, abuso y acoso sexual en el código penal de 1995", en **Actualidad penal** n. 32 1996, p. 606 s.

A mi juicio, lo importante no es el mantenimiento o la supresión de una denominación, sino la decisión de equiparar valorativamente ataques de invasión corporal de gravedad similar desde la perspectiva de la intimidación sexual y el grado de utilización forzada de la víctima. Si la supresión del término "violación" conduce a diluir los significados estigmatizantes que históricamente se han proyectado sobre las víctimas, podemos considerarlo positivo. La fuerza expresiva de la palabra "violación" no solo indica la gravedad del hecho en sí, sino que también reconduce a los significados culturalmente arraigados sobre la mancilla y la pérdida de alguna supuesta esencia femenina irremediablemente adulterados en la mujer "violada".

La eliminación del nombre se acompaña de lo que, a mi juicio, es más importante: la agrupación bajo el mismo nombre de "agresión sexual" de todo ataque violento o intimidatorio. La técnica de situar el acento de la figura básica en la constrictión de la libertad diluye el protagonismo de la "penetración", que ahora se convierte en una circunstancia indicadora de una mayor gravedad del ataque. No obstante hay que reconocer que la notable elevación de la pena que acarrea el tipo cualificado por la "penetración", vuelve a sentar la centralidad del acceso carnal⁸¹, pero se produzca o no éste, se podrá afirmar el reproche por la "agresión sexual". Se podrán abandonar las matizaciones al uso sobre si la víctima llegó a ser "violada, o si "felizmente" el delito no se "perfeccionó" y la víctima se salvó de la violación.

B. Sujeto pasivo hombre o mujer.

En el nuevo código penal, no se contempla ya ninguna diferencia por razón del sujeto pasivo - mujer u hombre- en los delitos contra la libertad sexual⁸². La explicación que se ofrece en la Exposición de Motivos, resulta ilustrativa de la preocupación por la "igualdad", pero precisamente para superar la "intolerable situación de agravio" que suponía mantener que la violación era un delito contra la mujer⁸³.

La ampliación del sujeto pasivo para incluir al hombre, se produjo ya en 1983 en el delito de estupro, o abuso con prevalimiento de situación de superioridad. El mantenimiento de la restricción de la violación para calificar las agresiones contra

⁸¹ Lo que se ha interpretado como un dato indicador de que se trata de un "injusto" diferente al de la mera agresión sexual sin penetración: así, SANCHEZ TOMAS, J.M. "Los abusos sexuales en el código penal de 1995: en especial sobre el menor de 12 años y abusando de trastorno mental", *Cuadernos de Política Criminal* 1997, p.98.

⁸² La única distinción implícita es la previsión referida al pronunciamiento que deberá fijarse en la sentencia condenatoria "en orden a la filiación y fijación de alimentos", cuando proceda (art. 193).

⁸³ **Exposición de Motivos** del nuevo código penal: "se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad efectiva, tratando de cumplir la tarea, que en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. [...] Además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ello adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero en este caso alejarse de la tradición parece un acierto."

mujeres empezó a considerarse poco "igualitario", e incluso inconstitucional por oponerse al principio de "igualdad"⁸⁴. La sustitución de la perspectiva de la "honestidad" por la de la "libertad sexual", en la reforma de 1989, junto a la ampliación de la violación a la penetración anal y bucal, conducía en lógica formal a acoger indistintamente a mujeres y a hombres como sujeto pasivo del delito. Modificación aceptable desde una perspectiva estrictamente formal, pero discutible desde la realidad sociológica del fenómeno de la violación, que sigue siendo básicamente un ataque contra mujeres. Desde los estudios feministas, la valoración de esta equiparación no es unívoca. Suele lamentarse que con la equiparación se oscurece el hecho de que la violación expresa el modelo de sometimiento de género a través del ejercicio de la sexualidad⁸⁵. No obstante, desde algunos sectores del feminismo se valora positivamente la equiparación, como una forma que permite superar determinadas interpretaciones de género en los discursos jurídicos⁸⁶.

Una política criminal apoyada en la realidad de los problemas que pretende afrontar, no puede ignorar las situaciones estructurales y las circunstancias que favorecen una clase de delitos. Los ataques a hombres, aunque puedan participar de un esquema similar de imposición y sometimiento, no responden a las mismas claves histórico-culturales que inciden en los abusos a mujeres. Esta realidad debe tenerse en cuenta sobre todo en la adopción de las medidas de distinta clase en apoyo a las víctimas de agresiones sexuales, o en las necesarias medidas de prevención, que deben incidir en la erradicación de los condicionamientos sociales y culturales que favorecen las actitudes violentas contra las mujeres.

