

Construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico. Una visión desde la perspectiva de género

Inés Herreros Hernández

1. Perspectiva de género

Solo es posible abordar el estudio sobre la construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico protegido, conociendo el contexto social en el que se aprobaron las distintas leyes que los regulaban. Como veremos a continuación, hasta el año 1995 existió una importante vinculación entre la moral sexual de la época, la discriminación sistemática que se ha ejercido contra las mujeres y los delitos contra la libertad sexual –conocidos hasta 1989 como delitos contra la honestidad–.

Resulta indispensable la aproximación histórica a la estrategia de opresión contra las mujeres que fue diseñada por la dictadura franquista, ya que sus efectos tuvieron un impacto directo en la tipificación, interpretación y aplicación de estos delitos que se extendieron en el tiempo, llegando a sobrevivir al régimen dictatorial. Así mismo, resulta imprescindible resaltar el papel de la Constitución Española como condición de posibilidad para los importantes avances que, en materia de igualdad, se han producido entre mujeres y hombres, y cómo esto ha ido propiciando cambios en nuestra regulación penal.

La histórica discriminación impuesta a las mujeres –que, desde luego, no es consecuencia natural de las características biológicas del sexo femenino– ha sido posible en la medida que se han ido plasmando en disposiciones legislativas. Estas normas, junto a la religión, la filosofía, la cultura, los medios de comunicación, la publicidad, la construcción de los relatos históricos o la educación oficial han sido instrumentos muy eficaces en la conformación de nuestro pensamiento y en el arraigo de una ideología patriarcal que se caracteriza por oprimir al sexo femenino.

Por eso, la perspectiva de género es tan necesaria en democracia, porque resulta un instrumento muy eficaz para detectar los convencionalismos de género que nos habitan y así, nos permite ir soltando el pesado lastre con el que el machismo puede empañar nuestra capacidad para ser buenos juristas.

La perspectiva de género puede ser definida, como la obligación legal de interpretar la norma en cada caso concreto, analizando dónde se esconden los prejuicios de género que deben ser evitados en la tramitación de todo procedimiento. Solo, cuando estos son detectados es posible rebasarlos para aplicar la norma en estrictos términos de igualdad, más allá de los consolidados roles que, tradicionalmente, han sido atribuidos a las mujeres y los hombres.

Efectivamente, la perspectiva de género es una obligación impuesta por el artículo 14 de la Constitución Española que establece que toda la población española es *igual ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación por razón de sexo* y por el artículo 9.2 de ese mismo texto, que otorga a todos los poderes públicos la responsabilidad para hacerlo posible al establecer, que *“son los poderes públicos a los que corresponde promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas.”*

Además de este marco constitucional, la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su artículo 4, establece que *“la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.”*

También, desde la perspectiva internacional, nos vemos compelidos las y los juristas por la perspectiva de género. De acuerdo con el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna que establece que *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”* es preciso mencionar el compromiso creciente de la Unión Europea en la búsqueda de la igualdad entre mujeres y hombres desde la perspectiva de la transversalidad para todos los estados que son miembros. Así, la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995 promueve unas dinámicas activas y visibles de integración de la perspectiva de género en todas sus políticas y programas con el siguiente texto *«de modo que, antes de que las decisiones sean tomadas, se haga un análisis de sus efectos sobre las mujeres y los hombres, respectivamente»*.

En esta misma línea, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (conocido como Convenio de Estambul) de 11 de Mayo de 2011 y ratificado por España en agosto de 2014 establece en su artículo 49.2 que *“las Partes adoptaran las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivo para los delitos previstos en el presente Convenio”*.

