CUHSO
AGOSTO 2025 • ISSN 2452-610X • PÁGS. 1-29
RECIBIDO 10/03/2025 - APROBADO 12/06/2025 - PUBLICADO 04/08/2025
DOI 10.7770/CUHSO-V35N1-ART881

Artículo de investigación

Tratamiento jurídico-penal de la protección de la esfera sexual del menor en el derecho histórico-contemporáneo español

The Criminal Law Treatment of the Protection of the Sexual Sphere of Minors in Historical and Contemporary Spanish Law.

Carlos Fuertes Iglesias
Universidad de Zaragoza, España

RESUMEN El tratamiento jurídico-penal de la protección del menor en el ámbito de su esfera sexual en el Derecho penal español ha experimentado una evolución histórica significativa. Desde la honestidad como bien jurídico protegido preponderante hasta las actuales formas de tutela de la libertad e indemnidad sexuales, el objetivo principal de este artículo es analizar la evolución de la legislación española en materia de delitos sexuales cometidos en agravio de menores y cómo dicha evolución ha sido influenciada por el contexto político y social de cada época, marcada fundamentalmente por la convulsión existente en la España del siglo XIX, en la que se sucedieron diversos textos constitucionales, desde el prisma de una fuerte influencia en la materia de la moralidad de corte católico. La metodología empleada es investigación documental y una revisión histórica de la evolución del Código Penal español en relación con los delitos sexuales, se destaca que el texto de 1973 perpetúa la regulación de 1944 sobre la materia sexual, con una preponderancia del concepto de moral sexual. El resultado principal que el bien jurídico protegido no es la libertad sexual, sino la moral sexual u honestidad, lo que se refleja en la regulación de la materia desde la honestidad.

Este trabajo está sujeto a una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional Creative Commons (CC BY 4.0).

PALABRAS CLAVE Derecho penal; edad contemporánea; delitos sexuales; moral sexual; honestidad; libertad sexual.

ABSTRACT The criminal law treatment of the protection of minors in the sexual sphere within Spanish Criminal Law has undergone a significant historical evolution. From the concept of "honesty" as the preponderant protected legal good to the current frameworks for safeguarding sexual freedom and indemnity, the main objective of this article is to analyze the evolution of Spanish legislation concerning sexual offenses against minors. The analysis considers how this evolution has been influenced by the political and social context of each period, particularly marked by the upheaval in 19th-century Spain, which saw a succession of constitutional texts under the strong influence of Catholic morality on the subject. The methodology employed is documentary research and a historical review of the evolution of the Spanish Criminal Code in relation to sexual offenses. It is highlighted that the 1973 text perpetuated the 1944 regulations on sexual matters, maintaining the preponderance of the concept of sexual morality. The principal finding is that the protected legal interest was not sexual freedom, but rather sexual morality or "honesty," which is reflected in the regulation of the matter from the perspective of honor and decency.

KEY WORDS Criminal law; contemporary history; sexual offences; sexual morality; honesty; sexual freedom.

I. Introducción

La libertad e indemnidad sexuales, como bienes jurídicos protegidos en las actuales figuras de los arts. 178 y ss. del Código Penal español vigente (en adelante, CP), aparecen como fruto de un devenir histórico, de cuya reflexión y valoración no conviene prescindir para poder obtener una perspectiva longitudinal que permita explicar los cambios normativos de las últimas décadas, y en su caso, explicar las vías del proceso actual de expansión a los que los delitos sexuales parecen irrefrenablemente abocados.

Una parte relevante del discurso y confrontación política más reciente, con notoria presencia de esta materia en la agenda y programas políticos, se ha constituido en la revivificación del debate acerca de la protección penal de la libertad e indemnidad sexuales (especialmente, respecto de la primera de las cuestiones), y fundamentalmente, sobre los ejes la presunta *impunidad*, previa a la regulación a la Ley Orgánica 10/2022, y la supuesta necesidad de dar respuesta a la demanda social de ciertos grupos de opinión sobre alegadas insuficiencias del Código penal en la protección de las

víctimas de delitos sexuales.

Este artículo tiene como objetivo analizar la evolución de la legislación española en materia de delitos sexuales cometidos en agravio de menores, y cómo dicha evolución ha sido influenciada por el contexto político y social de cada época. Para un adecuado trazo de la trayectoria evolutiva –en ese fluir constante del Derecho penal actual, acogido a una tendencia de provisionalidad legislativa en España con cambios normativos constantes en la ley sustantiva criminal– y de las prospectivas, metodológicamente se ha realizado una revisión histórica de la evolución del Código Penal español en relación con los delitos sexuales, se ha focalizado la etapa que transita desde la Edad Contemporánea hasta los tiempos presentes. Los antecedentes históricos, como criterios hermenéuticos generales (art. 3.1 Código Civil español), revisten mayor relevancia aún en aquellas materias de análisis que están sometidas a tensiones de carácter social y moral tan intensas como las proyecciones interactivas de la sexualidad humana.

En concreto, se ha considerado necesario enfocar el estudio en la revisión del tratamiento de la materia efectuada por los tres Códigos penales más relevantes en el siglo XIX en España, a los efectos de contemplar los rasgos del tratamiento de la materia, ligada a la fuerte impronta de la moral sexual colectiva dominante. Dicho rasgo, característico de la legislación penal del momento, se mantuvo en España de manera casi incólume hasta finales del siglo XX, de una manera determinante y explica, en parte, la pervivencia incluso en la legislación actual de un cierto influjo moralizante en algunas figuras delictivas, aunque por causa diversa de la observancia de unos contenidos ético-religiosos mayoritarios, sino acaso por la sustitución de unos parámetros morales (religiosos) por otros (de carácter identitario), que han influido en la actual concepción de la materia. El interés científico del objeto de estudio es, precisamente, contemplar cómo la influencia de la moral en el Derecho penal en materia sexual es permanente, aunque ésta provenga de diverso origen, de una moral religiosa mayoritaria, a una de carácter laico, ligada a grupos de influencia o *lobbies* de naturaleza identitaria (Diez-Ripollés, 2019; 2024)[1].

Dichos grupos de presión social, actualmente han enarbolado en el panorama político español, a partir de un movimiento global contrastado como el fenómeno "me too", una reivindicación de protección de la víctima (mujer) frente al agresor sexual potencial (hombre), desde varios planos: la constatación de una perspectiva de género en el enjuiciamiento penal, la adopción de modelos de consentimiento sexual afirmativo o el cuestionamiento intelectual –por el momento, en ese plano, quizá próximamente en el ámbito normativo– de la libertad de las mujeres para tomar decisiones tales como mantener relaciones sexuales por estipendio, equiparándose siempre tales

1. A este efecto, efectúa un referenciado análisis de los influjos dominantes en la regulación actual del Derecho penal sexual español.

casos a un fenómeno criminal diverso como es la trata.

En este caso, la revisión histórica resulta particularmente apremiante, para advertir las claves de un derecho penal sexual de fuerte carga moral, acaso para conocer o comprender cómo el actual Derecho penal español puede estar regresando a una revivificación de la moral sexual, diversa en su naturaleza o génesis, en su legislación y en la exégesis del vigente derecho positivo, pero igualmente contaminante de la regulación moderna que un Estado debería aspirar en la esfera de la libertad sexual de los ciudadanos, marcada por un deber general de abstención. Se trata, esencialmente, de comprender los límites de la intervención penal y su conmixtión con la moral, a la hora de regular el ámbito que atañe.

Se trata de comprender los límites de la intervención penal y su relación con la moral al regular el ámbito que concierne. Es crucial analizar cómo la historia ha influido en la formación de las normas y valores que rigen el derecho penal sexual actual, y cómo estas influencias históricas pueden estar afectando las decisiones legislativas y judiciales en la actualidad. Esta revisión histórica proporciona una perspectiva más amplia y profunda sobre el tema, permitiendo cuestionar y reflexionar sobre la adecuación y la justicia de las leyes y prácticas actuales en este ámbito tan delicado.

II. Los textos sustantivos criminales comunes decimonónicos españoles (Códigos penales españoles de 1822, 1848 y 1870)

1. El Código penal español de 1822

El Código Penal español de 1822 es el primer texto sustantivo criminal tras la Constitución de Cádiz de 1812. Supuso un hito incuestionable para la legislación española, en tanto que permitió superar una legislación penal arcaica y carente de sistematicidad. Fue una de las primeras muestras en el ordenamiento jurídico del impulso de la Codificación.

En efecto, como destacó Antón Oneca en su obra de 1965, la aplicación de la normativa en cuestión fue, en su momento, breve, imperfecta y desigual (Antón Oneca, 1965, p. 273). Por su parte, Cerezo Mir subrayó la notable influencia que ejercieron el Código de Napoleón de 1810 y el Derecho histórico español, en particular el Fuero Juzgo y las Partidas, en el desarrollo de la legislación penal española (Cerezo Mir, 2004, p. 128).