C. Agresión sexual en el matrimonio.

A partir de la Constitución de 1978, y en el clima de reformas legislativas de aquellos años, se produjo una decidida reconstrucción valorativa del significado lesivo de la violación. La reclamación de la "libertad" como objeto de protección en este campo, condujo a la doctrina y a la jurisprudencia a aceptar la violación en el matrimonio⁸⁷. No obstante se matiza la conveniencia de que la pena se atenúe, o de

⁸⁴ Cfr. DIEZ RIPOLLES, J.L. "La reforma del derecho penal sexual y la Propuesta de 1983" en **Documentación Jurídica**, n.37/40 1983, Monográfico, Vol.1, p. 460.; CASAS NOMBELAS, J.J."Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense**, n. 6 (monográfico), Jornadas de Profesores de Derecho penal, Madrid 1983, p. 220.

⁸⁵ LARRAURI, E. **Mujeres, derecho penal y Criminología**, cit. p. 96 s. informa de la reacción contraria a esa equiparación que tuvo lugar en Canadá cuando se produjo la reforma de la violación en aquel país.

⁸⁶ Así SMART, C. **Law, Crime and Sexuality**, cit. p. 86 s. En Alemania, donde la violación sigue reservándose para las agresiones contra mujeres, se ha solicitado reiteradamente la equiparación; desde una perspectiva feminista apoya esta reclamación SICK, B. "Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht", **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft** 1991, p. 73.

⁸⁷ Pero el rótulo de "la honestidad" seguía ejerciendo su influencia en la interpretación. Así GIMBERNAT, E. "Sobre algunos aspectos del delitos de violación en el código penal español, con especial referencia a la violación intimidatoria", en sus **Estudios de derecho penal**, Madrid 1990, p. 248, consideraba que la mera lesión a la libertad sexual no podía considerarse típico penalmente si no suponía una acción "deshonesta"; en consecuencia, mantenía que la violación de la propia esposa no podía encardinarse como delito de violación porque la reprobación de tal conducta no procede de que su acción sea deshonesto, sino de la "de la falta de sensibilidad y de lo desconsiderado de la actuación del marido".

que se mantenga la perseguibilidad a instancia de la víctima y la admisión del perdón⁸⁸.

En la jurisprudencia las primeras sentencias condenatorias de violación matrimonial aparecen a finales de los años 80, cuando las víctimas de vejaciones conyugales comienzan a presentar denuncias de violación ante los tribunales⁸⁹. La perspectiva de la "libertad sexual" abrió definitivamente la vía para considerar encuadrable en la figura penal de violación el uso de fuerza o intimidación contra la propia esposa. La nueva designación de los epígrafes, "no fue sólo una reforma de palabras", leeremos en alguna sentencia, por lo que desde el reconocimiento de la igualdad y de la libertad no puede negarse que cabe violación dentro del matrimonio, "toda vez que el matrimonio no impone a la mujer una reducción de su libertad de decisión sexual frente al marido"⁹⁰.

La superación de las relaciones de dependencia mediante la igualdad de oportunidades en la configuración de la propia vida, aparece como factor decisivo que permite romper la indefensión y la ocultación de los abusos en el matrimonio. Es sabido que el mantenimiento de situaciones de desigualdad constituye el obstáculo básico para la efectiva denuncia de agresiones de cualquier clase. La reforma de las normativa sobre el matrimonio, divorcio, filiación, capacidad jurídica de la mujer, su acceso a esferas laborales más amplias, etc. coadyuvó al cambio de las percepciones sociales sobre la función de la ley penal en la prevención de agresiones a la mujer e hizo posible el inicio de esta nueva interpretación. A la vez, sale a la luz parte de lo que hasta ahora se mantenía en la "cifra negra", como estadística oculta e inaccesible.

La mayoría de las agresiones sexuales en el matrimonio que llegan a los tribunales tiene lugar cuando la mujer ha iniciado los trámites de separación conyugal. En algunas resoluciones se atiende a las alegaciones de "error de prohibición" sobre el derecho al débito conyugal para atenuar la pena⁹¹, o bien a consideraciones sobre el menor ataque a la intimidad que supone que no sea un extraño sino el marido o ex-marido⁹². La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido en general firme en negar

⁸⁸ Cfr. DIEZ RIPOLLES, J.L. "La reforma del derecho penal sexual y la Propuesta de 1983", cit. p. 473 s. Un balance de las distintas posturas doctrinales hasta fecha reciente, en SUAREZ RODRIGUEZ, C. **El delito de agresiones sexuales**, cit. p. 286 s.