La obligación de juzgar con perspectiva de género nos compele a las y los juristas, también, en virtud de lo establecido en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW, aprobada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y firmada por España en 1983) al obligar a los estados a que adopten medidas de todo tipo encaminadas a dispensar a la mujer un trato igual, incluyendo en su artículo 15.2 que *“la referencia a la igualdad entre hombres y mujeres en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.”* Esta misma Convención, en su artículo 5, establece que *“los estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”*. La Recomendación General nº 33 del Comité de la CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia establece que *“Los estereotipos distorsionan las percepciones y determinan resoluciones basadas en creencias y mitos preconcebidos y no en hechos relevantes. A menudo los jueces adoptan prejuicios sobre el comportamiento apropiado para las mujeres y castigan a las que no se ajustan a estos estereotipos. Los estereotipos afectan a la credibilidad dada a voces, argumentos y testimonios de las mujeres, como partes o los testigos. Tales estereotipos pueden causar una mala interpretación o aplicación de las leyes por los jueces. Esto tiene profundas consecuencias, por ejemplo, dando lugar en el derecho penal a la absolución de los perpetradores de violaciones de derechos de las mujeres, sosteniendo así una cultura de la impunidad. En todas las áreas del derecho, los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, la cual puede, a su vez, dar lugar perversiones de la justicia, como la revictimización de las denunciadas.”*

Por eso considero que el estudio que nos ocupa solo puede resultar provechoso en la medida en que sea puesto en relación con la consideración tradicional que se ha realizado de la moralidad sexual, tan ligada hasta 1989 a la construcción de los delitos contra la libertad sexual. Y tan unido, aún, al imaginario colectivo en el que aún pervive ideas que directa o indirectamente provienen de la naturalización y normalidad con la que, en nuestro país, se ha vivido la discriminación de las mujeres.

El buen jurista, sin duda, debe estudiar todas aquellas parcelas de la historia que afectan a los aspectos del derecho a los que se dedica. Máxime, si se trata de cuestiones que desde antiguo mezclan la moral con conceptos jurídicos que terminan imponiendo una ideología machista y patriarcal que ha pasado de generación en generación.

No se puede abordar la construcción histórica de los delitos contra la libertad sexual, sin entender y comprender que la elección del tipo de actos que se incorpora o queda fuera del código penal, las penas que llevan aparejadas, el bien jurídico que protegen, la interpretación y aplicación de la norma o el tratamiento que se ofrece a las víctimas, se ve condicionado por los roles de género y por el rigor que los mandatos de la moral social han ejercido sobre la vida y la sexualidad de las mujeres.

Por eso, no hay buen derecho –ni en su interpretación ni en su aplicación– si renunciamos al estudio, a la reflexión o a escuchar la voz de las mujeres. Solo así se pueden detectar los prejuicios de género, propios y ajenos, que la Constitución Española nos obliga a desterrar en defensa de la igualdad y de los derechos fundamentales de las mujeres.

En esta línea, haré referencia a tres importantes sentencias que incluyen la perspectiva de género como técnica que permite rebasar los estereotipos machistas.

Las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 247/2018, de 8 de Mayo y la de 282/2018, de 13 de junio. Ambas introducen el concepto de la “perspectiva de género” que lleva a la apreciación de la alevosía en dos casos de tentativa de homicidio por razón de género. Y la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias de fecha 7 de Mayo de 2017 que define en qué consiste la técnica jurídica de juzgar con perspectiva de género y lo aplica para reconocer el derecho de una mujer, víctima de violencia de género, a cobrar la pensión de viudedad a pesar de estar divorciada. Merece la pena reproducir el párrafo de esta sentencia que establece que *“La interpretación social del Derecho con perspectiva de género exige la contextualización y la actuación conforme al principio pro persona, que se configura en este ámbito como un criterio hermenéutico que obliga a los órganos jurisdiccionales a adoptar interpretaciones jurídicas que garanticen la mayor protección de los derechos humanos, en especial los de las víctimas. Los estereotipos de género son la base de la discriminación contra las mujeres. Su presencia en los sistemas de justicia tiene consecuencias perjudiciales para los derechos de las mujeres, particularmente para las víctimas y supervivientes de diferentes formas de violencia, pudiendo impedir el acceso a una tutela judicial efectiva. Los estereotipos de género han de ser erradicados en la interpretación y aplicación judicial. El principio de integración de la dimensión de género en la actividad jurídica vincula a todos los Poderes del Estado. Tal afirmación se encadena, por lo que respecta a la actividad jurisdiccional, con la existencia de un amplio derecho antidiscriminatorio, con amparo constitucional en el art. 14 de la CE, que debe desplegarse en tres fases judiciales concretas (tramitación del proceso, valoración de las pruebas y aplicación de la norma sustantiva).”*

2. La Constitución Española como condición de posibilidad

La Constitución Española fue ratificada por el pueblo español en referéndum que se celebró el día 6 de diciembre de 1978, pudiendo ser considerado este día como el comienzo del cambio hacia la democracia y el reconocimiento de las libertades, con especial impacto, como veremos, en la vida de las niñas y las mujeres de nuestro país.

