

DELITOS SEXUALES: RAZONES Y SINRAZONES PARA ESTA REFORMA

Sex crimes: Reasons and unreasons for this reform

MARÍA ACALE SÁNCHEZ
Universidad de Cádiz
maria.acle@uca.es

Cómo citar/Citation

Acale Sánchez, M. (2021).

Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma.

IgualdadES, 5, 467-485.

doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.5.06>

(Recepción: 27/07/2021; aceptación tras revisión: 26/10/2021; publicación: 20/12/2021)

Resumen

La propuesta de reforma de los delitos sexuales contenida en el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual que hoy sigue su tramitación parlamentaria ha sido recibida de forma dispar. En su interior se produce una superposición de planos entre el derecho a la libertad sexual, así como su garantía y su ejercicio, de manera que todo lo que no tenga que ver con el ejercicio de la libertad sexual debería quedar fuera. En particular, en este trabajo se analizan las razones del cambio en la regulación de los delitos de agresión y abusos sexuales, así como las sinrazones que pueden estar eclipsando la verdadera entidad del modelo de intervención legislativa que encierra más allá de la protección, de la garantía de la libertad sexual.

Palabras clave

Libertad sexual; consentimiento; violencia sexual; violación; prostitución; trabajo sexual; determinación de la pena; perspectiva jurídica de género.

Abstract

The proposal to reform sexual offences contained in the draft Organic Law on the Comprehensive Guarantee of Sexual Freedom, which is currently being processed by Parliament, has been received in a disparate manner. Within it there is an overlap of planes between the right to sexual freedom as well as its guarantee and its exercise, so that everything that does not have to do with the exercise of sexual freedom, should be left out. In particular, this paper analyzes the reasons for the change in the regulation of crimes of sexual assault and abuse, as well as the nonsense that may be eclipsing the true entity of the model of legislative intervention that encloses beyond protection, the guarantee of sexual freedom.

Keywords

Sexual freedom; consent; sexual violence; rape; prostitution; sexual work; determination of the penalty; gender mainstreaming.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES ASUMIDAS POR ESPAÑA. III. LA PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL: 1. La *re-valencia* del consentimiento en la configuración del injusto típico. 2. La unificación de los delitos de agresiones y abusos sexuales. 3. La discrecionalidad judicial en el ámbito de la determinación de la pena. IV. LA NECESIDAD DE ESTA REFORMA DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA DE GÉNERO. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual aprobado por el Consejo de Ministros el 6 de julio de 2021 (con el sostén de los ministerios de Igualdad, Justicia, Interior, Política Territorial y Función Pública y de Derechos Sociales y Agenda 2030) y publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 26 de julio, ha dado un nuevo impulso político a la reforma del ordenamiento jurídico español en materia de protección —y garantía— de la libertad sexual, concediéndole una segunda oportunidad a una iniciativa parlamentaria que se daba por incinerada. El *iter* legislativo del texto comenzó con la presentación del original el 3 de marzo de 2020 ante el mismo Consejo de Ministros por parte del Ministerio de Igualdad a los efectos previstos en el art. 26.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. No obstante, unos meses más tarde —en octubre—, sin mucha solemnidad ni publicidad, y sin mucho cauce legislativo que permitiera interpretar —ni intervenir eficazmente— en los orígenes de la discusión, se incorporó al texto el delito de tercería locativa (en un nuevo art. 187 bis del Código Penal¹), que no guarda relación alguna con el ejercicio de la libertad sexual; más bien la criminaliza (Maqueda Abreu, 2020). La introducción en una ley que garantiza la libertad sexual de una conducta que es fruto del

¹ «El que con ánimo de lucro y de manera habitual destine un inmueble, local o establecimiento, o cualquier otro espacio, abierto o no al público, a favorecer la explotación de la prostitución de otra persona, aún con su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, y multa de seis a dieciocho meses sin perjuicio de la clausura prevista en el art. 194 de este Código».

ejercicio de esta supone un retroceso ético y estético considerable al Código Penal franquista, que amplificará los efectos revictimizadores de las mujeres que ejercen la prostitución porque quieren ejercerla². En este punto no ha tenido en cuenta el prelegislador español que el Parlamento Europeo acaba de exigirle a la Comisión a través de su Resolución de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (2019/2169(INI)) —punto 117— que tenga en cuenta «la importancia de incluir medidas y estrategias que combatan la discriminación a la que se enfrentan las trabajadoras del sexo en el acceso a la financiación, la vivienda, la asistencia sanitaria, la educación y otros servicios».

Con todo, y haciendo un esfuerzo por evitar esa aporía, en su conjunto el Proyecto de ley es una ambiciosa iniciativa que incide en la prevención, sensibilización, detección y formación en materia de libertad sexual, ofreciendo a la ciudadanía un modelo educativo que incide en concienciar a toda la sociedad sobre la capacidad de las mujeres para determinarse en materia sexual a fin de evitar confundir, por ejemplo, el sexo con el sexo violento o con la pornografía, así como la sensualidad con la violencia³. El hecho de que su exposición de motivos comienza situando el examen de la libertad sexual en el ámbito de los derechos humanos de «la ciudadanía» no impide en forma alguna pasar a continuación a reconocer que las violencias sexuales constituyen un fenómeno criminal que tiene como víctimas principales a «mujeres, niñas y niños» (art. 3), convertidos en meros objetos de placer por parte de los agresores, en vez de en sujetos del mismo.