⁸⁹ En la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1988 se reconoce la posibilidad de calificar como violación la imposición violenta del acto sexual a la propia esposa; A partir de esa fecha, y sobre todo en los últimos cinco años, es notable el incremento de sentencias condenatorias por violación conyugal.

⁹⁰ STS 23 de febrero de 1993, (Ref. Aranzadi 1401)

⁹¹ Admitiendo "error vencible": así se apreció en la resolución de la Audiencia Provincial de Oviedo respecto al marido que obliga a su mujer por la fuerza, atándole las muñecas al somier con unas esposas; el Tribunal Supremo mantiene la condena inicialmente impuesta -2 años y 4 meses de prisión-, rechazando las alegaciones de la defensa sobre la atipicidad de la conducta y sobre el carácter "invencible" de la creencia de actuar amparado por el "derecho al débito conyugal", dadas las condiciones culturales del autor, mariner de profesión; en los fundamentos de Derecho, no obstante, manifiesta que la calificación del error como "vencible" sólo era concebible desde una interpretación "harto benevolente", pero no puede modificar este extremo por no haber sido objeto de recurso por la acusación.

atenuaciones en estos supuestos: así la sentencia de 29 de abril de 1997 recuerda que :

"Ni la norma legal excluye al cónyuge como sujeto pasivo al tipificar el delito de violación, ni existen supuestos 'derechos' a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona. Es por ello que esta Sala ha declarado reiteradamente que comete violación y no está amparado por causa alguna de justificación, quien, con violencia o intimidación, tuviese acceso carnal con su cónyuge (SS. 7-11-89, 9-3-89, 13-2-90, 24-4 y 21-9-92, 23-2-93, 27-9-95 y 8-2-96, entre otras)"⁹³.

La concurrencia de alguna atenuación puede estimarse por la vía de la embriaguez o del arrebató u obcecación. Si la atenuante por "provocación" de la víctima suscitó hasta hace poco indignación por la forma de apreciarse, a través del "arrebató" se reproduce en ocasiones una argumentación similar. Así por ejemplo en una reciente sentencia en la que se aprecian ambas atenuantes en una violación conyugal, se reconoce el "lógico arrebató" que produce en el marido la negativa de su esposa a la relación sexual:

"La concurrencia de la atenuante de embriaguez no habitual viene basada en la ingesta de bebidas alcohólicas realizada, que de un modo leve, altera o disminuye sus facultades, mientras que *el arrebató u obcecación, tiene su origen en la negativa de su mujer a mantener relaciones sexuales, quien si en un primer momento espoleado por el alcohol, posteriormente, como dice el **factum**, la persistencia en la negativa, que frustraba su deseo, determinó que cogiera por el cuello a su mujer, luchando ambos, transformándose el deseo momentáneo en arrebató, que sólo cesó cuando satisfizo sus apetitos sexuales [...].* En el presente supuesto, el estímulo viene propiciado por la negativa de C. a tener relaciones sexuales con el procesado, independientemente del originado por la ingestión del alcohol, ya que la persistencia en la negativa provocó el estímulo aludido"⁹⁴.

Es decir, la víctima tuvo también su parte de culpa: las mujeres deben conocer cuándo propician una situación explosiva. Una explicación desde la óptica masculina, que recrea cuáles son los papeles sexuales de cada género.

D. La agresión sexual cualificada: la permanencia del criterio falocrático.

⁹² Argumentación utilizada en un reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, conocida a través de la prensa (El País, 13 de febrero de 1997), en la que la magistrada estima que concurre un "menor reproche" en la agresión sexual cometida por el marido, por no tratarse de un extraño, sino de aquél con quien se han venido manteniendo relaciones sexuales consentidas durante tiempo. Se le condenó a 2 años de prisión, al parecer aplicando la atenuación por parentesco.

⁹³ Cfr. STS n. 584/1997 de 29 de abril. ",

⁹⁴ STS num. 955/1996, de 28 de noviembre. Es sabido que la concurrencia de dos atenuantes, en ausencia de agravantes, permite una sustancial rebaja de la pena.

El principio de seguridad jurídica exige que las descripciones legales de los delitos sean precisas y claras. Pero la opción por el casuismo extremo tampoco resulta satisfactoria, pues deja fuera supuestos de igual entidad que los descritos. En el art. 179 el legislador ha optado por la técnica de cualificación del tipo básico de agresiones sexuales, incluyendo como especialmente graves los ataques que comporten penetración corporal en las modalidades que describe como catálogo cerrado: "acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal"⁹⁵.