Así, y con todas las revisiones y críticas constructivas que puedan realizarse al periodo de transición democrática, lo cierto, es que pasamos de ser una sociedad subyugada por una sangrienta y cruel dictadura, a una sociedad que se organizó para configurarse como estado social y democrático de derecho que propugnaba como valores superiores de su ordenamiento jurídico: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

La Constitución Española, como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, de un lado, es el lecho en el que descansa la forma de organización política de nuestro país y al tiempo, es motor para el reconocimiento de los derechos fundamentales del ser humano. Convirtiéndose, de esta forma, en la gran condición de posibilidad democrática con capacidad para poner freno a las más sangrantes formas de opresión contra la dignidad humana.

El pueblo español conquistó la democracia y, entre los innumerables e impagables beneficios que obtuvo, destaca la mejora que supuso para la calidad de la vida de las mujeres y las niñas, siendo la Carta Magna el instrumento para el reconocimiento de todos nuestros derechos en condiciones de igualdad.

La igualdad que promulga nuestra constitución, en su artículo 14, propició un cambio de paradigma al equiparar los derechos de las mujeres y los de los hombres. Sin embargo, este hito histórico no puede ser analizado desde la ingenuidad con la que la igualdad se nos ha vendido a las mujeres durante décadas, como una suerte de varita mágica que convertía, de forma automática, la igualdad formal, recogida en la norma, en una igualdad real con impacto directo en nuestras vidas.

Por ello, la lógica euforia inicial, absolutamente justificada ante la aprobación de un texto que reconocía a las mujeres como ciudadanía de primera, pronto chocó con la realidad, al dejar en evidencia, que la implantación de la democracia necesitaba algo más que leyes para poder ir erradicando el franquismo sociológico que estaba tan enraizado en la vida pública y privada de nuestro país y que ha servido, entre otras, de muro de contención para el normal desenvolvimiento de la igualdad real.

Para poder entender las razones que explican la férrea oposición que los derechos de las mujeres han encontrado en el ámbito social, educacional, legislativo o judicial durante estos cuarenta y tres años de democracia, es indispensable conocer la intensidad con la que la dictadura oprimió a las mujeres y la influencia que esto ha tenido en la conformación de los estereotipos de género que aún perviven en el momento actual.

La dictadura franquista utilizó el miedo y la violencia para despojar a la mujer de todos sus derechos e imponer a la sociedad todos los prejuicios y estereotipos posibles, hasta conseguir instaurar un único modelo de mujer posible; el de esposa y madre dócil y obediente.

El año 1939 acabó con cualquier expectativa democrática en nuestro país y, se inició una de las épocas más tristes, oscuras y destructivas para la dignidad de toda una sociedad, con especial incidencia, si cabe, en la vida de las mujeres y las niñas. De forma, que en temas tan importantes como el que nos ocupa, en relación a la persecución de los delitos contra la autonomía sexual, aún hoy puede verse sus consecuencias.

Para la supervivencia de la dictadura franquista fue eje estratégico la limitación de los derechos de las mujeres, porque con ello consiguió importantes cotas de control social, buscó el control demográfico, afianzó la religión católica y consolidó una organización económica concreta -donde prácticamente solo los hombres accedían al mundo laboral y todos los trabajos de cuidados eran realizados de forma gratuita por las mujeres-.

Para ello, limitó la capacidad de actuación de las mujeres al espacio privado y les condenó a desarrollar su vida en dos únicas dimensiones: esposas y madres, mientras las convertía en el estandarte de la moralidad de todo un país.