² Por todos véase Villacampa Estiarte (2020: 113 y ss).

³ Pueden verse en este sentido las afirmaciones que realiza Ramírez Ortíz (2021: 37) en su crítica sobre la regulación de los delitos sexuales contenida en el Anteproyecto, en el sentido de afirmar que «crea más problemas que soluciones», afirma con Agustín Malón «desde la sexología» que hay varios planos que deben distinguirse en cuanto al consentimiento sexual: «Por un lado, el asentimiento interno al acto sexual. En segundo lugar, un comportamiento o manifestación externa de ese asentimiento. En tercer lugar, la interpretación del estado interno de la mujer por parte del hombre a partir de la conducta eterna. Finalmente, la valoración del estado interno del hombre por parte de un observador externo, como ser la persona que juzga el caso». La lectura del pasaje no aclara si el autor se está refiriendo al consentimiento a los efectos de la sexología porque, de ser así, es de suponer que se tendría que estar refiriendo al consentimiento de las dos o más personas intervinientes en una relación sexual sin caer en la trampa de la que supuestamente se presume estar libre; esto es, la de rechazar los estereotipos o al consentimiento en el ámbito de las relaciones sexuales delictivas que se caracterizan precisamente por su falta.

Del conjunto de sus disposiciones, las de naturaleza penal han sido las que más atención y más críticas han suscitado por parte de la doctrina, como se verá posteriormente —que lo tachó de populista y punitivista—⁴, y de los órganos jurisdiccionales que emitieron sus respectivos informes.

Así, en el trámite, el Consejo Fiscal se posicionó a favor del texto, si bien propuso que se invirtiera la definición de falta de consentimiento por otra en la que en positivo se pusiera el acento en cuándo concurre y se eliminara de su interior la referencia a los delitos de explotación sexual⁵. Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial⁶ emitió un largo informe del que conviene resaltar las últimas 35 páginas, en las que se presentan unas conclusiones interesantes que, no obstante, eclipsan la seriedad y credibilidad de su objetivo principal —informe técnico-jurídico sobre el texto del Anteproyecto, no político-criminal— el hecho de que se apueste por el castigo de la tercería locativa en una ley cuyo objetivo es garantizar la libertad sexual. También la asociación Jueces y Juezas para la Democracia emitió su propio informe⁷, en el que al tiempo que se critican los aspectos más *populares* de la reforma proyectada se ignora el castigo de la tercería locativa, de forma que sus conclusiones resultan realizadas de espaldas al bien jurídico que se pretende garantizar⁸. Retrospectivamente, todo apunta a que el debate en torno a la propuesta político criminal presentada en marzo de 2020 no debía haber salido de las lindes habituales por las que transcurre la crítica dogmática, criminológica y político-criminal.

El texto publicado el 26 de julio corrige algunas de las críticas fundamentales que había recibido el de 3 de marzo de 2020 y sin duda alguna ha salido robustecido de este proceso de revisión. El camino que aún le queda por recorrer hasta llegar convertido en ley al *Boletín Oficial del Estado* es largo y es de esperar que todavía salga enriquecido con las aportaciones de los distintos

⁴ Díez-Ripollés (2018, 2019); Quintero Olivares (2020); Gimbernat Ordeig (2020).

⁵ Puede verse en: <https://bit.ly/3q0FJ16> (fecha de la última consulta realizada: 21 de julio 2021).

⁶ Puede verse en: <https://bit.ly/3BCRsFb> (fecha de la última consulta realizada: 21 de julio 2021).

⁷ Puede verse en: <https://bit.ly/3mJPNtn> (fecha de la última consulta realizada: 21 de julio 2021).

⁸ Pero reconoce, como no podía ser de otra manera —más aún en la sede de la Asociación de Jueces y Juezas para la Democracia—, que la política criminal la diseña el Parlamento y al resto nos toca criticarla, pero no suplantarla a base de una crítica invasiva y subversiva con fin de acoso y derribo. El número 13 de 2021 del *Boletín de Pena*, titulado «Monográfico: Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual», pone de manifiesto el denso debate habido dentro de la Asociación.

grupos parlamentarios en un momento en el que parece haber pasado ya el fragor de la batalla política y mediática que se entabló en un principio.

El contenido del Proyecto en materia penal es amplio. Por razones de espacio, se centrará la atención preferentemente en la propuesta que mayores críticas ha recibido: el nuevo delito de agresión sexual.

II. LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES ASUMIDAS POR ESPAÑA

En el origen de la reforma proyectada se encuentra la ratificación por España del «Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica» hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. En el sentido que aquí interesa, dos son los aspectos principales⁹. El primero de ellos está relacionado con la identificación con *nomen iuris proprio* dentro de la violencia sexual del delito de *violación*, estableciendo a partir de ese momento tres comportamientos que han de ser castigados cuando se comentan intencionadamente: «la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto», junto a los que señala el castigo de «los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona». Así mismo, considera que debe castigarse también «el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero». Semejante elenco de conductas está poniendo de manifiesto la visión *a priori falocéntrica* con la que se enfrenta el Convenio a los delitos sexuales (Acale Sánchez, 2019: 83), pues se pone el acento en el acto de la penetración. Y, sin embargo, cuando a continuación señala que dicha penetración vaginal, anal u oral puede producirse «con cualquier parte del cuerpo», está equiparando al pene los accesos linguales y digitales, así como la introducción de «un objeto». Por tanto, más que en la penetración, se incide en puridad de principios en el acceso carnal, ya sea con un pene, con otras partes del cuerpo u objetos.

Además de los actos sexuales, es esencial el tratamiento que recibe el consentimiento en el Convenio. Así, se acentúa el hecho de que esos actos

⁹ Además de otros ajustes más puntuales, como —por ejemplo— la reforma del delito de matrimonios forzados (art. 172 bis), en el que se tiene en consideración las previsiones del art. 32 del Convenio de Estambul en cuanto a las consecuencias civiles del delito de matrimonios forzados; o la reforma del delito de *stalking* del art. 172 ter, en el que se elimina el resultado material «alteración grave del desarrollo de su vida cotidiana» de acuerdo con la definición del art. 34 del Convenio.

de contenido sexual deben castigarse cuando se lleven a cabo de forma «no consentida», añadiendo específicamente que el «consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes». Con estas previsiones, el consentimiento pasa a ocupar el centro de gravedad de la configuración de los delitos sexuales, quedando en un segundo plano los medios usados por el autor para llevarla a cabo¹⁰.

En esta línea, como puede comprobarse, el Proyecto de reforma que hoy se tramita en nuestro país ajusta la regulación a las pautas marcadas por el Convenio de Estambul con relación al binomio de los actos sexuales constitutivos de delito (y, en particular, constitutivos de delito de violación) y valor del consentimiento. Y para recordarle al legislador español sus compromisos en el ámbito del Consejo de Europa, recientemente ha sido el GREVIO quien en su *Evaluation Report* sobre España en noviembre 2020 ha venido a recordarle a las autoridades españolas su compromiso en seguir impulsando

la reforma del Código Penal con la finalidad de garantizar la existencia de un delito de violación firmemente arraigado en la falta de consentimiento, que sea puesto en práctica y efectivamente aplicado por los organismos encargados de la ejecución de la ley, la fiscalía y los órganos judiciales. El objetivo debe ser asegurar la imposición de sanciones apropiadas para los actos de naturaleza sexual sin consentimiento de la víctima, incluyendo la ausencia de resistencia por parte de la víctima y donde las circunstancias del caso impidan otorgar validez al consentimiento. Con este fin, GREVIO exige encarecidamente a las autoridades españolas que facilite la formación y ofrezca directrices para que todos los operadores en el sistema judicial aseguren que el delito de violación y la violencia sexual son delitos basados en la ausencia del consentimiento, no en el uso de la fuerza (parágrafo 224)¹¹.

¹⁰ No lo entiende así Díez-Ripollés (2019: 12).

¹¹ El informe del GREVIO (grupo de expertos creado por el Convenio de Estambul para seguir su implementación por los países firmantes), *Baseline Evaluation Report Spain*, puede verse en: <https://bit.ly/2ZK38sX>, p. 85 (fecha de la última consulta: 21 de julio 2021).

Por su parte, la Unión Europea en la Resolución de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (2019/2169/INI), en su punto 33 «pide medidas más enérgicas en relación con la legislación sobre delitos sexuales y subraya que el sexo siempre debe ser voluntario; pide a la Comisión que incluya recomendaciones dirigidas a todos los Estados miembros para que modifiquen la definición de violación en su legislación nacional de forma que se base en la ausencia de consentimiento».

III. LA PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

La regulación proyectada del delito de agresión sexual es el cambio más relevante que se introduce en el interior del título VIII del Código Penal, y consiste en la eliminación de la frontera entre los actuales delitos de agresión y abuso sexuales. Dos son los elementos esenciales de los que depende la propuesta: de una parte, el nuevo valor que desempeña el consentimiento en el ámbito del injusto, y por la otra, el desplazamiento a un segundo lugar de los medios comisivos que hoy caracterizan —y definen— a los delitos de agresión y abusos sexuales. Dos cuestiones que, como acaba de comprobarse, están en íntima sintonía con las previsiones del Convenio de Estambul. Por su parte, los aspectos relativos a los actos sexuales constitutivos de violación en el Código Penal coinciden hoy completamente con las previsiones europeas, por lo que no son objeto de reforma alguna.