Desde el sentido o significado de estos delitos como actos de coacción y vejación de la intimidad sexual, es evidente que la realización forzada del acto sexual comporta una lesión más grave a la intimidad. La invasión corporal forzando una penetración anal, o imponiendo la introducción del pene en la boca de la víctima⁹⁶, cit., pueden sin duda considerarse vejaciones de mayor gravedad que otros contactos corporales. E igualmente la introducción vaginal o anal de objetos. Pero la técnica de la descripción cerrada deja fuera casos de vejación equiparable, en cuanto que suponen manipulación o invasión corporal similar: introducción de dedos, lengua, obligación de exposición ante terceros mostrando zonas genitales, forzando masturbación, utilización de animales sobre el cuerpo de la víctima...etc.⁹⁷ La descripción legal mantiene la centralidad del órgano masculino como criterio para establecer la gravedad del ataque. La introducción de objetos es el único supuesto donde no es necesario la intervención del pene; pero los primeros comentaristas del nuevo código proponen que debe tratarse de objetos que sean similares al órgano masculino, que se usen como especie de sucedáneos de éste⁹⁸.

Una referencia a la gravedad de la invasión corporal, dejando al juzgador la interpretación en cada caso, permitiría a mi juicio, mayor acierto en la valoración global del hecho lesivo de la libertad y la intimidad sexual de la víctima. Y sobre todo, evitaría el escrutinio sobre el exacto desarrollo de los actos vejatorios que aquella ha padecido.

Desde el momento en que se considera que la incriminación penal se fundamenta en la lesión de la libertad sexual de la víctima, el protagonismo concedido hasta ahora al órgano masculino debe decaer para tomar en cuenta la intensidad del

⁹⁵ La redacción ha sido tachada de confusa y de incorrecta gramaticalmente, porque no queda claro si la introducción de objetos a que se refiere es la que se produzca vía vaginal solamente, o también anal; la introducción de objetos vía bucal requiere una depuración interpretativa. Prescindo ahora de analizar estos extremos y remito a los comentaristas del nuevo código: Cfr. sobre estos aspectos, CARMONA SALGADO, C. **Curso**, cit. p. 310; LAMARCA PEREZ, C. "La protección de la libertad sexual", cit. p. 52; ORTS BERENQUER, E. **Comentarios**, cit. p. 914 s.; MORALES PRATS, F./GARCIA ALBERO, R. **Comentarios**, cit. p. 237 s.; ORAA GONZALEZ, J "Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas", en **La Ley**, 27 mayo 1996, p. 4.

⁹⁶ La penetración bucal, que suele denominarse felación, aun cuando no requiere eyaculación, ha sido considerada por la doctrina como un supuesto que no debiera haberse equiparado al "yacimiento". Así, MUÑOZ CONDE, F. **Derecho penal. Parte Especial**, cit. p.183; ORTS BERENQUER, E. **Delitos contra la libertad sexual**, cit. p. 73; En el mismo sentido se pronunciaba el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, en su **Informe sobre el Anteproyecto de código penal de 1992**, cit. p. 241, reproduciendo explícitamente los argumentos de MUÑOZ CONDE.

⁹⁷ Cfr. por todos ORTS BERENQUER, E. **Delitos contra la libertad sexual**, cit. p.73.

⁹⁸ Cfr. ORTS BERENQUER, E. **Comentarios**, cit. p.914.

ultraje en el contexto general de la agresión concreta y su intensidad lesiva de la intimidad y dignidad de la víctima. En este punto el nuevo código penal, al optar por la relación casuística de lo que es "introducción" de órgano masculino en orificios corporales de la víctima, o introducción de objetos, no ha logrado superar esa fijación falocrática. La importante elevación de la pena que acarrea el tipo cualificado, es una muestra de la dificultad de abandonar la centralidad asignada al órgano masculino.

De hecho, a partir de la reforma de 1989 la equiparación de la cópula con la penetración anal o bucal desplazó las antiguas disquisiciones sobre la "conjunctio membrorum" y los inspecciones sobre las huellas de la resistencia ejercida por la mujer, para pasar al examen de orificios varios susceptibles de penetración. Se ha incrementado la casuística descriptiva, porque lo que antes permanecían como actos encuadrables en el genérico delito de "abusos deshonestos" ahora pasan a considerarse momentos de consumación de la agresión cualificada (desde 1989, consumación de una violación anal, bucal, vaginal). La tendencia a la cuantificación del número de penetraciones y de modalidades de invasión, mantiene en la jurisprudencia ese tono de relato cuasi-pornográfico que ha caracterizado las explicaciones de estos delitos. El problema continúa residenciado en el peso de lo "sexual" concebido desde la óptica masculina.