Esta es una etapa histórica en la que comienza el reconocimiento de ciertos derechos subjetivos como fundamentales[2] entre los que destaca la libertad individual. No obstante, la misma se liga con el ejercicio de los derechos políticos y civiles, y no

2. V. Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, en https://www.archives.gov/espanol/constitucion; Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 de la República Francesa, en https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files /as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf.

así con otras expresiones del pensamiento o de la libertad de acción (como es, en el ámbito de la proyección sexual de la personalidad). Aun el sexo se considera un elemento tabú, ligado al vínculo matrimonial y a la función reproductora, es pecaminosa –y censurable– cualquier manifestación que excediera de tal concepción, por lesiva a las buenas costumbres y a la decencia, sustanciada en los conceptos de la moral sexual dominante.

Esta perspectiva es particularmente acusada en la España de inicios del siglo XIX, en la que el impulso liberal de la Constitución de Cádiz no alcanzará a la materia del tratamiento de los delitos sexuales, que seguirá fuertemente vinculado a los conceptos preexistentes de honestidad y moralidad. A tal efecto, conviene comenzar advirtiendo que en el Proyecto de Código Penal presentado a las Cortes el día 1 de noviembre de 1821 (Diario de sesiones del Congreso de los diputados, 1821)[3] se expone el sentido de la nueva regulación, en un intento de purificar el texto criminal de ciertas reminiscencias con connotación o significación puramente histórica o de moral cristiana, la cual, aun siendo marcadamente preponderante en la sociedad de la época, no se concebía adecuada tomar como criterio rector de este texto legal.

Se hace alusión a que la comisión comenzó su trabajo recopilando documentos del extinto Consejo de Castilla, que contenían materiales preparatorios para la reforma del sistema jurídico. Sin embargo, esa colección resultó ser una mezcla de borradores, apuntes incompletos y extractos de leyes, más que un conjunto de trabajos maduros y coherentes. Aunque contenía algunos elementos valiosos, como un extracto detallado de las leyes penales publicadas en los principales cuerpos del derecho, la comisión se encontró con una cantidad de material que parecía destinado a mejorar una edición del Código recopilado, pero no a introducir innovaciones y reformas necesarias. En lugar de eso, el objetivo era mantener el sistema jurídico existente, con sus bases, penas y leyes, incluyendo temas como la fe católica, la expulsión de judíos, la persecución de herejes y la prohibición de prácticas consideradas inmorales, como la sodomía y la bestialidad.

Sin perjuicio de esa intención secularizadora del texto penal, indudablemente la apelación a que en el Código Penal de 1822 se efectúa las buenas costumbres (Título VII) trae consigo que aparezca una referencia de carácter necesariamente indeterminada, en cuanto a lo que apuntaba Antón Oneca (1951, p. 53), a propósito del Derecho penal decimonónico, la convicción popular es una fuente importante de interpretación y formación de la ley penal, ya que los jueces, al evaluar actos que causan escándalo público o doctrinas que contravienen la moral y las buenas costumbres, a menudo consultan o permiten que la convicción popular exprese su opinión.

Conviene diferenciar los delitos contra las buenas costumbres, que se disciplinan como delitos contra la sociedad; frente a los raptos, fuerzas y violencias contra las

3. Recuperado el 24 de abril de 2020, en https://app.congreso.es/est_sesiones/.

personas, que se proyectan como delitos contra la persona. Ciertamente, se señaló en su momento por Antón Oneca (1965, p. 273) que su aplicación fue, a lo más, breve, imperfecta y desigual. Se reconoce por Cerezo Mir (2004, p. 128) una notable influencia del Código de Napoleón de 1810 y del Derecho histórico español (Silva Silva, 1995).

A la par, la propia constitución gaditana no deja dudas sobre relación entre Iglesia y Estado, cuando en su art. 12 establece que "*la religión católica, apostólica y romana es la que profesa la Nación española, y su protección es permanente. La Nación garantiza su práctica a través de leyes justas y sabias, y prohíbe cualquier otro culto*". Por tanto, la confesionalidad del Estado español, proclamada en su primera constitución moderna, un factor clave para entender en la materia sexual la constante presencia de la moral judeocristiana como factor modulador de la conducta social, tanto en el ámbito religioso como en el secular, y en concreto en las leyes civiles y penales del Estado (García García, 1999, pp. 343-364; Núñez Rivero, 2011, pp. 351-390). Como advierte acertadamente Clavero Salvador (1990, p. 66), el pecado no se limita a cuestiones teológicas o morales, ni el delito solo concierne a la justicia, sino que ambos están relacionados con la ley en su totalidad: la ley eterna, la ley divina positiva y la ley natural.

En el marco del Título VII del Código Penal de 1822, se centrará el análisis en dos capítulos.

El Capítulo I. "De las palabras y acciones obscenas en sitios públicos y de la edición, venta y distribución de escritos, pinturas o estampas de la misma clase" que viene a suponer el grueso de la protección penal de la esfera sexual pública del Código referido.

De tal regulación, se destacarán sucintamente algunos aspectos:

- La tipificación de los actos de obscenidad, con independencia de que se realicen ante adultos o menores, sean verbales o por acciones indecentes. Se castigan en el ámbito religioso (arts. 527) y profano (art. 528 CP), sin perjuicio de que existiera o no ánimo libidinoso del autor, en tanto que lo relevante es la ofensa a las buenas costumbres que deben presidir la conducta pública de los individuos.
- Los anteriores delitos se castigan sin perjuicio de los daños efectivamente irrogados (injurias) frente a los sujetos pasivos (art. 530).
- Se sanciona expresamente la exhibición del cuerpo desnudo, aun cuando no tenga finalidad sexual, pero sí pueda ofender al pudor (art. 531), sin distinguir entre sujetos pasivos mayores o menores de edad, siempre que el acto se realice en vía pública y a la vista de personas de distinto sexo. Para las buenas costumbres, en 1822, era lesiva la mera desnudez, como manifestación impúdica de una persona ante otra -de distinto sexo-, o de cualquier otro modo (véase, actos que no conlleven un desnudo integral, pero sí de

partes llamadas pudendas). Así pues, existe ese conmixtión entre los conceptos de lo obsceno, lo sexualmente relevante y lo adecuado a los patrones de conducta social –las buenas costumbres–, que lleva a este tratamiento tan singular de la materia.

- Se castiga expresamente la pornografía de adultos, sin especial tratamiento a los menores como potenciales sujetos pasivos.

- Se castiga el rapto con miras de efectuar abuso sobre la persona en el ámbito sexual. No se especifica en un sujeto pasivo femenino, y se particulariza en el caso de que la víctima sea menor de edad de la pubertad (art. 664), lo que vincula la privación de libertad con la finalidad atentatoria contra la honestidad sexual del menor. Se establecen modalidades con violencia e intimidación, con engaño y con abuso de autoridad.

En estos preceptos se hace sentir notablemente la influencia de la legislación anterior al Código (v. Fuero Juzgo, 1815), en la que se producía una absorción de la figura del ataque contra la esfera sexual por parte de los delitos contra la libertad cometidos contra una mujer[4]. Así, se establece una confusión del rapto y del atentado contra la esfera de la víctima. Esta sistemática se sigue hoy, de una manera muy semejante, en Códigos Penales modernos vigentes[5].

- Un último aspecto, en absoluto desdeñable, es la diferenciación punitiva del Código, en virtud de si la víctima es una mujer casada, o una mujer pública (v. Calvo Caballero, 2019, pp. 41-66), al penar tales atentados contra estas últimas con la mitad de pena[6].

En conclusión, respecto de esta etapa, son tres las notas que se destacan:

i) La dicotomía entre la protección de la sociedad y del individuo en relación con conductas que atentan contra la esfera sexual de la persona, en cuanto que se distingue el ataque a bienes eminentemente públicos (honestidad y buenas costumbres) frente a los puramente personales.

ii) La regulación es un tanto caótica en cuanto a la sistemática, y aparece fuertemente vinculada a la legislación penal previa a la codificación en cuanto a sus formas y contenido. Sirva como ejemplo de la falta de coherencia estructural la coexistencia de la regulación de ciertos ataques contra la persona en el ámbito sexual en la misma parte del texto en que se regulan

4. El precepto alude en su redacción a "persona", que podría dar lugar a las mujeres y a los hombres.

5. Véase, a título de ejemplo, el art. 130 del Código Penal de la República Argentina (eso sí, tratado en sede de "Delitos contra la integridad sexual" y no "contra la libertad"), modificado por la Ley 25.087, de 7 de Mayo de 1999.

6. Arts. 669 y 670 del Código Penal de 1822 de España.

aspectos relativos a la profanación de sepulturas.
iii) Existen referencias en la protección de la esfera sexual de los menores, no de edad, sino puberalmente, lo que marca una tutela ligada a una concepción de la sexualidad en el marco estricto de las relaciones matrimoniales canónicas y con la finalidad reproductiva –aspecto para lo que es determinante la pubertad de los jóvenes–.

2. *Código Penal español de 1848*

En relación con el Código Penal de 1848, Antón Oneca (1965) destaca su mayor refinamiento al estar libre de elementos obsoletos, haber sido redactado con más cuidado y en una época de mayor avance técnico, siendo más sistemático y elegante en su estilo. A pesar de esto, se reconoce su estrecha relación directa con el Código Penal de 1822.