1. LA RE-VALENCIA DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONFIGURACIÓN DEL INJUSTO TÍPICO

Al ser la libertad sexual un bien jurídico de carácter disponible, el consentimiento es una causa de atipicidad¹²; en este punto no se produce cambio alguno. El cambio fundamental que se propone se refiere al protagonismo que cobra en la nueva regulación, pues desplaza a un segundo plano a los elementos accidentales del delito.

Con carácter general, puede coincidirse en el hecho de que el consentimiento es un elemento esencial en relación con los bienes jurídicos de carácter disponible, hasta el punto de que debería existir una cláusula general reguladora del mismo dentro del libro I del Código, de manera que fueran innecesarias las previsiones que al respecto hoy establecen los arts. 143.4 (delito de eutanasia, tras la reforma sufrida por la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo) y 156 (en el ámbito de las esterilizaciones y cirugía transexual). De hacerse así, también sería del todo innecesaria la cláusula incorporada al art. 178 en el Proyecto, en el que se señalan las características que debe revestir el consentimiento en el ámbito de las agresiones sexuales.

En este sentido, el Anteproyecto de 3 de marzo 2020 establecía que «se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado

¹² Siempre que se trata de un sujeto mayor de dieciséis años «cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez», según señala el art. 183 *quater*.

libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto». La redacción no era precisamente la más afortunada al estar formulada en términos negativos. Con la finalidad de corregir estas dificultades, el Proyecto de 2021 nos ofrece una construcción en positivo de cuándo se entiende que sí existe consentimiento: así, el art. 178 señala que «sólo [*sic*] se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona».

La comparación entre una y otra redacción del precepto viene a poner de relieve que además del giro dado a la definición, se ha eliminado la referencia que en el antecedente legislativo se hacía a que ese consentimiento lo fuera por «actos exteriores, concluyentes e inequívocos». Ahora basta con que la víctima exprese de manera clara su voluntad libremente «en atención a las circunstancias del caso», entendiéndose que no existe libertad y por tanto no hay consentimiento —en ningún caso— cuando se emplee violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como cuando la persona se halle privada de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad¹³. Por tanto, fuera de estas circunstancias, si pudiendo hacerlo no se emite el consentimiento, se entiende que sí consiente. Esto determina un cambio de planteamientos en la vulgarmente conocida como *ley del «solo sí es sí»*, pues no es necesario que la víctima consienta de palabra, de forma concluyente e inequívoca, sino que basta con que lo haga con la normal espontaneidad del sexo consentido. No obstante, los riesgos de que los debates que están por venir se limiten a hacer el juego de etiquetas típico de la política criminal de salón, poco efectiva para contrarrestar los atentados contra la libertad sexual, están ahí: en manos de la clase política, de los medios de comunicación, de la doctrina y de la jurisprudencia está evitar jugar y entrar a valorar jurídicamente la seriedad de la propuesta. En todo caso, el consentimiento de la víctima debe interpretarse a través de su comportamiento y de las circunstancias concurrentes, de manera que si la víctima llora o grita de dolor o de miedo, aunque guarde silencio, no está prestando su consentimiento.

Con todo, la redacción propuesta no plantea ningún cambio trascendental respecto a la interpretación que están haciendo nuestros tribunales: son las circunstancias del caso las que determinan la interpretación que se merezca el comportamiento de la víctima. Puede verse en este sentido la STS

¹³ Si la anulación de la voluntad de la víctima por la ingesta de esas sustancias es llevada a cabo por el autor, se agrava la pena (art. 180.7).

344/2019, de 5 de julio, en la que se afirmó que no se trata solo del hecho de que la víctima no haya dicho que no, sino del hecho de que el silencio es también una forma de comunicación en este contexto, con esta «sordidez» y «crudeza» el silencio «puede ser interpretado como un rechazo». El hecho de que coincidan la línea de interpretación del Tribunal Supremo y la letra de la regulación propuesta debe venir a suavizar las críticas que en este punto suscitó el texto de 3 de marzo 2020.

Lo que ninguna regulación puede impedir es que se presente una denuncia falsa. En cualquier caso, si se atiende a los datos que proporciona la *Macro-encuesta de victimización* de 2019 de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género¹⁴, el problema que se plantea en el ámbito de las agresiones sexuales no es precisamente el de las denuncias falsas, sino el hecho de que solo el 8% de los delitos sexuales cometidos sobre una persona desconocida se denuncian. Y la práctica procesal señala que existen muchas denuncias que después se archivan por falta de prueba. Por otra parte, no hay ningún dato que corrobore el riesgo de que en materia sexual el número de denuncias falsas sea extraordinario, y presumir lo contrario sin aportar dato alguno es reproducir los patrones machistas de comportamiento que señalan a las mujeres como mentirosas compulsivas, celosas y seres por naturaleza despechados.

Las críticas que en este punto suscitó el Anteproyecto de 2020 se sostenían además en la incomprensible afirmación que se hacía en su exposición de motivos a que con la unificación del delito de agresión y abusos sexuales se pretendía «además reorientar el régimen de valoración de la prueba»¹⁵, desde donde se interpretó que se llevaba a cabo la inversión de la carga de la prueba. Pues bien, la frase entrecomillada ha sido eliminada con muy buen criterio del

¹⁴ Disponible en: <https://bit.ly/3w7Xs7C> (fecha de la última consulta: 23 de julio 2021).