Otra cuestión merece destacarse en la casuística descriptiva de las agresiones cualificadas. Las distintas modalidades de penetración aluden a formas posibles de ataque. La imposición a la víctima de varias penetraciones, en la misma o distinta modalidad, permiten graduar la intensidad y gravedad del delito. El ataque a la libertad no queda cifrado en el concreto acto de penetración o introducción de objetos, sino en el conjunto de manipulaciones o actos. El abandono del vocablo "violación", debiera facilitar la interpretación de los hechos en su conjunto.

E. Los criterios sobre la "unidad de acción" o la "pluralidad" de delitos y las explicaciones sobre el "impulso erótico" del agresor.

Bajo el entendimiento de la violación como yacimiento con mujer - "conjunctio membrorum"- el número de delitos se contabilizaba en función del número de penetraciones. Las informaciones que trascienden al público reproducen esa contabilidad: la víctima fue cinco veces violada... La misma forma de contabilizar las hazañas varoniles cuando un hombre relata sus éxitos con las mujeres. Cuando el agresor no lograba la introducción al menos parcial de su órgano sexual, la mujer "felizmente" no había sido violada, calificándose el hecho como mero intento con la consiguiente reducción de penalidad. Como leemos en numerosas sentencias: "la penetración del pene, más o menos perfecta,... es lo que atenta **plenamente** contra la libertad sexual de la mujer"⁹⁹. A efectos de la calificación jurídica, es inevitable delimitar las fronteras entre una figura y otra, y entre la consumación o la tentativa, pero la lesión a la libertad de la víctima no puede quedar cifrada en ese momento de "conjunción de miembros", como si hasta entonces sólo se hubiera producido un

⁹⁹ STS n. 186/1997 de 12 de febrero; en la misma línea la STS n.693/1997, de 20 de mayo. "para la mujer ya se ha perfeccionado la agresión, porque ya ha visto rebasada la puerta de su vagina con la introducción del pene".

peligro para el bien jurídico. La actual configuración de la agresión sexual no requiere para su "perfección" el coito; éste, en cualquiera de sus modalidades, constituye un dato indicador de la gravedad del ataque, que cualifica su intensidad,- y por ello la tipificación como tipo agravado- pero no su consumación. A mi juicio ésta es una de las ventajas que ofrece el abandono de la figura de "violación" como tipo autónomo.

A partir de la reforma de 1989, la equiparación expresa del coito con la penetración anal y bucal condujo a la singularización de cada una de estas modalidades como momentos de consumación de la violación, lo que se tradujo en la calificación de tantas violaciones como modalidades de penetración producidas en el transcurso de la agresión sexual a la misma víctima. Hasta entonces, estas modalidades quedaban incluidas en el tipo genérico de los "abusos deshonestos", de aplicación subsidiaria respecto a la violación. No obstante se admitía la posibilidad de apreciar un concurso de delitos entre los "abusos deshonestos" y la violación, cuando los tocamientos abusivos no fueran un mero prolegómeno o preludeo del yacimiento, sino un nuevo episodio "lúbrico", de "renovado ánimo lascivo". En tales casos, quedaba excluida la absorción en el delito más grave, por no concurrir los rasgos propios de la "unidad de acción" conforme a los criterios jurídico-penales¹⁰⁰.

La "unidad de acción", o "unidad natural de acción" tendría en cuenta el "natural" funcionamiento de la libido masculina en cuanto a sus fases de excitación, pulsión y "satisfacción", que culminaría en el yacimiento¹⁰¹. Cuando en 1989 la nueva descripción legal de la violación equipara el acceso carnal vaginal a la penetración anal o bucal, se crea una cierta confusión; inicialmente numerosas sentencias, siguiendo la calificación solicitada por los fiscales, aprecian la concurrencia de tantas violaciones como modalidades de acceso sexual se hubieran dado sobre la víctima. Pero este formalismo interpretativo, que considera las modalidades típicas de penetración como formas de apreciación acumulativa, conducía a una penalidad excesiva -24 ó 30 años de prisión -, por lo que en algunas resoluciones que condenan por concurso real de violaciones se proponen a la vez la solicitud al Gobierno de un indulto parcial de la pena¹⁰².