Por su parte, Bravo Lira (2004, p. 33) destaca la influencia decisiva en el Código de 1848 del Código Penal austriaco elaborado por Zeiller en 1803, considerado un paradigma que logró conciliar en gran medida las consideraciones de la justicia con las de la humanidad, en armonía con el período más próspero de la civilización. Según Helcel (1837), citado por Bravo Lira (2004), este texto austriaco se refleja en el sistema a través del Código Penal Brasileño, que a su vez influyó en el texto criminal de 1848. La historiadora jurídica Cobo del Rosal (2012) atribuye a Seijas la redacción principal del texto, aunque es común en la doctrina referirse a Pacheco como autor del texto.

Este fue un texto en el que resulta destacable que se aparcara el arbitrio judicial, a favor de una salvaguarda superior del principio de legalidad de las penas, lo que supone un gran avance en post de la seguridad jurídica (Castejón, 1953, pp. 101-115). Según Antón Oneca (1965, p. 488), este fue el primer Código penal de la nación, que reemplazó a la severa legislación del antiguo régimen. En lugar de ser creado para suavizar la represión, como de hecho ocurría en muchos casos, este Código fue en gran medida establecido para garantizarla frente a la delincuencia política, limitando la discrecionalidad judicial que, acostumbrada en exceso a la indulgencia, podía representar un peligro para el Gobierno.

En el plano puramente positivo, se observa una notable evolución del texto sustantivo penal, hacia un tratamiento de la materia que se podría considerar con menor influencia de la legislación previa al Código de 1822 y una carga moralizante también inferior. Destaca, como cuestión relevante, la despenalización de la sodomía. Además, se supera la división dual del Código de 1822 en cuanto a los delitos sexuales, que se encontraban regulados tanto en la sección de Delitos contra la Sociedad -fundamentalmente el exhibicionismo- como en la de Delitos contra la Persona -como el

rapto, que en algunas modalidades incluía acciones contra la esfera sexual-.

Es el Código de 1848 el que, al establecer dentro de su Título X los delitos contra la honestidad (Redondo-Gutiérrez y Corrás-Vázquez, 2018, pp. 262-264), inaugura la primera referencia codificada a tal bien jurídico. A la par, se estructura la materia entorno a una conceptualización de los delitos sexuales que se va a mantener, en lo sustancial, durante prácticamente un siglo y medio después (adulterio, violación, estupro y corrupción de menores, y rapto).

De la regulación de los delitos que se abordan en este artículo, en el texto de 1848 y en su sistemática, se van a sintetizar los siguientes aspectos de interés:

> i) Se establece, por primera vez en un texto penal español, un concepto de violación, en el art. 354. La regulación de tal figura típica se estructura sobre una base objetiva de carácter descriptivo, en la que define violación como *yacer con una mujer*, con tres posibles modalidades comisivas: i) obteniendo dicha acción mediante violencia o intimidación; ii) en caso de privación de razón o sentido de la mujer; iii) que la mujer fuera menor de 12 años, aunque no concurran las anteriores circunstancias. Esta estructura permanecerá incólume en los Códigos Penales hasta la LO 3/1989, que introducirá la libertad sexual como bien jurídico.

Cabe destacar, de la anterior regulación, la intrascendencia del consentimiento de la mujer menor de 12 años para la acción sexual, al castigar está en todo caso, sin necesidad de concurrencia de medios violentos, intimidatorios o de engaño o abuso de su situación de privación de razón o consciencia. Lo anterior conduce, *contrario sensu*, a advertir la fijación de la edad de consentimiento sexual en 12 años, pero no un consentimiento libre frente a cualquier potencial *partenaire*, sino en el ámbito matrimonial, al ser la edad canónica a partir de la que podía constituirse el vínculo sacramental del matrimonio canónico (Rivés-Gilabert y Rivés-Seva, 2001)[7].

> ii) Se establece la figura del abuso deshonesto (art. 355), en el que el sujeto pasivo puede ser un niño o niña, hombre o mujer (a diferencia de la violación), y debe considerarse referido a los actos atentatorios contra la esfera

7. Adviértase que antes de la regulación por el Código Civil español de 1889 de los requisitos y formas de matrimonio, debemos destacar el hito de la Ley de Matrimonio Civil de 1870. Antes de dicha norma, regía exclusivamente el matrimonio canónico desde que se dictara por el rey Felipe II la Real Cédula de 1564, que mandó observar cómo Ley del Reino el capítulo *Tametsi* la Sesión XXIV del Concilio de Trento a la que concedía el carácter de Ley del Estado, que estableció el sistema matrimonial religioso.

sexual de la persona ajenos a la penetración coital vaginal por el hombre.

Se debe entender como abuso deshonesto una figura semejante al vigente contenido de lo injusto del tipo básico de abuso sexual del art. 181 del Código Penal de 1995, es decir, un acto de carácter sexual en que no media consentimiento del sujeto pasivo, pero en el que no concurren las circunstancias expresadas en el párrafo precedente (ni fuerza o intimidación, ni vicio del consentimiento ni menor edad de 12 años (Vizmanos y Álvarez, 1848, p. 374)[8].

En el año 1850, se presenta una modificación en la materia de los delitos que ocupan este estudio (art. 365 del CP de 1850), con la incriminación de los actos ofensivos contra el pudor y las buenas costumbres de manera que se causare grave escándalo o trascendencia, tipificada en el artículo 365 del Código Penal de 1850, en sede del delito de violación, estableciéndose un tipo residual, que abarca una formula pluriofensiva, en la que se tutela no solo la honestidad, sino las buenas costumbres, el pudor y el orden público, en la medida de la introducción del término valorativo de escándalo para referirse a la clase de hechos determinantes de esta respuesta penal.

iii) Se protege, en sede del Cap. III, que versa sobre el "Estupro y la Corrupción de Menores", a las doncellas menores de 23 y mayores de 12 años, del estupro[9] cometido por figuras de autoridad (v.gr. personal, como pudieran ser los tutores; social, como el sacerdote), sin que exista una definición auténtica del término (Claret et al.,1862)[10]. Se trata de una nueva muestra de la protección reforzada a los menores de edad, que se manifiesta tanto en el Código de 1848 como en su modificación en 1850, puesto que cabe advertir cómo la tutela cualificada no es coincidente con la minoría de edad vigente en el momento, sino que se concentra peculiarmente en una franja a la que

8. Nótese, como elemento de interés en este momento y en posteriores de las reflexiones de esta tesis doctoral, como la edad de consentimiento en el s. XIX en el marco europeo se situaba en 14 años (Código austriaco de 1803), 16 años (Código napolitano de 1819) e incluso 17 años (Código brasileño de 1830), lo que valoraban autores coetáneos españoles como edades excesivamente tardías para dotar de validez a un consentimiento en el ámbito sexual.

9. Que equivale al acto de yacer, es decir, a la penetración coital vaginal por parte del varón.

10. Existen diversas concepciones sobre la cuestión. Para la teología moral, por ejemplo, el estupro se define en latín como "*concubitus viri cum foemina virgine, quo ejus integritas violatur seu defloratur*". "Stuprum potest ese cum violentia seu absque illa. Rursus, potest ese violentia physica vel moralis".

11. El momento histórico, los 23 años no suponían el límite de la mayor edad fijada en 25 años en las Partidas y cuyo influjo pervive en el Derecho Civil decimonónico hasta el Código Civil. En concreto, en el Proyecto de Código Civil de 1821, se fija la mayor edad en 25 años también, pudiéndose desde los veinte años solicitar la emancipación. Finalmente, la redacción inicial del Código Civil español, de 1889, en su artículo 320, fijo la mayoría de edad en 23 años, restringiéndose la capacidad de

se advierte por el legislador digna de una especial protección (Fernández Albor, 1982)[11].

Así pues, en el precepto penal de referencia, la figura del estupro en el Código de 1848 aparece con una protección que hoy se concibe particularmente reforzada atendiendo a la actual mayoría de edad, puesto que se extiende hasta los 23 años. A pesar de ello, en tal el momento histórico, los 23 años no suponían el límite de la mayor edad , fijada en 25 años en las Partidas y cuyo influjo pervive en el Derecho Civil decimonónico hasta el Código Civil. En concreto, en el Proyecto de Código Civil de 1821, se fija la mayor edad en 25 años también, aunque se puede desde los veinte años solicitar la emancipación. Finalmente, la redacción inicial del Código Civil español, de 1889, en su artículo 320, fijó la mayoría de edad en 23 años, se restringió la capacidad de obrar de las mujeres que vivían en el hogar paterno hasta los 25 años, hasta 1972.

iv) Se fija un tipo de corrupción de menores por primera vez, cuya dicción permanece estable en los siguientes Códigos, tanto del s. XIX como del XX.

v) Resulta particularmente interesante para la materia del consentimiento sexual la referencia existente en el delito de rapto (arts. 368 y ss.) a la anuencia o la voluntad de la víctima, con eficacia diversa. Si la víctima es menor de 12 años, es irrelevante su voluntad; si es mayor de 12 y menor de 23, el efecto será atenuante de la responsabilidad penal, cuando conste que se ha efectuado el rapto con la "anuencia" de la víctima [12].

vi) Aun cuando no afecta directamente al consentimiento concurrente en el acto sexual, actúa como excusa absolutoria el matrimonio posterior al delito cometido en esta materia. Es una nota característica de los códigos en los que la carga moralizante en la materia sexual es muy elevada (sea por tratarse de estados confesionales en los que su legislación penal expresa tal tendencia, bien también por ser lugares con reminiscencias en su legislación penal de normas antiguas), precisamente al concebirse el matrimonio como una suerte de purificación pública del acto, lo que lleva a considerar que no se protege en estos casos una libertad sexual, sino la moral sexual dominante y el orden público de las relaciones familiares, ligado al vínculo

obrar de las mujeres que vivían en el hogar paterno hasta los 25 años, hasta 1972. Actualmente, en España, se estipula en la edad de18 años, como preceptúa el art. 12 de la Constitución Española de 1978, y los arts. 315 y 322 del Código Civil vigente. Por el interés comparativo en esta materia con la evolución de los Códigos, hasta 1973.