Esta opresión a la mujer y su consideración como apéndice del hombre, ha sido clave en la configuración de los roles de género y en el afianzamiento de estos, como si de algo natural se tratase, adquiriendo un grado de implantación social tan profundo que, aún hoy, siguen perviviendo en muchos ámbitos del espacio privado y público.

Para ello, el franquismo se valió de muchísimas normas, -Código Civil, Código Penal, Fuero del Trabajo...- con las que reprimió de forma humillante a las mujeres. Les impuso la obligación de obedecer al marido o de seguirle donde quiera que fijara su residencia, les restringió su capacidad para disponer de sus bienes o ejercer la tutela de sus hijos sin la autorización de un hombre y les impuso fuertes restricciones que limitaban su acceso a la educación, a los cargos públicos o al mercado laboral.

La artificial y mezquina infantilización de las mujeres, llegó a consolidar un único modelo de mujer, revestida de características como la decencia, la obediencia o la discreción. Un modelo

de mujer piadosa que viviera en esencia para y por su familia, sin vida fuera del hogar familiar, sin independencia y sin apenas capacidad de decisión.

En esta misma línea de opresión, se impusieron durísimas restricciones al libre ejercicio de la sexualidad, castigándose con dureza las conductas homosexuales, bisexuales o transexuales. Y se redefinió la moral sexual, sobre todo de las mujeres, para inmiscuirse en su forma de vestir, de comportarse, de moverse, de hablar o de practicar sexo.

Como veremos después, esta forma de construir el imaginario social y colectivo sobre cuál es el papel de la mujer en la sociedad, fue impuesto, a través de una concienzuda estrategia fascista muy eficaz, que logró instaurar la creencia de que todo era consecuencia del estado natural de las cosas.

Por eso, es tan importante que los juristas conozcamos la historia que explica y conforma el marco en el que se nos ha educado y el contexto en el que las normas se han ido aplicando, así como la forma en que han evolucionado tanto en su aprobación como en su interpretación y aplicación.

3. Bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad sexual

Uno de los principios inspiradores del derecho penal en democracia, es el denominado “*ultima ratio*”, que consiste en considerar a la jurisdicción penal como el último instrumento que utiliza una sociedad civilizada para reprimir conductas. De esta forma y en base a este principio, solo deben tipificarse como delito aquellas conductas que, de modo grave, supongan un ataque a los valores que socialmente se consideran más importantes.

Estos valores que la sociedad consideran dignos de proteger a través del derecho penal, es lo que se conoce como bienes jurídicamente protegidos y su importancia estriba en que aporta significación y sistemática al tipo delictivo y sirve para ayudar a realizar una interpretación sobre su alcance y contenido.

En el marco de la evolución histórica de los delitos contra la libertad de autodeterminación sexual, se han producido numerosos cambios en cuanto a la penalización y despenalización de numerosas conductas, pero también encontramos cambios en la consideración de cuál es el bien jurídico a proteger y que, como veremos, supone mucho más que solo una variación en su denominación.

De esta forma, estos delitos se han tipificado como “Delitos contra la honestidad” (C.P de 1944 y C.P de 1973), posteriormente “Delitos contra la libertad sexual” (Reforma de 1989 del C.P de 1973) y finalmente “Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual” (Reforma de 1999 del C.P de 1995).

4. Delitos contra la honestidad

El código penal de 1944 consideró que la honestidad era el valor a proteger al tipificar los delitos contra la autonomía sexual. Para la mejor comprensión del alcance de esta construcción jurídica, es preciso recordar que la mujer, en esa época, fue considerada el baluarte en el que descansaba la moralidad de todo un país y que, por razón de estadística, la redacción de estos delitos era pensada para hechos cometidos por hombres contra mujeres.

La *honestidad*, de acuerdo con la definición que ya entonces daba la Real Academia Española, es un adjetivo que califica a la persona que actúa de acuerdo a la moral y que respeta las normas de carácter sexual socialmente establecidas.

Por tanto, el bien jurídico protegido relacionaba directamente la sexualidad con la moralidad, bajo la pretensión de que solo debía protegerse las conductas sexualmente aceptables.