Progresivamente se asienta el criterio de la "unidad natural de la acción" para la valoración conjunta de las agresiones sexuales realizadas sobre la misma víctima, en un mismo contexto de violencia o intimidación, en el mismo espacio y en un corto lapso temporal; pero la referencia a la "pulsión erótica" continúa apareciendo como elemento decisivo para la interpretación de esa "unidad natural". De nuevo la

¹⁰⁰ Así por ejemplo, STS 14 noviembre 1991 (Ref. Aranzadi 1057), y STS 22 de abril de 1992 (Ref. Aranzadi 3183).

¹⁰¹ En algún caso, como en la STS de 22 de abril de 1992 (Ref. Aranzadi 1467), se consideran también subsumidos otros tocamientos posteriores al yacimiento, porque el "abuso deshonesto"-la masturbación- subsiguió sin solución de continuidad a la violación, que consumada efectivamente como figura delictiva -yacimiento con desfloración- no agotó los deseos lúbricos del agente [...], lo que inclina a referir ambos hechos a una misma y única intención, a un idéntico móvil lascivo [...]"

¹⁰² Así puede comprobarse en la STS n. 773/1996, de 26 de octubre que precisamente casa la resolución de la Audiencia Provincial que había apreciada dos delitos de violación -que consideró que los yacimientos respondían a *dos impulsos eróticos diferenciados-* a la vez que había propuesto la solicitud de indulto parcial por estimar que la pena resultante era desproporcionada. El Tribunal Supremo admite el recurso de la defensa, interpretando que los actos enjuiciados constituían una "*doble exteriorización del mismo impulso erótico*", por lo que debía apreciarse "unidad de acción" y por ello, un único delito de violación.

delimitación de la "unidad de acción" va a girar sobre el decurso de la pasión sexual del autor: la reiteración inmediata de acceso sexual con el mismo sujeto pasivo "*por insatisfacción o por dominio del furor erótico*" constituyen una sola acción punible¹⁰³. O, en la misma línea, "las penetraciones segunda e inmediatas, bajo la misma intimidación, como expresión de una *descarga lasciva que lleva al agente a buscar sin freno alguno para el instinto, completa satisfacción de sus deseos sexuales* incluso en formas aberrantes [...]", constituyen un solo delito¹⁰⁴.

Aunque la consumación de la violación se "perfecciona" con la penetración - "vestibular"- , y no requiere eyaculación, no existiría una nueva "violación" si todavía el autor no ha descargado su pulsión erótica. En cambio, se apreciaría una segunda violación, si el agresor inicia un segundo episodio lascivo bajo un nuevo "impulso sexual". La determinación de si se trata de "un mismo impulso erótico", o de "dos impulsos", no debe ser tarea fácil; así comprobamos que el Tribunal Supremo corrige a los tribunales de instancia que estimaron "dos impulsos" diferenciados y por ello dos violaciones, para matizar que las dos penetraciones en realidad respondían a "una doble exteriorización de un mismo impulso erótico"¹⁰⁵. Sólo faltaría que además se recrearan las explicaciones sobre las habilidades o debilidades de los agresores para consumir sus impulsos de forma más o menos rápida, como si de tal habilidad dependiera la mayor o menor intensidad del ataque al bien jurídico.

Para las víctimas de la agresión sexual estas matizaciones tienen que conducir a cierta consternación. Desde los parámetros jurídicos, resultan superfluas. El ultraje a la libertad y la dignidad de la víctima no depende del número de "impulsos", sino de la forma concreta de manipulación, de la mayor o menor duración temporal del sometimiento, y del conjunto de circunstancias vejatorias. El tipo cualificado de agresión sexual del art. 179 describe varias conductas consideradas de mayor gravedad, que debe considerarse modalidades alternativas de comisión agravada de la agresión, de forma que cuando concurren varias de ellas no hay por qué apreciar varios delitos, sino uno sólo, aun cuando deba matizarse la intensidad del menoscabo a los bienes jurídicos atendiendo a las circunstancias del caso.

La apreciación de la "unidad natural de la acción" no requiere mayores matizaciones que las usuales en cualquier otra clase de delitos. Afortunadamente también encontramos resoluciones recientes que reconducen los criterios de delimitación sobre la unidad o la pluralidad de delitos conforme a las pautas generales. Así por ejemplo la sentencia de 13 de noviembre de 1995 a la que se remitirán otras posteriores:

[..]"La Audiencia entendió que no cabía estimar unidad de acción allí `donde pueda preciarse una individualización manifiesta de las acciones acumuladas

¹⁰³ STS de 31 de enero de 1986 (Ref. Aranzadi 211); 26 de diciembre de 1990 (Ref. Aranzadi 10.081); Auto del TS de 25 de mayo de 1994 (Ref. Aranzadi 4766).