12. Con lo que en algún modo la voluntad guardaba un papel, residual, pero no absolutamente irrelevante.

canónico matrimonial, en un modelo de estado confesional como era el español del momento.

3. *Referencia al Código Penal español de 1870*

No reviste especial interés una mención singular a su regulación, por ser, esencialmente, análoga a la de 1848 (Viada y Vilaseca, 1890, pp. 131 y ss.)[13], a los efectos que atañe en este estudio.

III. Los Códigos Penales de la España del siglo XX (1923-1995)

1. *Primera etapa: Dictadura de Primo de Rivera (1923-1931)*

Entrados en el siglo XX, en el marco de los años 20, se destaca el periodo de la Dictadura del general Primo de Rivera (1923-1930).

En este marco cronológico, Cobo del Rosal (2012, p. 575) destaca la existencia de una controversia científica en el ámbito penal, que surgió entre dos proyectos y dos perspectivas diferentes sobre el Código Penal, ambas motivadas por la necesidad de modernizar el Código de 1870, que aún conservaba elementos anacrónicos. Esta disyuntiva se planteó entre el Proyecto de Código Penal de Cuello Calón y Camargo, por un lado, y Jiménez De Asúa y su discípulo, Antón Oneca, por otro. Según Cobo del Rosal, estas dos posiciones se enfrentan como opuestas, aunque el autor de este artículo no las considera tan disimiles. La primera perspectiva se basa en una concepción retribucionista y autoritaria del Derecho penal, mientras que la segunda se inspira en la dogmática de Von Liszt y la tercera escuela italiana o en el positivismo crítico de Alimena o Carnevalle.

En su obra, Cerezo Mir (1976, pp. 139-140) consideró que el texto un punto de inflexión respecto de los precedentes, por la notable influencia del principio de "defensa social", con la creación de las medidas de seguridad[14], lo que mejoró técnicamente

13. No obstante, no podemos dejar de referir la aportación que supusieron en esta materia de los delitos contra la honestidad, las consideraciones exegéticas ofrecidas por el Comentario al Código Penal de VIADA Y VILASECA que, respecto de estos delitos, profundizaron en los conceptos de violación y estupro, especialmente, a través de la casuística.

14. Que tanta relevancia tienen en la actualidad en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales actuales, en función de que la libertad vigilada aparece como una medida de seguridad no ligada a la peligrosidad criminal del individuo, sino destinada a someter al sujeto al control de la autoridad durante un tiempo determinado, de forma posterior siempre el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

15. Todo lo contrario, por ser un texto de fuerte inspiración autoritaria, con muestras como la punición general de los actos preparatorios o la sanción de la tentativa imposible.

el texto penal. No obstante, no lo humanizó, en el sentido de un tratamiento más benigno del delincuente (Cerezo Mir, 2004)[15], sino más adecuado técnicamente a la evolución conceptual del Derecho Penal.

Los elementos más reseñables, a los efectos de este artículo, que ofrece un análisis del citado texto legal son los siguientes:

> i) En el plano sistemático, se refleja en el tratamiento de las figuras delictivas en el texto, en cuanto a su ubicación se refiere, en atención a la edad del sujeto pasivo. Por un lado, se establecen en el Título XV, rubricado "Delitos cometidos contra menores", donde se disciplinan diversas figuras delictivas, en Cap. IV (cfr. arts. 772 y ss. de dicho Código), titulado de los "Delitos contra la honestidad y la moralidad de los menores", cuando la víctima era menor de 18 años de edad (que no coincidía con la menor edad, fijada civilmente en 23 años); y, por otro lado, un Título X de los "Delitos contra la honestidad", cuando el sujeto pasivo era mayor de 18 años. Ello resulta interesante, por cuanto se opta por una ordenación y regulación del bien jurídico de la honestidad, de manera no unitaria sino dual. El Código Penal del 1928 expresa así una protección reforzada a los menores de 18 años, más allá de la minoría de edad.
>
> A su vez, resulta interesante advertir las escalas cronológicas que rigen la regulación del texto en materia de los delitos vinculados a los atentados contra la esfera sexual de la persona. Se establece una regulación que fija las siguientes etapas: i) menores de 12 años; ii) mayores de 12 y menores de 18 años; iii) mayores de 18 y menores de 23 años. Respecto de algunas de estas etapas ya hemos justificado su razón de ser, como el límite de 12 años, ligado a la edad puberal y de validez para el consentimiento matrimonial; o los 23 años, por ser el hito cronológico de inicio de la mayor edad.
>
> Otros puntos de inflexión, sin embargo, carecen de una explicación tan aparente, como es el caso de la determinación de los 18 años como una edad relevante para una protección reforzada. No coincide ni con la mayoría de edad vigente en el momento, ni con una etapa biológica determinada (San Martín Losada, 1928, p. 199; Ravetllat Ballesté, 2015, pp. 137-139)[16]. Pudiera ser, en un intento de interpretación por parte de estos investigadores, que se hiciera notar ese hito de edad como un momento psicológico de culminación del cambio de la primera adolescencia a la juventud.

16. Se limita a constatar esta decisión, aduciendo la necesidad de reforzar la honestidad y moralidad de los sujetos pasivos. Por otra parte, no fue pacífica en absoluto la designación de 23 años como límite de la mayoría de edad para el Código Civil, con el influjo que ello produjo en las leyes penales posteriores al mismo, puesto que dicha edad no contaba con un consenso jurídico cuando se adoptó, como explica Ravetllat (2015, pp. 137-139).

ii) En atención al bien jurídico, la mujer es protegida en función de que se pueda predicar de ella su carácter de honesta o no. Tal extremo es coherente con la protección de la moral sexual, donde el atributo de la honestidad es el elemento sobre el que se sustancia una protección más o menos intensa por el Código. La sexualidad moralmente aceptable es, exclusivamente, la matrimonial –canónica– en el ámbito procreativo.
iii) Se mantiene la relevancia de la anuencia –consentimiento– de la mujer en el rapto (art. 611), con lo que la voluntad sigue desempeñando un rol atenuante en esta figura. También el hecho de que la acción del rapto lo sea con miras a contraer ulterior matrimonio tiene un tratamiento particularmente favorable (art. 612).

1. *Segunda etapa: II República, Guerra civil y comienzos de la Dictadura de Franco (1931-1944)*

En el marco de un contexto de convulsión y polarización política, la etapa de la II República (1931-39), exigía un texto sustantivo criminal que se apartara del rigor punitivo del texto de 1928 (que, empero, había introducido la medida de seguridad, como respuesta alternativa a la pena), y para ello, se decidió retornar a un texto pretérito, como fue el Código Penal de 1870, como recuerda Barbero Santos (1977, p. 60), al que se retornó provisionalmente, ínterin se redactaba, con la misma premura con la que se había producido el abrupto cambio de sistema político y el exilio del Rey Alfonso XIII.

De tal forma, destaca Cobo del Rosal (2010, pp. 181 y ss.) que la febril inestabilidad legislativa en el lapso de 1928-1932, aparece como adaptación evolutiva a un contexto político-social de extraordinaria inestabilidad, en una forma de legislación pendular en el ámbito criminal, se podría afirmar, que favoreció un clima de patente inseguridad e inestabilidad.

Así pues, se forma una Subcomisión penal, en la Comisión Jurídica Asesora (que sustituyó a la extinta Comisión General de Codificación), integrada por penalistas de la talla de Jiménez de Asúa, Rodríguez Muñoz o Ruíz Funes; junto con otros profesionales, como Sanchís Banús (desde el campo de la psiquiatría), o Huici San Martín, como destacada servidora pública del Tribunal Tutelar de Menores de Madrid. Existía una vocación de introducción de factores humanizadores, de trato y enfoque subjetivo, tras un texto de notorio rigor punitivo. Se debe señalar cómo, paradójicamente, el Código de 1932 no mantiene las medidas de seguridad para los sujetos que eviden-

17. Sobre la figura de Jiménez de Asúa, donde se permite advertir interesantes y trascendentes aspectos sobre el marco histórico y legislativo del Código de 1932, debemos referir el trabajo monográfico de Roldán Cañizares.

cien una peligrosidad criminal, sino que tal cuestión se segrega en la paradigmática Ley de 1933, de Vagos y Maleantes. Fue Jiménez de Asúa, a quien se le considera, el más destacado autor de la obra legislativa de 1932 (Roldán Cañizares, 2019, p. 185)[17], con una idea de republicanizar un texto que el citado autor señala como elemento obsoleto, pero con valor para ser utilizado.