Esta construcción jurídica tuvo tres consecuencias importantes: se tipificó como delitos determinadas conductas por el mero hecho de valorarse como moralmente reprochables –como el caso del adulterio–, solo las mujeres consideradas honestas podían ser sujetos pasivos de estos delitos –excluyéndose de esta protección, por ejemplo, a las mujeres en situación de prostitución– y se consideró que esta protección debía alcanzar el honor de los hombres de la familia, como se desprendía de la regulación del artículo 428 de ese código penal, que estableció que *“El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualesquiera lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les produjese lesiones de otra clase, quedara exento de pena. Estas reglas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna”*.

En el marco de estos delitos, se tipificó la violación, los abusos deshonestos, el escándalo público, el estupro, la corrupción de menores, el rapto y el de adulterio. Incluyéndose, en posteriores reformas, la regulación del delito de prostitución (1963).

La importancia de la elección de la honestidad como bien jurídico protegido, tuvo como consecuencia que se produjeran directas y evidentes discriminaciones contra la mujer como ocurrió con la penalización del adulterio. En este caso, si el sujeto activo del delito era una mujer, bastaba un único encuentro sexual para cometer el hecho delictivo, mientras que, en el caso del hombre, era típica la conducta solo si había convivencia notoria con la amante.

Esta diferencia sustentada en el bien jurídico protegido, venía justificada por la moral sexual del momento que toleraba los esporádicos encuentros sexuales, fuera del matrimonio, solo para el caso de que los realizaran personas casadas que fueran hombres.

El estudio de estos delitos, bajo el eje vertebrador de la honestidad que estuvo vigente hasta el año 1989, resulta útil porque nos ofrece una perspectiva desde la que se pueden detectar muchos de los prejuicios de género que aún perviven en la práctica penal y, desde luego, también sirve para comprobar los importantes avances que en esta materia se están realizando para proteger los derechos fundamentales de las mujeres.

Valga como ejemplo, la histórica dificultad para perseguir los delitos de agresión o abuso sexual cuando se realizaban por los maridos contra sus mujeres, al considerarse que todo sexo dentro del matrimonio era una práctica honesta, debido en buena parte al conocido como débito conyugal refrendado por la obligación de obedecer al marido que el código civil de la época imponía a las mujeres.

En esta línea, y para comprobar la evolución antes referida, merece la pena hacer mención a la sentencia de fecha 21 de mayo de 2019 dictada por la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que fundamenta como, en la actualidad, resulta inadmisibles la alegación del débito conyugal como obligación de la mujer y derecho del hombre para mantener relaciones sexuales.

“...en modo alguno puede admitirse que la relación de pareja otorgue a una persona el derecho a tener con la otra relaciones sexuales, por cuanto si ésta se niega y se emplea violencia, como aquí ocurrió, el hecho integra un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP . La violación en pareja deviene así ante situaciones como la presente en la que concurren los elementos típicos del delito de agresión sexual, porque el vínculo matrimonial o la relación de pareja no otorga ningún derecho sobre la sexualidad del otro miembro de la pareja, de tal manera que, si el acto sexual se consigue, como aquí ocurrió con la clara negativa de la víctima y se emplea violencia o intimidación el hecho es incardinable en el delito de violación...”

“... No puede admitirse bajo ningún concepto que el acceso carnal que perseguía el recurrente, porque entendía que ese día debía ceder su pareja a sus deseos sexuales, es una especie de débito conyugal , como obligación de la mujer y derecho del hombre, por lo que, si se ejercen actos de violencia para vencer esa voluntad con la clara negativa de la mujer al acceso carnal, como aquí ocurrió, y consta en el hecho probado, ese acto integra el tipo penal de los arts. 178 y 179 CP...”

Otra de las rémoras históricas que arrastramos, y que también proviene de la construcción jurídica de los delitos contra la libertad sexual pivotando entorno a la honestidad, se puede

apreciar en la dificultad para considerar sujetos pasivos de estos ilícitos penales a mujeres en situación de prostitución. Bajo la máxima de que estas mujeres carecían de honestidad, se consideró que su libertad sexual no era digna de protección.