¹⁰⁴ STS num. 176/1992 de 21 de abril.

¹⁰⁵ Cfr. STS num.773/1996 de 26 de octubre (citada), y STS num. 513/1997 de 19 de abril.

en el tiempo revelándose que cada una responde a impulsos eróticos diferenciados como cuando se alternan la violación bucal y vaginal'. [...]

El criterio seguido por la Audiencia, como se ve, concede a las vías de acceso carnal un valor decisivo en la determinación de la unidad o pluralidad de acciones de violación. Este punto de vista, sin embargo no resulta convincente, dado que debería admitir también que varias penetraciones por un mismo acceso, aunque fueran dentro del mismo espacio de tiempo correspondiente a un acto sexual, implicarían otra tantas acciones, algo que contradice la concepción jurisprudencial que considera la unidad de acción en un sentido natural. En este sentido, es claro que la repetición de un movimiento corporal que realiza el tipo objetivo de un delito, sin solución de continuidad, se debe considerar como una única acción, de la misma manera que - como ejemplo clásico- ocurre en el delito de lesiones, respecto del cual una continuidad de golpes propinados a la víctima no determina una pluralidad de acciones, aunque afecten a diversas partes del cuerpo"¹⁰⁶

En la misma línea, la sentencia de 20 de noviembre del mismo año 1995 casa la resolución de la Audiencia que apreció dos delitos de violación, por dos penetraciones vaginales, aplicando luego las reglas del delito continuado. Recordando la improcedencia de estimar "delito continuado" en los casos de agresiones sexuales violentas, el Tribunal recuerda los requisitos de la "unidad de acción" aplicables al caso: diversos actos parciales que responden a una única resolución volitiva, vinculados en el tiempo y en el espacio, y que por un observador imparcial puedan ser considerados como una unidad. La repetición de acciones en un corto espacio de tiempo hace que la lesión delictiva experimente sólo una "progresión cuantitativa dentro del mismo injusto unitario". Y finalmente considera que "hay un solo delito de violación que merece dentro de la pena propia de este delito, un pena superior,[...] por revestir una mayor antijuricidad a la que pudiera corresponder en los supuestos de delitos simples consistentes en un único acceso carnal"¹⁰⁷.

VI. REFLEXIONES FINALES.

Las normas jurídicas cobran vida a través de la recreación que el juzgador hace de ellas delimitando su alcance y contenido. La perspectiva valorativa que adopta el juzgador incide decisivamente en el mensaje que se transmite a la sociedad con la aplicación de la ley, a través no sólo de las decisiones de condena o absolución, sino sobre todo a través de las explicaciones que recorren la motivación de tales decisiones. El desplazamiento hacia la tutela de la libertad de la víctima ha modificado la orientación de los razonamientos jurisprudenciales. No obstante, el arraigo de los conceptos y de las pautas tradicionales todavía mantiene una presencia considerable en resoluciones recientes, como se ha podido comprobar en los anteriores apartados.

¹⁰⁶ STS num. 1118/1995, de 13 de noviembre.

¹⁰⁷ STS num.1150/1995, de 20 de noviembre.

El peso de la importancia concedida a las concretas formas de contacto corporal, tiende a mantener su centralidad en la indagación probatoria a efectos de ponderar la gravedad del ataque sexual. Evidentemente el campo específico de la libertad vulnerada es el del ejercicio de la sexualidad, y no puede dejarse de comprobar que se ha involucrado a la víctima en un contexto sexual, afectando a su cuerpo. Pero ello no requiere ese acento en la diferenciación pormenorizada de cada "tocamiento" o "penetración", que parecen convertir el cuerpo de la víctima en el único "objeto material" del delito.

Si el bien jurídico tutelado es la libertad en el ejercicio de la sexualidad, y la salvaguarda de la intimidad correlativa a la autonomía de decisión en esta esfera, el "objeto" de ataque no es tanto el "cuerpo" como la facultad de decisión en este ámbito. La constricción de la autonomía, constituye un ataque a aspectos sustanciales de la dignidad personal, que van más allá de una lesión de la libertad. Lo "sexual" es lo conectado a uno de los reductos más preciados de las relaciones interpersonales, donde se vuelcan aspectos esenciales de la propia identidad. Avasallar este reducto, constituye una vejación flagrante de la personalidad.