¹⁵ «Como medida relevante, se elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. Este cambio de perspectiva, además de reorientar el régimen de valoración de la prueba, contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada “sumisión química” o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul, se introduce la circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos». Puede verse las afirmaciones que realiza Olivas Díaz (2021: 16) sobre «no puede de ninguna manera excluir una audiencia imparcial para cualquier persona imputada», sin justificar en forma alguna de dónde saca ese riesgo.

párrafo en la exposición de motivos del Proyecto de 2021¹⁶, de modo que si a ello se le une la eliminación de la referencia en la definición del consentimiento a los «actos exteriores, concluyentes e inequívocos» que haya sido sustituida por la más plausible referencia a actos que «en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la víctima», las críticas recibidas deben tender a disminuir sin que en puridad de principios haya habido ningún cambio de planteamiento. En cualquier caso, es preciso distinguir la «inversión de la carga de la prueba» con un proceso probatorio «ayuno de prueba alguna», y en este sentido, como afirma la STS 565/2007, de 21 de junio

la acusación ha aportado una prueba de cargo que puede ser valorada razonablemente por el Tribunal alcanzando como conclusión la existencia del hecho y la participación del acusado. Para que quede desvirtuada la prueba de cargo o para demostrar la irracionalidad de la valoración del Tribunal sería precisa otra prueba de sentido diferente o algún elemento que debilite su poder demostrativo, pero esa aportación ya no corresponde a la acusación sino a quien alega la insuficiencia de la prueba aportada por aquella.

En realidad, más allá de toda esta normalización, visto que las referencias que se hacen a cuándo existe consentimiento se limitan a trasponer a la letra de la ley la forma de actuación de los tribunales, puede concluirse que se trata de una disposición que solo aporta seguridad jurídica, algo que en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual no debe ser despreciado.

2. LA UNIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES

En efecto, tanto el texto del Anteproyecto de 3 de marzo de 2020 como el del Proyecto de 26 de julio de 2021 dinamitan la separación hoy

¹⁶ «La disposición final cuarta modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atentan contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. Este cambio de perspectiva contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada “sumisión química” o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul se introduce la circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos».

existente entre los delitos de agresiones y abusos sexuales, que está basada en una criminológica, sutil y artificiosa diferenciación entre la intimidación y el prevalimiento, y pasan a poner el acento en la falta de consentimiento para distinguir el ámbito de las conductas típicas de las atípicas. De esta forma, la regulación de las agresiones sexuales se pone en sintonía con el Convenio de Estambul y permite afirmar con Pitch (2003: 209) que «la violencia empieza donde no hay consentimiento», en tanto que no es ya que sea «la violencia la que revele la falta de consentimiento», sino que es «la falta de consentimiento la que define una relación sexual como violenta».

Así, el art. 178.2 establece que

a los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad¹⁷.

Esta equiparación legal entre medios comisivos de distinta significación, como el ataque sorpresivo o la violencia, no conlleva automáticamente la equiparación de la pena en el caso concreto —vulnerando así el principio de proporcionalidad— si se tiene en consideración, por una parte, que el art. 178 se limita a proteger la libertad sexual y que el atentado a otros bienes jurídicos, como puede ser la integridad física, debe castigarse de manera separada a través de las reglas de los concursos de delito¹⁸. Todo ello es consecuencia de la decisión prelegislativa de proteger dentro del título VIII la *nuda libertad sexual*, rompiendo por tanto la complejidad de los actuales delitos de agresión

¹⁷ El engaño no es un elemento típico a estos efectos. Con la redacción vigente, si la víctima engañada que presta su consentimiento tiene entre dieciséis y dieciocho años, es de aplicación el abuso sexual del art. 182, que en el Proyecto se deroga. De esta forma, el engaño solo va a ser típico si se trata de un menor de dieciséis años en atención a lo dispuesto en el art. 181 en relación con el art. 183 bis.

¹⁸ En cualquier caso, hoy no debe olvidarse que si la violencia, la intimidación, el prevalimiento, etc., son individualmente constitutivos de delito, debe abrirse la posibilidad de admitir el concurso medial de delitos: así lo hace el Tribunal Supremo en sus Sentencias 46/2012, de 1 de febrero; 1277/2011 de 22 de noviembre; 1078/2010, de 7 diciembre; 625/2010, de 6 de julio; 892/2008, de 11 de diciembre; 673/2007, de 19 de julio; 886/2005, de 5 de julio; 1259/2004, de 2 de noviembre; 1305/2003, de 6 de noviembre; 786/2017, de 30 de noviembre.

sexual, el título de imputación¹⁹ y convirtiendo a la violencia, la intimidación, el prevalimiento, etc., en meros medios que muestran la violencia sexual sufrida por la víctima. Y esto es precisamente lo que viene a aclarar el art. 194 bis cuando establece que «las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen»²⁰. Más adelante se abordará esta cuestión.