Por suerte, aquí, también encontramos numerosos pronunciamientos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que evidencian la evolución. Así, la sentencia de fecha 14 de julio de 2011, reitera la jurisprudencia consolidada de que los delitos contra la libertad sexual amparan, como no podría ser de otra forma, a las mujeres que se encuentran en situación de prostitución.

“...Por el contrario esta Sala ha estimado reiteradamente, desde antiguo SSTs. 17.11.71, 13.6.73, 24.11.78, 23.9.92, 29.3.94, 23.1.97, 20.7.98, 5.7.2000, 16.10.2002, y 18.10.2004, que la imposición violenta del acto carnal a una persona que ejerce la prostitución constituye delito de agresión sexual, ya que la persona afectada, con independencia del modo que vive su sexualidad, conserva la autonomía de su voluntad en orden a disponer libremente de su cuerpo y de la sexualidad que le es propia (SSTs. 1667/2002 de 16.10, 1239/2000 de 5.7, 819/2000 de 11.5, 61/2000 de 29.1). Doctrina que constituye una ineludible consecuencia de la definición del bien jurídico protegido como libertad sexual, es decir una parcela básica de la libertad individual, lo que impone tutelar la autodeterminación sexual de todos los individuos en cada momento, sin que resulte aceptable, a efectos de tutela penal, transformar esta libertad en un valor meramente patrimonial, aun cuando el sujeto previamente, en uso de su libertad, haya comerciado con la sexualidad (STs. 11.10.2007).

Por último, y en línea con los anteriores, me referiré a otro de los prejuicios que no en pocas ocasiones asoman en los procedimientos judiciales al extender la investigación de estos delitos hacia la mujer víctima, con la única intención de juzgar su honestidad con preguntas acerca de su ropa, sus costumbres o sus hábitos sexuales. De nuevo, aquí, la protección jurídica de los actos contra la libertad de las mujeres, bajo el código penal de 1944 y el de 1973, hasta su reforma en 1989, quedaba condicionada por la prueba de la honestidad de la mujer.

En este sentido se ha pronunciado también la Sala Segunda del Tribunal Supremo con sentencias como la de 14 de Mayo de 2020 al considerar que la actitud de la víctima no puede ser cuestionada para legitimar un delito contra la libertad sexual.

“...No puede admitirse el alegato expuesto por el recurrente sobre la “actitud de la víctima” en el local, ya que ello no legitima, ni habilita en modo alguno a los recurrentes para haber llevado a cabo los actos de agresión sexual por los que han sido condenados. No puede, por ello, hacerse responsables a las mujeres de que por una pretendida “actitud” de la víctima alegada por el autor de una agresión sexual sirva como salvoconducto, o excusa para perpetrar un delito tan execrable como el de una violación, y, además, en este caso grupal...”

“... El agresor sexual no tiene legitimación alguna para actuar, sea cual sea el antecedente o la actitud de la víctima, la cual tiene libertad para vestir, o actuar como estime por conveniente. Y ello, dentro de su arco de libertad para llevar a cabo la relación sexual cuando le parezca, y no cuando lo desee un agresor sexual. No puede admitirse en modo alguno que el agresor sexual se escude en una pretendida provocación previa de la víctima para consumar la agresión sexual. Y ello no convierte en consentida la relación, como propone el recurrente, en base a la suficiencia de la prueba de que se trató del empleo de violencia o intimidación, por la forma en que se describe el hecho probado y por el carácter de intimidación ambiental del lugar donde se ejecutan los hechos, en el piso de contadores, alejado de cualquier opción de que cualquier vecino pudiera ver el hecho y socorrer a la víctima...”

La existencia de sentencias como las mencionadas, que evidencian la importante evolución en materia penal para la protección de los derechos fundamentales de las mujeres, ha sido posibles cuando, como veremos, los tipos penales se modificaron en base a la consideración de que el bien jurídico protegido en estos delitos no era la honestidad, si no la libertad sexual.