De tal manera, se produjo, no una derogación del texto de 1928, sino, en puridad, una anulación, por ser un texto proveniente de una dictadura, así se produce una suerte de efecto restaurativo, al recobrar vigor la norma que fue derogada por el texto de 1928, esto es, el Código de 1870.

Análisis de los principales caracteres, a los efectos de los delitos en relación con la materia objeto de estudio de este artículo, del Código Penal de 1932.

> i) Se mantiene la regulación de los delitos sexuales como delitos contra la honestidad. De esta forma, como apunta Acale Sánchez (2006, p. 30), se perpetúa en el Código una concepción de tutela de intereses colectivos, de moral sexual, y no así de elementos de carácter personal. A la par, elementos como el matrimonio, que "sanaba" cualquier relación sexual, llevaba a calificar como honestas las relaciones sexuales indeseadas y forzadas en ese ámbito, como advierte la autora, en posición compartida con otras voces, como Cruz Blanca (2002, p. 33).
> ii) Se restaura el modelo de 1870 (es decir, el de 1850, al no contener el Código Penal de 1870 especiales innovaciones respecto de aquel en esta clase de delitos), en lo que a la tutela penal de los atentados contra la "honestidad" de los menores atañe.
> iii) Se mantiene la eficacia extintiva de la responsabilidad penal del perdón de la ofendida, así como del ulterior matrimonio, subsiguiente al acto sexual ilícito.

3. *Sucinta referencia a la Ley de Vagos y Maleantes de 1933. Interpretación de su trascendencia como antecedente, a la luz del actual modelo de intervención penal*

Al margen del Código Penal se debe mencionar, por su trascendencia histórica para el Derecho Penal español, la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, que trae consigo un modelo de intervención a través de medidas de seguridad, de naturaleza pre y postdelictual, frente a los sujetos que presentaran diversos estados de peligrosidad social.

Destacan autores como Romeo Casabona (1986, p. 104) que el vacío normativo del Código Penal de 1932, en cuanto a las medidas de seguridad, pretendió ser colmado a través de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933. A los efectos que atañe a este estudio, resulta relevante el artículo 2º, número segundo de la citada Ley, que establecía que los individuos que cometen delitos relacionados con la explotación sexual de meno-

res, enfermos mentales o lisiados pueden ser considerados un riesgo para la sociedad y, por lo tanto, pueden ser sometidos a medidas de seguridad específicas. Según el artículo 6º, número segundo, estas medidas pueden incluir la internación en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola, la prohibición de residir en un lugar específico o la obligación de declarar su domicilio. Además, pueden ser sometidos a vigilancia de delegados para garantizar su comportamiento y evitar futuras infracciones.

La norma impone unas medidas, como se ha señalado, a consecuencia de la declaración de una peligrosidad social del individuo, no patentizada necesariamente en la comisión de delitos (una de las opciones para la imposición de estas medidas, es la declaración del estado peligroso a consecuencia del delito cometido y de las circunstancias del sujeto); sino, y esto es lo particularmente relevante, la posibilidad de considerar también peligroso -y por ende, susceptible de recibir esta respuesta jurídica en los casos que, como señala el art. 9, párrafo tercero, de la citada Ley, se aprecie indicios de riesgo en los comportamientos que regulan la actividad antisocial, aunque no hayan sido penalizados como delitos en el momento de su comisión.

El estado peligroso no implica una transgresión penal, sino que se fundamenta en aspectos sociales o de naturaleza antisocial, según lo establecido por la normativa, incluso si no están tipificados como delitos por el Derecho penal. Según Ruíz Funes (1933, p. 577), el estado peligroso se sustenta en la sólida presunción de que cierta persona violará la ley en el futuro. En este contexto, Terradillos Basoco (2020) advierte cómo la norma atiende a la vagancia y a ciertas actividades delictuosas que más que infracciones concretas, constituyen un hábito permanente de delito, desde una perspectiva extraordinariamente laxa en la tipificación de estos estados predelictuales peligrosos, de raíces biológicas esencialmente. Es decir, se trata de sujetos con defectos estructurales de carácter, personalidad o hábitos tan arraigados que se constituyen en potenciales delincuentes, a los que el Derecho penal no debe aguardar a castigar a la comisión del delito, sino que es preciso anticipar a un estado previo (sustentado en criterios de peligrosidad social) la intervención.

La propia Ley establece que los incidentes en los que no se configure un delito debido a la ineficacia del método, la falta de un objeto, la no aceptación de un mandato o el abandono de la acción emprendida, también pueden ser evaluados y tenidos en cuenta para determinar el estado peligroso y la aplicación correspondiente de medidas de seguridad, incluso si se ha emitido un auto de sobreseimiento o una sentencia absolutoria en relación con ellos.

Por tanto, la peligrosidad preconizada en la Ley de Vagos y Maleantes tenía una naturaleza poliédrica. Por una parte, servía a los fines de represión social de ciertos individuos, identificados bajo el paraguas conceptual del peligroso, es decir, enemi-

18. Como "enemigos parasitarios" los denomina el referido autor.

gos sociales (Martin, 2009)[18], sujetos indeseables por razones diversas. En ocasiones, su tratamiento coercitivo aparece antes de la comisión del delito, criminalizándose conductas como la mendicidad. En otros casos, se procede a cualificar, con mayor rigor punitivo, algunas conductas tributarias de sanción penal -como sucede con los proxenetas, a los que el Juez declarase a su vez peligrosos en Sentencia-. Por último, se censura también a personas con una situación de enfermedad mental -alcohólicos o drogodependientes-, a los que se considera una suerte de inadaptados sociales, viciosos y, por ende, dignos de represión; así como a aquellos que ostentaren una posición económica notoriamente superior a sus posibilidades[19].

En efecto, no es objeto de esta investigación una valoración exhaustiva de las medidas de seguridad predelictuales ni postdelictuales que trajo consigo el texto legal de 1933. Sin embargo, conviene destacar el precedente de esta norma por ser epítome de una intervención penal en el signo de un sistema con rasgos autoritarios, donde el control social (Calvo Espiga, 2023) de ciertos grupos poblacionales ajenos a los parámetros valorativos mayoritarios, como los homosexuales; o incluso enfermos mentales, como algunos de los sujetos a la categoría predelictual de vagos.

De hecho, no conviene soslayar la interacción entre la Psiquiatría, la Criminología y el Derecho Penal en el favorecimiento, a propósito de la conceptuación de las categorías de peligrosidad social, de ciertas anomalías psíquicas como elementos determinantes de tal tratamiento jurídico-penal, lejos de la protección necesaria a quienes sufren tales alteraciones. Probablemente, la categoría más destacada de la norma, como es la de vago, se nutrió, en gran medida, de genuinos enfermos mentales (Foucault, 1990) que alteraban con su conducta los estándares del proyecto social de la II República, momento en que se gestó esta norma.

En la materia sexual, en efecto, la norma atacó con crudeza a los sujetos que consideraba desviados en la inclinación sexual que se estimaba como única aceptable, la heterosexual. A los homosexuales se les consideró sujetos que expresaban una personalidad psicopática. Tales anomalías, para los cánones del momento, derivaban de una disfunción en la corteza cerebral (De Echalecu y Canino, 1943, pp. 159 y ss.). No se atendía a una intervención respecto de los pedófilos ni pederastas específica, en materia predelictual. No puede entenderse como una permisión, sino como la falta de

19. Ello, por cuanto se analizaba como un indicador de la potencial comisión de un delito. Aunque actualmente tal perspectiva aparentemente nos resulta inaceptable, y con todas las salvedades, es un criterio que no está excesivamente alejado, a nuestro juicio, de ser un factor determinante para la aplicación de instituciones como el decomiso, especialmente, en los casos del art. 127 ter CP, en tanto que, en este caso, no existirá una condena en el plano penal, pero sí se derivará un efecto –de naturaleza no penal, pero vinculado a esta materia– sustentado en la situación patrimonial ilícita, a la que se puede llegar mediante una ausencia de justificación debida del origen de los bienes o efectos, sin necesidad de condena en el ámbito penal.

interés específico del legislador del momento en la intervención preventiva en materia de pederastia, que se encauzaba y ligaba de una manera que perduró durante largo tiempo con la homosexualidad (Bentham, 2002; Campos, 2016).

La referencia que se pretende actualmente establecer en el presente análisis con la norma de 1933 (y con su heredera de 1970, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, v. Jorge Barreiro, 1976) es el cambio de enfoque en el modelo de intervención, pero la pervivencia de un fuerte influjo moralizante en la prevención de los delitos contra la esfera sexual, especialmente de los menores.