En contra de este modelo ha afirmado Díez-Ripollés (2018, 2019: 8 y ss.) que «la eliminación de las graduaciones en los atentados a la libertad sexual dará lugar no solo a un derecho penal sexual superficial, carente de matices, sino a un derecho penal sexual moralista, que fácilmente terminará siendo autoritario». La coherencia interna de este planteamiento no va a ser discutida ahora. Sin embargo, no se entiende en este contexto que no se critiquen las veces en las que el Código sí lleva a cabo semejante equiparación, como ocurre con los delitos de trata de seres humanos (art. 177 bis), sometimiento a condiciones de prostitución (art. 187²¹) y en el delito de genocidio del art. (607 bis 2.9). Lo que no parece que puede ser negado es el hecho de que esta propuesta reduce los riesgos de que permeen pensamientos personales de quien juzga en la resolución, en la medida en que al equiparar el desvalor máximo inherente del prevalimiento y el mínimo de la intimidación hace innecesarios razonamientos judiciales conocidos que tantos efectos negativos han tenido en la configuración de la libertad sexual, en el sentido, por ejemplo, de confundir las relaciones sexuales con relaciones delictivas.

Es cierto que, como recuerda Muñoz Conde (2019: 290-292), en otras parcelas del Código el atentado al bien jurídico se gradúa en atención al medio comisivo, y en esta línea recuerda que en los delitos contra el patrimonio el hurto es un atentado sin violencia o intimidación en el acto de apodera-

¹⁹ Puede verse la STS 14-05-2020 (caso *la manada de Valencia*) en la que, si bien la Audiencia Provincial 18 de abril de 2019 castigó de forma separada las lesiones y la agresión sexual, el Supremo, siguiendo en este punto la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Superior de Justicia (en su sentencia de 31 de julio de 2019), entiende no existió tal delito autónomo de lesiones físicas leves.

²⁰ No cambia en este sentido el espíritu del Anteproyecto de 3 de marzo de 2020, pero sí su letra porque entonces se señalaba que «si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la libertad sexual, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, integridad moral o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código»

²¹ Que es, por cierto, otro delito contra la libertad sexual.

miento, que en el robo lo característico es la fuerza en las cosas o la violencia en las personas, mientras que en la estafa el engaño se convierte en el elemento individualizador del atentado contra el bien jurídico protegido²². Sin embargo, debe resaltarse que incluso en estos delitos la fuerza que caracteriza al robo con fuerza es un elemento normativo definido en el art. 238, en el que se incluyen modalidades de fuerza que no son tales, como el uso de llaves falsas o la inutilización de los sistemas específicos de alarma o guarda, y que el hurto tras las sucesivas reformas que ha experimentado hay que entender que se trata de un acto de apoderamiento sin violencia o intimidación ni fuerza en las cosas en el momento del apoderamiento, además de que el núm. 3 del art. 234 agrava la pena «cuando en la comisión del hecho se hubieran neutralizado, eliminado o inutilizado, por cualquier medio, los dispositivos de alarma o seguridad instalados en las cosas sustraídas», acercando considerablemente la regulación del robo y del hurto. A esto debe añadirse que la jurisprudencia es mucho más «generosa» en su interpretación y en su calificación jurídica de los hechos, cuando viene a concluir que existe robo a pesar de que la violencia o intimidación empleada por el autor sea mínima, si la víctima al temer por su vida decide no oponerse al atentado al que el autor la está sometiendo, entregando ella misma a su agresor los objetos materiales, interpretación que sin embargo no se sostiene tan cómodamente cuando se trata de analizar la presencia de esos mismos elementos en el ámbito de los delitos sexuales que, además, tienen la singularidad de que el agresor va a mantener siempre que la víctima consintió y, de apreciarse ese consentimiento, no hay delito, mientras que en el robo la prueba de la violencia o intimidación no convierte en atípica la conducta, sino que la rebaja al ámbito del delito de hurto (Acale Sánchez, 2020: 35 y ss.).

En cualquier caso, el Proyecto tiene en cuenta la necesidad de llevar a cabo un reajuste penológico en atención a la gravedad del ataque que sufre el bien jurídico protegido, de ahí que la unificación de las agresiones y abusos sexuales en una sola modalidad delictiva se acompañe de un listado de circunstancias extraordinarias que ampliaran el injusto en la agresión sexual (art. 181), y de un tipo privilegiado que persiguiera precisamente poder ajustar la pena en casos en los que los hechos revistan una menor gravedad (art. 178.3).

²² En esta línea debe recordarse el debate surgido en sede jurisdiccional en torno a la interpretación del concepto de *violencia* a los efectos de los delitos de coacciones, en cuyo interior se admite tanto la violencia, estrictamente hablando, como la intimidación cuando el mal con el que se amenaza se supone que se va a producir en este momento o la fuerza en las cosas, con la rotura de la cerradura de una casa, por ejemplo, o el cambio de esa cerradura.

3. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN EL ÁMBITO DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

La unificación en una sola figura delictiva de lo que hoy son dos distintas, castigándolas con una misma pena, es una tarea compleja, por cuanto de imponerse para todas ellas las penas hoy establecidas para las modalidades de agresión sexual, podía resultar excesivamente penados comportamientos que hoy solo son constitutivos de abusos, y viceversa, de imponerse a todas esas conductas las penas que hoy establece el Código para los abusos, las hoy constitutivas de agresión sexual podrían resultar desprotegidas.

Se trata de un problema de difícil solución al que, sin embargo, el Código ya se ha enfrentado al mismo en los artículos 153.2, 171.6, 172.2 (último párrafo), 242.4, 270.4 (párrafo 2.º), 274.3, 286 bis.3, 307 ter, 318 bis 6, 368 (párrafo 2.º), así como en el art. 579 bis.4. En todos ellos se incluye una cláusula en la que se establece —tomando como ejemplo el art. 153.4— que «no obstante lo previsto en los apartados anteriores, el juez o tribunal, razonándolo en la sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado». Se trata de una cláusula que al tiempo que reconoce la importancia de los bienes jurídicos en juego y la gravedad de las conductas típicas, permite que, en el caso concreto, a la hora de la determinación judicial de la pena, el juez haga uso de su discrecionalidad. El Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de manifestarse sobre este tipo de cláusulas en relación con las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas con ocasión de la reforma operada del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2004, de Protección Integral frente a la Violencia de Género y en ella pone todas sus esperanzas de alcanzar la proporcionalidad en el caso concreto (Sentencia 59/2008, de 14 de mayo de 2008, 76/2008, de 3 de julio; 81, 82 y 83/2008, de 17 de julio; 95, 96, 97, 98, 99 y 100/2008, de 24 de julio; 45/2009, de 19 de febrero; 213/2009, de 26 de noviembre; 127/2009, de 26 de mayo).

En esta línea, sobre esta base, el art. 178.3 permite al *órgano sentenciador*²³, razonándolo en la sentencia, y «siempre que no concurran las circunstancias del art. 180», imponer «la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable». Si se interpreta esta cláusula en los mismos términos que lo ha hecho el Tribunal Constitucional en las sentencias

²³ En el Anteproyecto de 3 de marzo 2020 se hacía referencia al «juez o tribunal». Su sustitución por «el órgano sancionador» ha de ser bien recibida porque incide en la utilización no sexista de los términos jurídicos.

acabadas de señalar, puede sacarse como conclusión que la cláusula concursal incorporada al art. 194 bis constituye un refuerzo de la garantía del principio de legalidad y, a su vez, de la interpretación judicial de un derecho que no puede venir petrificado por la ley, sin posibilitar que el intérprete judicial pueda dotarla de la vitalidad del caso concreto.

Con todo, lo anterior es independiente de la decisión que finalmente ha tomado el Proyecto de 2021 al elevar los límites máximos de las penas previstas en los delitos más graves, que son los castigados en los arts. 179, 180 y 181.3. De esta forma, se pone de manifiesto que aquellas críticas que calificaban el texto de marzo 2020 de punitivista, carecían de fundamentación (Lloria García, 2019: 13) porque, en el fondo, lo que se ha detectado es que en algunas figuras bajaban las penas. La elevación del límite máximo de estas penas se traduce —ahora sí— en un endurecimiento de la respuesta penal frente a delitos ya de por sí gravemente penados. El hecho no obstante de que se trate de una elevación de los límites máximos y no de los mínimos reduce la aplicación de estas graves penas a los supuestos también más graves.

IV. LA NECESIDAD DE ESTA REFORMA DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA DE GÉNERO

El Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual que hoy sigue su tramitación parlamentaria contiene instrumentos preventivos de un gran valor que aspiran a garantizar el ejercicio de la libertad sexual de toda ciudadanía, lo que no le impide reconocer que las niñas, los niños y las mujeres son quienes sufren más esta modalidad de violencia. Nada obsta, llegado el caso, a que un hombre víctima de violencia sexual a manos de otro hombre o de una mujer pueda beneficiarse de los derechos que se reconocen, sorteando de esta forma alguno de los *hándicaps* principales que planteaba —y sigue planteándose— en el ámbito de la LO 1/2004, de Protección Integral frente a la Violencia de Género.