Sin embargo, no es menos cierto que, aún quedan muchos prejuicios –que provienen de esta visión ligada a la moralidad y a la pretendida honestidad– que en muchas ocasiones sigue contaminando los procedimientos judiciales con investigaciones policiales frustradas, sobreseimientos anticipados o injustificados, revictimizaciones secundarias o absoluciones indebidamente fundamentadas.

5. Delitos contra la libertad sexual

Como hemos visto, es en el año 1989 cuando se modificó el bien jurídico protegido de estos delitos, de forma que pasaron de considerarse “delitos contra la honestidad” a “delitos contra la libertad sexual”.

La primera reforma constitucional del Código Penal vigente al tiempo de aprobarse la Constitución Española se produjo por Ley Orgánica de fecha 25 de junio de 1983, denominada Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, y modifica el entonces vigente código penal de 1973. Esta ley, y en relación a los delitos que nos ocupan, mantiene la denominación del bien jurídico protegido –con todas las consecuencias que hemos visto que suponía– y solo realiza pequeñas modificaciones como es la de suprimir el concepto de autoridad marital –en clara alusión al sometimiento de la mujer al hombre– incompatible con nuestra carta magna, establece la naturaleza semiprivada de estos delitos y deroga el perdón del ofendido, en el delito de violación, como causa de extinción de la acción penal.

No es hasta el 21 de junio de 1989 cuando se aprobó una Ley Orgánica que realiza modificaciones al Código Penal de 1973 y que, por fin, modifica el bien jurídico protegido. La exposición de motivos de esta ley lo explicó así, *“La necesidad de una reforma de los llamados delitos «contra la honestidad» del Código Penal es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad.” “...lo que supone sustituir la expresión «honestidad» por «libertad sexual», ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado.”*

Con este cambio en la denominación del bien jurídico protegido, se reconoce la libertad sexual como uno de los ámbitos del desarrollo de la personalidad que es digno de protección frente a la imposición de conductas no consentidas. Entendiéndose la libertad sexual como la autonomía y libre disposición del ámbito de la sexualidad individual. Superándose así, de manera formal, la identificación del sexo con la moral para determinar el tipo penal.

Esta regulación, introduce, además, otras dos modificaciones, de un lado la extensión del delito de violación a las vías rectal y bucal y de otro lado se modifica la redacción en cuanto al sujeto pasivo, de forma que pueda ser tanto un hombre como una mujer. Este último cambio, en consonancia con el artículo 14 de la C.E., era una de las consecuencias lógicas que provenían de la superación de la honestidad y la moral de la mujer como eje vertebrador de estos delitos.

El 23 de noviembre de 1995 se aprueba por Ley Orgánica un nuevo Código Penal, tan necesario, al haber transcurrido ya diecisiete años desde la aprobación de la Constitución Española. La exposición de motivos lo explica así: *“El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar. En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse.”*

Este código, en relación a los delitos contra la libertad sexual, y en la misma exposición de motivos, explica como el criterio en la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual supone la necesidad de *“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.”*

Con la tipificación que realiza de estos delitos, el nuevo Código Penal, consolida verdaderamente el cambio de paradigma que supone la modificación del bien jurídico protegido que había sido aprobado en la reforma de 1983, del código anterior.

En el libro II, título VIII y bajo la rúbrica de “delito contra la libertad sexual” se tipifican los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales, acoso sexual, delitos de exhibicionismo y provocación sexual y delitos relativos a la prostitución.

Como vemos, desaparece la tipificación de delitos destinados a proteger la moral sexual impuesta y se protege la libertad personal en relación a la autonomía sexual.

Una de las cuestiones más relevantes de este nuevo Código Penal es que abandona la denominación de violación para tipificar las acciones consistente en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal no consentidos, diferenciando entre agresión sexual –cuando media violencia o intimidación– y abuso sexual.

En el diario de sesiones del Congreso de los Diputados del día 28 de junio de 1995 encontramos las justificaciones y argumentaciones a favor y en contra de la desaparición de la palabra violación para el nuevo código penal. Esta discusión se ha puesto de actualidad cuando, el movimiento feminista de España, en el año 2019, sale a la calle bajo el lema: *“No es abuso, es violación”* con el que visibilizaba un importante descontento social en relación a la consideración doctrinal y jurisprudencial del concepto de violencia en el ámbito de estos delitos y su interpretación.

En el año 1995, el diario de sesiones del Congreso, recoge como los detractores del mantenimiento de la palabra violación en el Código Penal sostuvieron que se *“considera necesario mantener la terminología de delito de violación por su repercusión y conocimiento social”* o que se expresaba preocupación *“por el hecho de que en algunos casos se prescindiera de denominaciones que en la calle tienen un sentido claro, evidente y contundente, no mencionando, por ejemplo, el término violación, pareciendo que se trata de eludir una terminología que a lo largo de años estuvo acuñada en los textos punitivos y que sigue acuñada en la terminología usual en el léxico ciudadano”* o que *“cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, en ese caso, estamos ante un delito de violación. A esto hay que llamarlo delito de violación. Y los partidarios del cambio de terminología alegaron que “El término violación en nuestro Derecho Penal positivo tiene unas connotaciones muy claras y responde a una concepción entendida como penetración vaginal; solamente eso... Lo que se pretendía no era proteger la libertad sexual en general, la libertad sexual de todos. Lo que se pretendía era proteger y defender un determinado concepto de la sexualidad conectado con la función reproductora de la mujer. Y, por lo tanto, esta expresión violación ciertamente nos parece que no se corresponde con el contenido de lo que define el artículo 174.”*

6. Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual

La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal realiza una revisión de estos delitos regulados en el Código Penal de 1995, con la finalidad de incluir modificaciones de los tipos penales para garantizar una auténtica protección de la integridad y la libertad sexual de la infancia y de las personas con discapacidad.

Una de las modificaciones que contenía esta ley afectó directamente al bien jurídico protegido, de forma que a la libertad se le sumó la indemnidad sexual como valor a preservar. La propia exposición de motivos explica que la tipificación vigente debe adecuarse a las exigencias, de fecha 29 de noviembre de 1996, que realiza el Consejo de Europa, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea. *“ las normas contenidas en el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, relativas a los delitos contra la libertad sexual, no responden adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos.”*

Como vemos, la inclusión de la indemnidad sexual como bien jurídico a proteger supone un paso más en la protección de los derechos de la infancia y en concreto, del libre desarrollo de

la personalidad y el normal desenvolvimiento de cada una de las etapas de maduración sexual. Consiguiéndose, así, dotar de mayor y necesario contenido al artículo 10. 1 de la Constitución Española que establece: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”*

Esta ley introduce el delito de corrupción de personas menores de edad o de personas con discapacidad, amplía la tipificación de los delitos de pornografía en relación a estas mismas víctimas, se modifican los delitos de acoso sexual y trata de seres humanos y se realizan diversas modificaciones en las penas. Se introduce también, una modificación importante en relación al tiempo de prescripción de estos delitos que, para el caso de las personas menores de edad, es un plazo que no empieza a correr hasta que se alcanza la mayoría de edad.

Por tanto, en la actualidad, dos son los bienes jurídicamente protegidos en los delitos que han sido objeto de estudio. El primero de ellos es la libertad sexual, entendida como la libertad para la autonomía sexual consistente en la libre capacidad de la persona para decidir si quiere mantener relaciones sexuales o no, la libertad para decidir el cuándo, en qué momento, de qué forma, con qué persona o personas o bajo qué circunstancias. Se protege, así, la libertad sexual basada en la prestación del necesario consentimiento y el respeto a la autonomía individual. Y el segundo bien jurídicamente protegido, la indemnidad sexual, se refiere al derecho a no someter a la infancia o a personas con discapacidad intelectual a daños o perjuicios derivados de la realización de actos de naturaleza sexual que impidan el normal desenvolvimiento y el libre desarrollo de su personalidad conforme a su madurez mental. Castigándose, por tanto, aquellos actos que les perjudican, sin entrar en valoraciones sobre la prestación de un consentimiento, al considerarse que no puede ser prestado.