Mientras que el Derecho Penal, durante los dos primeros tercios del siglo XX en España, se ha centrado en focalizar la prevención del delito sexual a partir de un sistema dual (delitos y sus respectivas penas, junto a las medidas de seguridad predelictuales basadas en la peligrosidad social), actualmente se encuentran con un modelo de intervención en el que no existen medidas predelictuales, pero son contrarias al principio de legalidad y por ello, inconstitucionales, aunque en la actualidad se ha configurado una intervención expansiva de las figuras delictivas del Título VIII del Libro II CP, especialmente, en forma de delitos de peligro hipotéticos que castigan meros actos preparatorios como figuras autónomas (*child grooming o sexting*), y aún más claramente, en conceptos legalmente exorbitados, se incriminan conductas con nula trascendencia en lo que a la lesión de un interés individual se trata (como es la indemnidad sexual del menor). Se hace referencia, por ejemplo, a la sanción de la pornografía de menores realista, en los términos del art. 189.1 CP.

Si las medidas predelictuales se basaban, en algún caso, en la anomalía de personalidad de un individuo abocado por su tara a la comisión de un futuro delito que se pretendía evitar, anticipando la intervención del Derecho Penal; actualmente, en pleno siglo XXI, no se entiende muy diferente el caso en que se pena a un sujeto por la elaboración de imágenes virtuales que parezcan ser menores, con un nivel de grafismo semejante al real (realismo), pero en el que no se ha lesionado o puesto en peligro ni concreta, ni siquiera abstractamente, a ningún menor real.

En el Derecho español, en esta materia, la lesión al bien jurídico, como refleja Boldova Pasamar (2023, p. 268), no pasa de ser en tales casos aparente pero no real, lo que debería llevar a considerar si no se está ante una verdadera medida "predelictual"

a la inversa, es decir, constituyendo figuras delictivas actuales mediante el adelantamiento de las barreras punitivas para favorecer que "caigan" en las redes del Derecho penal conductas que no han verificado una efectiva lesión a bienes jurídicos reales.

4. *Tercera etapa: El Código Penal de 1944 y el desarrollo de la legislación de la Dictadura en la materia de la honestidad sexual (1944-1973)*

Con el régimen del general Franco, el Código de 1944 viene a instaurar Derecho Penal vinculado a ideas fuertemente expiacionistas (Baumann, 1972; Maurach y Zipf, 1994, p. 86)[20] en la concepción de la pena, ligando el concepto del trabajo (forzado, por supuesto), como recuerda Martínez Zato, 1980)[21], como medio de redención (de ahí la profusión tal clase de pena, con una fuerte inspiración, a esos efectos, en concepciones falangistas[22], a su vez, imbuidas de elementos del carácter normativo y coercitivo que le concedían las dictaduras nacionalsocialista alemana y el fascismo italiano, (v. Andreassi Cieri, 2004). Paradójicamente, no solo fueron creados por el bando franquista, sino también en el bando republicano, como una parte integral de su sistema de justicia (Ruiz, 2009).

En la materia de lo que se considera hoy delitos sexuales, en el momento llamados contra la "honestidad" (siguiendo la tradición de los anteriores Códigos penales), en esta materia se trata de preservar toda desviación del sentido católico del matrimonio, castigándose como delito cualquier desajuste de ese patrón, aunque finalmente el Código de 1944 es un texto más moderado que el tradicionalista de la Falange, en este sentido. A la par, como hacen notar Orts Berenguer y Suárez-Mira (2001, p. 14) a través de la voz honestidad, designada como rúbrica, ni se apuntaba con precisión al bien jurídico ni singularizaba debidamente el conjunto de conductas que bajo tal

20. Sobre el expiacionismo en el Derecho penal y su calado en el sentido de la pena, debemos referir a Baumann. Como señalan Maurach y Zipf, las teorías absolutas de la pena, es decir, aquellas que fundamentan exclusivamente su naturaleza en la retribución, hunden su existencia en la premisa punitur, quia peccatum est, conforme el axioma atribuido a Protágoras, erigiéndose la necesidad de la imposición de la pena en tanto ha de efectuarse una compensación del hecho delictivo, sin que pueda modularse la misma debido a la culpabilidad ni de elementos ajenos al propio "ser" de la pena.

21. Aunque, paradójicamente, a pesar de tal carácter, formalmente se revista de una suerte de derecho, también antitético al concepto actual del art. 26 LOGP. Así, se establece una regulación del trabajo en el ámbito penitenciario, por un Decreto 281, de 28 de Mayo de 1937, por el que se concede el "derecho" al trabajo a los prisioneros de guerra y a presos por delitos no comunes, donde se establecía formalmente un salario exiguo para atemperar estéticamente su carácter forzoso, como forma de aliviar la presión penitenciaria para el Estado, tras las larguísimas penas que, con arreglo a las leyes penales sustantivas militares, se habían impuesto a los prisioneros del bando republicano. De hecho, aunque inicialmente no se previó, se aplicó también durante el régimen de Franco a presos comunes, como un medio de redención de penas. A tal efecto, resultan interesantes las reflexiones del fiscal Martínez Zato.

22. Punto 15 del Programa de la Falange Española Tradicionalista y de las Jons.

determinación se englobaban, pudiéndose colegir que aquellas personas que carecían de honestidad desde el plano moral dominante (ej. una prostituta) no podían ser amparadas por delitos que atentaren, precisamente, frente a aquella cualidad de la que carecían (Pérez Ruíz, 1985, pp. 432-433)[23]. Tampoco, sorprendentemente, advierte Caruso Fontán (2006, p.61), la mujer previamente violada por el mismo autor, en una segunda ocasión, pues su "honestidad" (equivalente a virginidad) se había ya perdido y no se podía proteger[24]. Era precisa pues, para que la mujer fuera "honesta", que viviera una vida apropiada a la pudorosa convivencia[25] con la posibilidad de prueba en sentido contrario[26]. No se considera ajustada, sin embargo, la disquisición que, efectuada por los antedichos autores, respecto de los niños de corta edad, coligiéndose respecto de ellos no es predicable intrínsecamente ese concepto de honestidad, señalándose como "impropio" sin mayor justificación. En sentido contrario, se entiende que la honestidad protegida en ese caso, respecto de la infancia y del menor al que sexualmente se implicaba en la acción resultaba presumible *iuris et de iure*, por cuanto la misma no debía acreditarse en el marco del proceso.

Por otra parte, se debe hacer constar cómo, en buena medida, se preserva el régimen jurídico de los delitos contra la honestidad del Código Penal de 1932 en el texto legal analizado. De hecho, en atención a la claridad expositiva, se abundará en las adiciones o modificaciones, respecto del régimen legal precedente:

- Se constata el mantenimiento de las figuras de violación y abusos deshonestos (arts. 429-430) y de los delitos de escándalo público (431-433).
- Se protege, con clara influencia en criterios de moral sexual dominante, a la mujer mayor de 16 y menor de 23 años en el ámbito del estupro mediante engaño (art. 436 CP).
- En la corrupción de menores, se establecen diferencias entre la "acreditada honestidad" para la tutela penal de las mujeres mayores de 12 y menores

23. A tal efecto, véase el profundo estudio doctoral de Pérez Ruiz cuando sintetizando los criterios asentados de la Sala Segunda, viene a advertir, citamos textualmente: "1. *La prostitución y la corrupción humana sexual es una lacra social (…) 5. La mujer que realiza actividades sexuales por precio es una depravada*" En ese sentido, las sentencias hablan de la "redención" necesaria de la prostituta, para adecuar su conducta a los criterios morales, lo que acredita la severa confusión de los conceptos de expiación y pecado, como criterios moduladores de la honestidad penalmente tutelable, en la medida que quienes desarrollaban tales actividades estaban al margen de las sanas costumbres e incurrían en una conducta censurable, indigna de protección por el Derecho penal, en caso de violación o forzamiento de su voluntad para la conducta sexual.

24. V. STS Sala de lo Penal, 2 de noviembre de 1964 y 9 de junio de 1979.

25. V. Caruso Fontán (2006, p. 61).

26. V. STS Sala de lo Penal, 22 de diciembre de 1947 y 27 de septiembre de 1956.

de 23 años, cuando se abusare de su situación de "angustiosa necesidad". También, se sanciona el abuso de mujer "honesta" (ya no de acreditada honestidad) entre 12 y 16 años, víctima del engaño. Así, la legislación rezuma paternalismo, al considerarse a la mujer como víctima propiciatoria; pero también moralismo, al protegerse a las mujeres socialmente honestas o de acreditada honestidad.

- Se crea un antecedente del acoso sexual (art. 437 CP), castigándose al patrono que se prevalga de tal condición, pero solo frente a la mujer menor de 23 años. Sirvan pues las mismas consideraciones anteriormente meritadas sobre el paternalismo y moralismo de la legislación analizada.

- La sanción penal del adulterio es otra muestra de legislación presidida por una fuerte carga de moral sexual dominante, de corte católica. En este caso, la sanción además se encuentra intensificada en el caso de la mujer adúltera y del varón que conoce que la mujer con la que yace está casada. La protección del vínculo matrimonial, ámbito en el que las relaciones sexuales se deben producir (v. "débito conyugal"), lleva al ámbito del derecho penal cuestiones que son exclusivamente relevantes en el plano de lo ético-moral. De hecho, el adulterio es una manifestación más de libertad sexual positiva interactiva, que en aquel momento se desconoce aún en el ordenamiento.