El componente sexual del hecho lo es sobre todo para el autor del delito. Las explicaciones sobre el ánimo, el furor erótico, el desahogo libidinoso, tiñen el relato de colorido sexual. Pero precisamente para la víctima el significado de su padecimiento no es "sexual", sino físico y psíquico por la grave vejación que tiene que soportar. La perspectiva masculina puede explicar que cuando el sujeto pasivo actúa por el impulso sexual, el sujeto paciente "participa" de un suceso "sexual". La perspectiva de la víctima - normalmente mujer- es bastante distinta. Se trata ante todo de un ejercicio de intolerable dominio, brutal en la agresión sexual, o de un dominio forzado por las circunstancias, en el abuso sexual. En ambos casos existe un *continuum* o una similitud sustancial en la lesión a la víctima: la experimentación de que el agresor le convierte en un ser inferior sometido a su capricho. Una percepción que remite en el caso de las mujeres víctimas, a las imágenes seculares que estamos empeñados en superar.

No resultará cometido sencillo la *deconstrucción* de significados secularmente arraigados, máxime cuando la propia víctima los padece como parte de su victimización. Y mucho menos si quien asiste a la víctima o recoge su testimonio comparte aquellos significados de vulnerabilidad sexual y fragilidad social, por no decir si comparte la tolerancia con las situaciones de dependencia, malentendidas como situaciones de "tutela".

La mayor fuerza expresiva y carga simbólica de lo relacionado con el sexo dificulta este cambio de orientación. Sin desdeñar la gravedad específica de la invasión de la intimidad corporal, creo que el camino a recorrer debe dirigirse hacia la supresión de la centralidad de lo sexual como clave definitoria de estos delitos. La erradicación de los adjetivos que se han venido predicando de las víctimas - mujer violada, deshonrada, desflorada - evitará importantes dosis de victimización y de morbo que acompañan a estos hechos en perjuicio quienes lo padecen. El trauma evidente de una agresión sexual no disminuye en lo sustancial porque modifiquemos

las palabras. Pero las representaciones de la propia identidad y del reconocimiento social se conforma sobre elementos complejos. La recomposición de la dignidad lesionada requiere que la víctima recupere su nombre sin adjetivos que designen cómo ha sido usada su intimidad corporal.

Sobre todo, el discurso jurídico permitirá situar el elemento central de la lesión de la libertad en la explicación de los hechos. Este es el mensaje que debe expresar y hacer público el reproche a la conducta del autor: la trasgresión de la autonomía ajena.

En el actual estadio histórico-cultural, el grado de autonomía y de posibilidades reales de ejercicio de decisiones propias difiere según las circunstancias. Ni la interpretación de la propia identidad, ni la vulnerabilidad o el peligro real de ser sometida a agresiones o abusos son los mismos para todas las personas. La posibilidad de resistir una estigmatización y de reaccionar o asimilar sin traumas un ataque sexual depende de los distintos significados que se hayan asumido sobre el propio rol social.

Por ello no es fácil acertar con las respuestas adecuadas a la hora de expresar el significado de los ataques sexuales. En una situación de efectiva consecución de igualdad de oportunidades y de superación de relaciones de sometimiento, las agresiones sexuales podrían conceptuarse como una modalidad dentro del grupo de los delitos contra la libertad, agravados por el ataque a la intimidad corporal que supone tener que soportar o que realizar actos que para el autor tienen significado sexual, pero para la víctima constituyen una lesión de la intimidad o de la "integridad moral"¹⁰⁸. Para el futuro, incluso lo más adecuado posiblemente sea ubicar las agresiones sexuales violentas o intimidatorias en el ámbito de los delitos contra la "integridad moral".

¹⁰⁸ El cp de 1995 ha incluido como novedad el delito genérico "contra la integridad moral" junto a los delitos de tortura cometidos por autoridad o funcionario. La crítica a la amplitud y vaguedad de la conducta típica (art. 173: "el que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años") y la inseguridad jurídica a que conlleva, puede superarse si progresa una interpretación restrictiva. La utilización de la víctima como mero "objeto" para obligarle a desarrollar conductas o a soportar en la propia persona actos de extrema vejación y humillación, de esclavismo, o de negación de la dignidad humana, encierra un significado específico que no resulta atendido desde el ángulo valorativo de la lesión corporal, de la privación de libertad, o de las amenazas o coacciones, y sin embargo, la forma de imponer un trato degradante puede contener dichos planos. (Cfr. art. 177 sobre la concurrencia de delitos que pueden apreciarse junto al atentado a la integridad moral).