En efecto, desde el título del Proyecto se muestra el papel que desempeña en su interior la libertad sexual, que no es solo el bien jurídico que proteger, sino también que garantizar frente a un conjunto de conductas que se etiquetan como *violencias machistas*. Y en esa superposición de planos entre libertad sexual y violencia sexista se encuentra la esencia del texto, de manera que todo lo que no tenga que ver con el ejercicio de la libertad sexual ni

simultáneamente con las violencias machistas debe quedar fuera²⁴. De ahí que carezca completamente de justificación la inclusión de la tercería locativa, porque no solo va en contra de la libertad sexual de quienes quieren ejercer la prostitución, sino que además puede estar creando el efecto criminógeno de abocar a estas personas al ejercicio más inseguro todavía de su profesión, marginándolas aún más. Las discusiones existentes dentro del movimiento feminista en cuanto a esta disposición ponen de manifiesto que el Proyecto, en su conjunto, no es nada populista. Al contrario, es visceral y ha causado un enfrentamiento tan profundo entre sectores del feminismo que tendrán que hacer un gran esfuerzo para volver a encontrarse en las coordenadas de espacio y tiempo. Refleja, en todo caso, una orientación político-criminal muy costosa en términos populares: no sirve para ganar votos, sino para perderlos. Lamentablemente, la inclusión de esta discutida disposición en el Proyecto en un momento extemporáneo ha eclipsado otras cuestiones que, sin duda, desde un punto de vista feminista tienen mucha significación.

En particular, la unificación de las agresiones y abusos sexuales en una sola figura delictiva tiende a evitar la revictimización que sufren muchas víctimas que interponen la denuncia y que comprueban cómo durante los distintos interrogatorios se invade su privacidad hasta el punto de poder distinguir hasta el más mínimo detalle del acto sexual impuesto. Asimismo tiende a garantizar la discrecionalidad judicial que en el marco de las garantías inherentes al principio de legalidad recubre de dinamicidad a la tarea más allá de aplicar la ley, de hacer *justicia*. En atención a estos límites mínimos, puede decirse que la reforma proyectada desde 2020 del delito de agresión sexual no es una reforma punitivista, que persiga imponer más castigo. Sin embargo, la elevación de las penas que ha sufrido el Proyecto en su versión de 2021 en sus límites máximos en los arts. 179 180 y 181 no deja de ser un incremento penológico que no ha quedado debidamente justificado por una mayor aficción al bien jurídico libertad sexual.

En todo caso, no parece que haya que desconfiar ni criticar que las leyes se expresen, que definan elementos y que ciñan las figuras delictivas: en esto consiste el principio de legalidad. Lo criticable es que existan leyes que dejan

²⁴ En muchas ocasiones, cuando se han aprobado leyes orgánicas de reforma del Código Penal, nuestras Cámaras legislativas no han visto impedimento en incorporar en el texto la reforma de preceptos de muy distinta significación: basta con repasar el título de las leyes orgánicas de reforma del Código y detenerse en el contenido de cada una de ellas. Pero una ley específica para garantizar el ejercicio de la libertad sexual parece demasiado focalizada como para incluir en su interior preceptos que no tengan esa misma finalidad.

vacíos elementos esenciales de los que pende la calificación jurídica de unos hechos que se producen en la clandestinidad, sin muchos testigos y con graves dificultades probatorias, y cuya interpretación se deja en manos del órgano judicial interviniente (en fase de instrucción o de sentencia), por lo que los riesgos de que permeen pensamientos personales en la resolución son elevadísimos.

Esperemos, pues, que esta reforma de los tipos penales dé pie a una aplicación procesal que, en el marco del máximo respeto al principio de presunción de inocencia del agresor, deje de poner el acento en las cuestiones más agresivas para la intimidad de la víctima, de cuya veracidad no hay indicios que permitan dudar. Por delante quedan meses para nutrir de más valor al texto y de hacerlo democráticamente.

Bibliografía

- Acale Sánchez, M. (2019). *La violencia sexual de género frente a las mujeres adultas*. Madrid: Reus.
- (2020). El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales. En J. L. González Cusac. (dir.) y J. León Alapont (coord.). *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo* (pp. 35-58). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díez-Ripollés, J. L. (2018). El «no es no». *El País*, 10-5-2018.
- (2019). Alegato contra un derecho penal sexual identitario. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología de la Universidad de Málaga*, 21 (4).
- Gimbernat Ordeig, E. (2020). Sólo sí es sí. *Diario del Derecho*. 27-04-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3GJfjgF>.
- Lloria García, P. (2019). La violencia sobre la mujer en el siglo XXI: sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 138, 5.
- Maqueda Abreu, M. L. (2020). Cómo construir «víctimas ficticias» en nombre de las libertades sexuales de las mujeres. *Viento Sur*, 7-12-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3EOyFJ2>.
- Muñoz Conde, F. (2019). La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso «La Manada». *Revista Penal*, 43, 290-299.
- Olivas Díaz, A. (2021). Breves apuntes feministas sobre el malestar acerca del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual. *Boletín de la Comisión Penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, 12 (1), 10-16.
- Pitch, T. (2003). *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta.
- Ramírez Ortiz, J. L. (2021). ¿Cambio de paradigma o juego de espejos? *Boletín de la Comisión Penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, 12 (1), 29-43.

- Quintero Olivares, G. (2020). La garantía de la libertad sexual y el pensamiento jurídico de Podemos. *El Confidencial*, 4-3-2020.
- Villacampa Estiarte, C. (2020). Prohibicionismo suave para abordar el trabajo sexual callejero. Ordenanzas cívicas y ley mordaza. *Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, 4, 113-130. Disponible en: <https://doi.org/10.46661/relies.4992>.