5. *Cuarta etapa: Fin de la Dictadura, Transición y comienzo de la democracia constitucional en España (1975-1989)*

Al Código Penal de 1973, como Texto Refundido, se llega tras una primera modificación del texto de 1944, en el año 1963 (Decreto 691/1963, de 28 de marzo). Dicha revisión no presenta, en la materia que ocupa este estudio, relevancia alguna, al mantener la esencia de los postulados del texto precedente de 1944, tanto en su literalidad, como en el sentido capital de su regulación.

Cugat Mauri (1993, pp. 75 y ss.), efectúa una revisión del régimen jurídico criminal y de la tutela jurídico-penal de la libertad y moral sexual en esta etapa que resulta reseñable, y del que se destacan los siguientes periodos:

1º) En la etapa de 1967- 1978, la meritada autora observa una tensión entre los conceptos de moral sexual versus libertad sexual, resueltos, por el legislador, de forma patente, en protección del primero de ellos.

Ciertamente, se camina hacia una cierta construcción (esto, permite colegir la explicación) de un concepto de libertad sexual, en la medida que, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la época, aparecen elementos incipientes de una disociación del género de la víctima respecto de la protección de tal esfera de la personalidad, como advierte Cugat Mauri. Es decir, comienza a configurarse un derecho "humano" a la libertad sexual,

no condicionado por el género de la víctima y del victimario; abandonando, por ende, paulatinamente, la clásica concepción -axiomática- de la mujer, como sujeto pasivo único. No deja de observarse que la protección a dicha esfera no estará en pie de igualdad en el ámbito de la víctima, según su sexo. Es un camino iniciado en ese momento, pero no completado en absoluto en tal etapa.

Resiste, no obstante, en la legislación del momento, una concepción supra-individual de la tutela de esta clase de delitos, por ende, de moral sexual colectiva, frente al individualísimo o personalísimo derecho a la libertad sexual, cuya protección, efectivamente, es una cuestión de interés público; pero, cuya lesión, sin embargo, no es una ofensa a un bien jurídico colectivo, o al menos, no más que lo es cualquier otro delito contra la persona de carácter público o semipúblico (donde intrínsecamente a la lesión del bien personal, aparece un interés público lesionado).

De esta forma, señala que la protección de la "honestidad", y de la valoración de la "honradez y buena fama" de la víctima son los factores ponderados en el enjuiciamiento de los delitos, tras un dedicado estudio jurisprudencial.

De esa misma manera, no se puede dejar de indicar, a propósito del enjuiciamiento de supuestos de violación o de agresión sexual, en los que, cuando se condena, se aprecia frecuentemente una actitud de resistencia activa de la víctima (por todas, cita la referida autora, la STS 28 de febrero de 1974, donde se habla de "dos voluntades en guerra, con el triunfo de la del violador", donde la víctima termina "capitulando"), considerándose tal cuestión como el comportamiento esperado y esperable de la víctima, consustancial al acto de atentado a su integridad sexualidad (en este caso, también a su honestidad personal).

Sin embargo, la misma jurisprudencia aboga, en algunos pronunciamientos, por una suerte de comprensión de la incontinencia, como un instinto primario que no puede ser domesticado por la razón de algunos sujetos. Ello lleva, como colige la autora, a una suerte de tendencia a la victimización del victimario, frente a una culpabilización (casi, criminalización) de ciertas víctimas, si se colige que la misma ha actuado provocativamente. Así, no son pocas también las sentencias en que se acude a una profusa adjetivación, para denostar a quienes, a juicio del Tribunal, han propiciado dicha pulsión descontrolada (donde, el agresor pasa a ser casi un títere en manos de sus humores y hormonas). De tal manera, gráficamente, la autora concluye con esa ambivalencia, de calificar a la mujer como inexperta, débil, ingenua o inmadura; a tacharla, en otros casos, como ligera, propicia, frívola o incluso, propiciatoria, como recoge la meritada autora, en su estu-

dio jurisprudencial.

En otro orden, no faltan referencias a la doctrina del Tribunal Supremo para discernir el atentado contra el orden público que supone el escándalo público (como falta), frente al delito de abusos deshonestos y su afección a la libertad sexual.

2) En el marco 1978-1988, enfatiza la autora que, la llegada de la Constitución no trajo consigo un giro copernicano de la concepción jurisprudencial de la materia que ocupa.

Sigue vigente el texto de 1973, que mantiene la línea de sus precedentes históricos (1944 y anteriores), tratando esta cuestión como delitos contra la honestidad, y de ahí, los abusos deshonestos y demás conductas, con una fuerte carga moral. Esa tensión entre la moderna libertad sexual frente a la arcaica moral sexual va a hacerse cada vez más patente desde la Constitución española, que encontrará en esta regulación positiva, una cuestión de asincronía (cuando no, de auténtico anacronismo, como sucedió con otras partes del texto sustantivo criminal preconstitucional). Diversas fueron las voces de la doctrina penal española que apuntaron la desarmonía que suponía la protección de la honestidad [así se destaca por Polaino Navarrete (1975, p. 42); Boix Reig (1979, pp. 69 y Ss.); González Rus (1982, pp. 224 y Ss.); Díez Ripollés (1985, p. 13); Orts Berenguer y Suárez-Mira Rodríguez (2001, p. 14)] en el marco de un estado laico y democrático, posterior a la Constitución.

Por ello, destaca la referida autora el concepto del hombre impulsivo, que actúa movido por los instintos, aun pervivirá en algunas valoraciones del Tribunal Supremo, desde una perspectiva compasiva en muchas ocasiones, aferrados a una interpretación casi determinista.

En efecto, el autor de este artículo concuerdan con la citada autora, la constatación del contraste de tal conceptuación, con la prédica de la libertad sexual como pretendido bien jurídico protegido, en la medida que difícilmente se puede hablar de libertad sexual cuando el agresor está determinado mentalmente para cometer el delito, y cuando la víctima aparece como un ser que tiene que proteger en su moralidad, porque no es capaz de deter-

minarse en materia sexual más allá de la mera renuencia, que no se concibe tanto como una manifestación negativa de la libertad sexual, sino como una consecuencia natural o lógica de la protección de su honestidad.

IV. Conclusiones

De lo anteriormente señalado, se extrae una serie de conclusiones acerca del texto de 1973 y el desarrollo de la cuestión tras la entrada en vigor de la Constitución:

El texto de 1973 perpetúa, en su esencia, la regulación de 1944 sobre la materia sexual, con una preponderancia del concepto de moral sexual, tratando la materia desde la honestidad. El bien jurídico protegido, por ende, no es la libertad sexual -aspecto que se tratará de perfilar, como un proceso dinámico, desde la Constitución en adelante-, sino la moral sexual u honestidad.

La aplicación de la norma, por los órganos judiciales, viene impregnada de una fuerte carga moralizante, que lleva a un enjuiciamiento, no de hechos, sino un derecho penal de autor y de la víctima. Así pues, las condiciones subjetivas de esta, su actuación durante el atentado contra su libertad sexual y sus antecedentes son determinantes para una postura tuitiva -paternalista y fuertemente moralizante- de los Tribunales; frente a una censura y desprotección, cuando se conciba que el sujeto pasivo -la mujer- haya podido precipitar, con sus actos o mensajes, un desaforamiento del sujeto activo, movido por sus pulsiones.

En clave de presente, el tratamiento jurídico-penal de la honestidad y de valores de moral sexual colectiva, a pesar de poder entenderse superado a partir del vigente Código Penal, sigue inmanentemente impregnando algunas de las figuras vigentes: desde el exhibicionismo del actual art. 185 CP (donde, la alusión al carácter obsceno de la exhibición conlleva un elemento valorativo ético-moral, que no jurídico) a la propia elaboración de pornografía de menores realista, esto es, la que no intervenga ningún menor real, sino meras figuraciones de menores creadas por medios gráficos diversos de la captación de imágenes reales (art. 189 CP). Ello, unido a la tendencia al adelantamiento de las barreras punitivas en ciertos delitos, que castigan de manera autónoma, actos preparatorios particularmente peligrosos para el legislador (el ejemplo, el delito de child grooming, del art. 183.1 CP), lleva a plantear como conclusión que el Derecho penal español vigente continúa mostrando signos de la impronta

de una moral sexual, si bien, que se separa de concepciones propias de la impronta judeo-cristiana, y que camina a la asunción de criterios sexuales identitarios (Díez Ripollés, 2019), como nuevos paradigmas de orientación político-criminales.

Referencias

Acale Sánchez, M. (2006). *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal* .Alianza Editorial.

Andreassi Cieri, A.(2004). *Arbeit macht frei*. Fundación de Investigaciones Marxistas.

Antón Oneca, J. (1951). *La utopía penal de Dorado Montero*.Vol. 2, Universidad de Salamanca.

Antón Oneca, J. (1965). Historia del Código Penal de 1822. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2, 263-278.

Antón Oneca, J. (1965). El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 18, 473-496.

Barbero Santos, M. (1977). *Política y derecho penal en España*. Tucar.

Baumann, J. (1972). Culpabilidad y expiación ¿son el mayor problema del Derecho Penal actual? *Nuevo Pensamiento Penal*, 32.

Bentham, J. (2002). "*Essay sur la pédérastie [1785]*". Question de Genre. https://books.google.es/books?id=rvUeoi_Iu5YCypg=PA158ydq=Against+Timarchos+pederastieyhl=esysa=Xyved=2ahUKEwi00v3QrOb1AhUMy4UKHT6yDUIQ6AF6BAgCEAI#v=onepageyq=Against%20Timarchos%20pederastieyf=false.

Boldova Pasamar, M. A. (2023). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales II*, en Romeo Casabona, C.M.; Sola Reche,, E. y Boldova Pasamar, M.A. (Coords.), *Derecho Penal Parte Especial* (3ra edición), (pp. 251-279). Comares.

Boix Reig, J. (1979). *El delito de estupro fraudulento*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.

Bravo Lira, B. (2004). *La fortuna del Código Penal español de 1848, historia en cuatro actos y tres continentes. De Mello Freire y Zeiller a Vasconcelos y Seijas Lozano. Anuario de historia del derecho español*, 74, 23-58.

Calvo Caballero, P. (2019). Mujer y Revolución Liberal: el patrón femenino según los primeros Códigos Penales ibéricos. *Revista Portuguesa de História*, 41-66.

Calvo Espíga, A. (2023). El lenguaje como medio de exclusión social y política: ¿Autenticidad jurídica o corrección política?.*Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 1-30.

Campos, R. (2016). La construcción psiquiátrica del sujeto peligroso y la Ley de Vagos y Maleantes en la España franquista (1939-1970). *Culturas Psi*, 7.

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

Castejón, F. R. (1953). Apuntes de Historia política y legislativa del Código Penal de

1848. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 103-115.

Cerezo Mir, J. (1976). *Curso de Derecho Penal Español. Parte General: Introducción*. Tecnos.

Cerezo Mir, J. (2004), *Curso de Derecho Penal español: Introducción*. Vol. 1, Tecnos Editorial.

Claret y Clará, A. M. y Sánchez y Rivera, F. (1862). *Prontuario de Teología Moral del P. Larraga.* Imprenta de D. Santiago Casilari.

Clavero Salvador, B. (1990). Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones, Alianza, Sexo barroco y otras transgresiones premodernas.En *F. Tomás y Valiente*, 57-89.

Cobo del Rosal, G. (2010). Los mecanismos de creación legislativa tras la derogación del Código Penal de 1928: tres códigos penales entre 1931-1932. *Revista de las Cortes Generales*, 181-221. https://doi.org/10.33426/rcg/2010/80/268.

Cobo del Rosal, G. (2012). *El proceso de elaboración del Código Penal de 1928*. Anuario de Historia del Derecho español. https://www.boe.es/bibliotecajuridica/anuariosderecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-2012-10056100602.

Cruz Blanca, M. J. (2002). Derecho Penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal, Edersa, Estudios penales sobre violencia doméstica. En *L. Morillas Cueva*, 19-52.

Cugat Mauri, M. (1993). *La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación*. Jueces para la Democracia. https://portalrecerca.uab.cat/en/publications/la-ambivalencia-de-la-protección-de-la-libertad-sexual-jurisprude.

De Echalecu y Canino, F. (1943). *Contestaciones al programa de psicología criminal. Con nociones de psiquiatría, sociología y política*. Dirección General de Policía, España.

Díez Ripollés, J. L. (1985). *La protección de la libertad sexual*. Bosch.

Díez Ripollés, J. L. (2019). Alegato contra un Derecho Penal sexual identitario. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-10, 1-29. http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-10.pdf.

Díez Ripollés, J.L. (2024). Los colectivos identitarios y la tutela penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 26-01, 1-46. http://criminet.ugr.es/recpc/26/recpc26-01.pdf.

Fernández Albor, A. (1982). Delincuencia sexual, reforma penal y despenalización: una retractatio. *Estudios Penales y Criminológicos*, 26, 56-84. https://minerva.usc.gal/entities/publication/31e59e51-d891-4846-9ae9-dd9c0d1a8fe4.

Foucault, M. (1990). La evolución de la noción del individuo peligroso en la psiquiatría legal, La Piqueta. *En La vida de los hombres infames*.

García García, R. (1999). El primer Código Penal español de 1822 y su regulación de

la religión católica. *Derecho y Opinión: Revista del Departamento de Disciplinas Histórico-Jurídicas y Económico Sociales*, 7, 343-364. https://helvia.uco.es/xmlui/handle/10396/7139.

González Rus, J. J. (1982). *La violación en el Código Penal español.*Universidad de Granada. Colección de Estudios Penales.

Helcel, A.Z. (1837) *Rys postępów prawodawstwa karnego ze szczególnym względem na nowsze w téj mierze usiłowania*, Drukarnia Kwartalnika Naukowegob, 1837.

Jorge Barreiro, A. (1976). L*as medidas de seguridad en el derecho español: Un estudio de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 1970, y de la doctrina de la Sala de Apelación de peligrosidad* .Civitas.

Martin, S. (20099. *Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea* (1870-1970) Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 38, 861-951.

Martínez Zato, J. J. (30 de enero 1980), *Adiós, Código Penal, adiós*. El Pais.https://elpais.com.

Maurach, R. y Zipf, H. (1994). *Derecho Penal Parte general: Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible.* Astrea (7ma edición), J. Bofill Genzsch/E. Aimone Gibson, Trads.

Orts Berenguer, E., y Suárez-Mira Rodríguez, C. (2001). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*.Tirant lo Blanch.

Pérez Ruiz, C. (1985). *La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940-1975).* (Tesis Doctoral Inédita).Universidad de Sevilla, Sevilla..

Polaino Navarrete, M. (1975). *Introducción a los delitos contra la honestidad*.Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

Núñez Rivero, C. (2011). *El tratamiento religioso en la Constitución de Cádiz*.Revista de Derecho Público UNED, 82, 351-390.

Ravetllat Ballesté, I. (2015). *¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español*.Anales de la Cátedra Francisco Suárez. https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/viewFile/3280/3308

Redondo Gutiérrez, L. y Corrás Vázquez, T. (2018). *Análisis comparativo de la evolución de la concepción penal de la violencia sexual en función del género*, Andavira, *En Libro de actas XI Congreso Internacional de Psicología Jurídica y Forense* .

Rivés Gilabert, J. M. y Rivés Seva, A. P. (2001). *Evolución histórica del sistema matrimonial español* (Noticias Jurídicas-Artículos Doctrinales. https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11680-evolucion-historica-del-sistema-matrimonial-espanol/.

Roldán Cañizares, E. (2019). *Luis Jiménez de Asúa*. Dykinson.

Romeo Casabona, C. M. (1986). *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*.Bosch.

Ruiz, J. (2009). Work and Don't Lose Hope': Republican Forced Labour Camps during the Spanish Civil War. *Contemporary European History*, 18(4), 419-441. https://doi.org/10.1017/s0960777309990087.

Ruiz Funes, M. (1933). Preámbulo al estudio «Ley de vagos y maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito» de Luis Jiménez de Asúa. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 82(163), 577-606.

San Martín Losada, L. (1928). *El Código Penal de 1928*. Imprenta Clásica Española.

Silva Silva, H. (1995). *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*. Vol. 2, Editorial Jurídica de Chile.

Terradillos Basoco, J. M. (2020). Homofobia y ley penal: la homosexualidad como paradigma de peligrosidad social en el Derecho penal español (1933-1995). *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*.

Viada i Vilaseca, S. (1890). *Código Penal de 1870: Vol. Tomo III*. 4ta edición, Ed. San Martín.

Vizmanos, T. M. y Álvarez Martínez, C. (1848). *Comentarios al Código Penal*. Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente.

Sobre el autor

Carlos Fuertes Iglesias es Doctor en Derecho. Máster en Especialización e Investigación en Derecho Penal y Derechos Humanos. Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza. Coordinador de la Cátedra Johnson&Johnson Derecho y Salud de la Universidad de Zaragoza. Miembro del Grupo de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza. Correo Electrónico: cfuertes@unizar.es.

https://orcid.org/0000-0002-0791-2390

CUHSO

Fundada en 1984, la revista CUHSO es una de las publicaciones periódicas más antiguas en ciencias sociales y humanidades del sur de Chile. Con una periodicidad semestral, recibe todo el año trabajos inéditos de las distintas disciplinas de las ciencias sociales y las humanidades especializadas en el estudio y comprensión de la diversidad sociocultural, especialmente de las sociedades latinoamericanas y sus tensiones producto de la herencia colonial, la modernidad y la globalización. En este sentido, la revista valora tanto el rigor como la pluralidad teórica, epistemológica y metodológica de los trabajos.

Editor
Matthias Gloël

Coordinador editorial
Víctor Navarrete Acuña

Corrector de estilo y diseñador
Ediciones Silsag

Traductor, corrector lengua inglesa
Mabel Zapata

sitio web
cuhso.uct.cl

e-mail
cuhso@uct.cl

licencia de este artículo
Trabajo sujeto a una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional Creative Commons (CC BY 4.0)

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO