

GRADO: Doble Grado ADE + Derecho

Curso 2021/2022

La propuesta de reforma de los delitos de agresión y abuso sexual en el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual

Autor/a: Jon Serrano González

Director/a: María Pilar Nicolás Jiménez

Bilbao, a 14 de febrero de 2022



LISTA DE ABREVIATURAS

ART. Artículo

BOE Boletín Oficial del Estado

CP Código Penal

LO/LLOO Ley Orgánica/Leyes Orgánicas

Pág. / Págs. Página/páginas

TS Tribunal Supremo

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	4
2. EL BIEN JURÍDICO DE LA LIBERTAD SEXUAL	7
2.1 LA LIBERTAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL CÓDIGO PENAL	7
2.2 LA EVOLUCIÓN EN LA CONCEPCIÓN DEL BIEN JURÍDICO DE LA LIBERTAD SEXUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	9
3. LA INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL	15
3.1 LA LABOR JUDICIAL DEL TEDH	15
3.2 EL CONVENIO DE ESTAMBUL Y SU INFLUENCIA EN LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.	19
4. LOS ASPECTOS BÁSICOS DE TIPIFICACIÓN ACTUAL DE LOS DELITOS DE ABUSO Y AGRESIÓN SEXUAL.	24
4.1 LA AGRESIÓN SEXUAL	24
4.1.1 TIPO BÁSICO	25
4.1.2 TIPO AGRAVADO: LA VIOLACIÓN	27
4.1.3 CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS DE AGRAVACIÓN	28
4.2 EL ABUSO SEXUAL	30
4.2.1 TIPO BÁSICO	31
4.2.2 TIPO AGRAVADO	34
4.2.3 CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS DE AGRAVACIÓN	34
4.3 LA DISTINCIÓN ENTRE LA INTIMIDACIÓN Y EL PREVALIMIENTO	34

5. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL	37
5.1 ANTECEDENTES Y MOTIVACIÓN DEL PROYECTO	37
5.1.1 EL CASO DE “LA MANADA” Y SU IMPULSO A LA REFORMA	37
5.1.2 LOS BORRADORES DE ANTEPROYECTO DE LEY DE 2020 Y EL INFORME DEL CGPJ	39
5.2 DESCRIPCIÓN GENERAL DEL CONTENIDO DEL PROYECTO	42
5.3 LA DISPOSICIÓN FINAL CUARTA. MODIFICACIÓN DE LA LEY ÓRGANICA 10/1995, DEL CÓDIGO PENAL	45
5.3.1 MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 178. LA ELIMINACIÓN DEL TIPO DE ABUSO SEXUAL	45
5.3.2 MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 180. INTRODUCCIÓN DE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES	48
5.3.3 MODIFICACIÓN EN LA PENAS PREVISTAS	51
6. MIRADA CRÍTICA Y CONCLUSIONES	53
7. BIBLIOGRAFÍA	56
8. ANEXO JURISPRUDENCIAL	58

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, el bien jurídico de la libertad sexual ha adquirido una posición central, en términos de relevancia social, en el mundo jurídico. No en vano los ataques a dicho bien jurídico ocupan las noticias lamentablemente casi a diario y se ha generado un movimiento social de protesta altísimo, requiriendo al legislador medidas para que la respuesta jurídica sea más efectiva en aras de evitar la comisión de los mismos.

Los atentados contra la libertad sexual que más repudio y repercusión generan son, sin duda alguna, la agresión y el abuso sexual. El conjunto de la sociedad no comprende esta distinción jurídica introducida en el Código Penal de 1995 que distingue dos tipos de delito en función de si ha existido violencia o intimidación en el acto. Además, existe un amplio debate social y jurídico en torno a la figura del consentimiento, ya que es considerado que debe tener un papel de mayor importancia en la tipificación de dichos delitos.

Esta última ha sido una de las razones principales que han impulsado la tramitación Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, cuya propuesta de reforma de los delitos de agresión y abuso sexual es el objetivo de este Trabajo de Fin de Grado.

La elección viene motivada por el deseo de comprender el espíritu de la reforma más allá de los titulares de prensa, para comprobar el grado de impacto que puede tener en la casuística penal y en la visión social, y tener un mapa global de cuál ha sido el camino recorrido hasta este momento.

El texto proyectado abarca un espectro de actuación muy amplio, dado que introduce numerosas medidas de prevención de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres, niñas y niños y de protección de las víctimas, así como otras muchas más. Por lo tanto, en primer lugar, ha de dejarse claro que este trabajo no hará un análisis completo del Proyecto de Ley, sino que se centrará en su Disposición Final Cuarta, de modificación del Código Penal, y más concretamente en las modificaciones en los delitos de agresión y abuso sexual cometidos contra mayores de edad, que quedarían regulados en los artículos 178, 179 y 180 del CP.

De la motivación del Proyecto de Ley puede extraerse que uno de los objetivos que persiguen es una óptima defensa del bien jurídico de la libertad sexual. Por ello, se comenzará analizando la figura de dicho bien jurídico y la evolución de la protección dada al mismo, haciéndose una primera aproximación doctrinal a dicho elemento.

La agresión y el abuso sexual son dos de los tipos delictivos cuya aplicación más polémica social ha generado desde su introducción en el Código Penal de 1995. Basta con observar

el terremoto social generado con casos penales como el de “La Manada” – que será tratado en su apartado correspondiente, dada su importancia con respecto a la reforma-, en los que las decisiones judiciales fueron tremendamente criticadas. Lamentablemente, solo una pequeña parte de dichas críticas son atendiendo a criterios puramente jurídicos, emanadas desde una sociedad que en muchas ocasiones se deja llevar por un punitivismo excesivo y un desconocimiento de los preceptos que imperan en el ordenamiento jurídico penal.

El objetivo de este trabajo tiene mucho que ver con dicho desconocimiento, pues tratará de exponer, de la mejor manera posible, cuál ha sido la evolución normativa de los delitos contra la libertad sexual, haciendo énfasis en la agresión y el abuso, para llegar a su regulación y trato jurisprudencial en la actualidad, lo que es completamente necesario para conocer el contexto en el que la propuesta de reforma ha tomado forma.

Se hará un especial énfasis en los conceptos de la intimidación y el prevalimiento, elementos integrantes de los delitos de agresión y abuso sexual, respectivamente. Su difícil delimitación ha supuesto en numerosos casos una interpretación diversa en las distintas instancias judiciales para un mismo caso, y mediante la doctrina jurisprudencial se expondrá el trato que se le ha dado a estas figuras y cuál es su interpretación en la actualidad. No en vano, se analizará por qué esta dificultad interpretativa es uno de los impulsores de la reforma.

Asimismo, se acudirá a la óptica del Derecho Internacional, puesto que la labor de los tribunales de dicho ámbito ha sido importante para definir los elementos de los delitos. De dicha labor, así como de la evolución hacia una perspectiva de género en el Derecho, nació el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia machista, de 11 de mayo de 2011, más conocido como el Convenio de Estambul. Este texto normativo en vigor en España desde 2014 ha supuesto un impulso muy importante al Proyecto de Ley objeto de análisis, ya que el legislador señala que el cumplimiento de sus disposiciones es una de las razones que fundamentan la necesidad de la reforma.

Habiendo hecho partícipe al lector del contexto en el que se ha admitido a trámite el Proyecto de Ley, se procederá a exponer cual ha sido su evolución desde que el primer borrador de Anteproyecto fue llevado al Consejo de Ministros en marzo de 2020, para conocer correctamente su fundamentación e historia. En ese punto, se describirá de un modo general su contenido, puesto que, a pesar de no ser el objetivo del trabajo, es necesario para conocer el espíritu del texto.

Lo siguiente será cumplir con el objeto último del trabajo, describiendo las modificaciones realizadas en los artículos 178 a 180 del CP. Se analizarán las posibles

implicaciones de la eliminación del tipo delictivo del abuso sexual, y el nuevo trato dado a la agresión sexual.

Esta reforma centra el cumplimiento del tipo en la ausencia de consentimiento en el acto sexual por parte del sujeto pasivo, dejando de lado el requerimiento de que concurriese intimidación o violencia para que se considerase como agresión. Se verá como la eliminación de la diferencia de trato de dichos tipos delictivos ha tenido una aceptación diversa, dado que hay autores que lo consideran un error por considerar que se deja de graduar el delito en función de la gravedad del ataque a la libertad sexual, y otros que consideran que dicha graduación se hace a través de las circunstancias agravantes.

De dichas circunstancias también se hablará, puesto que se introducen algunas como la de comisión mediante anulación de la voluntad de la víctima mediante la llamada “sumisión química”, o la de comisión contra la esposa o análoga relación de afectividad.

Se describirá y valorará, asimismo, la variación en las penas impuestas, tanto en el tipo básico como en el agravado de la agresión sexual, así como el impacto penológico de las nuevas circunstancias agravantes.

Para concluir con la propuesta de reforma, se expondrán una serie de modificaciones adicionales que se plantean, en aras de conocer, aunque sea someramente, el impacto del Proyecto de Ley en el conjunto del CP.

Por último, se finalizará el trabajo con unas conclusiones derivadas del análisis realizado durante el texto completo, arrojando una mirada crítica sobre el trato actual de los delitos de agresión y abuso sexual y la procedencia o no de la reforma proyectada, haciendo una exposición de mi opinión al respecto en base al conocimiento adquirido sobre ello.

2. EL BIEN JURÍDICO DE LA LIBERTAD SEXUAL

La regulación actual de los delitos contra la libertad sexual en España se encuentra recogida en el Título VIII del Libro II del Código Penal. El Capítulo I (arts. 178 a 180) comprende lo relativo a las agresiones sexuales; el Capítulo II (arts. 181 y 182) a los abusos sexuales; el Capítulo II bis (arts. 183 a 183 quater) a los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años; el Capítulo III (art. 184) al acoso sexual; el Capítulo IV (arts. 185 y 186) a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual; el Capítulo V (arts. 187 a 190) a los delitos relativos a la explotación sexual, prostitución y corrupción de menores; y el Capítulo VI (arts. 191 a 194) a las disposiciones comunes a lo anterior¹.

En los subsiguientes apartados, en concordancia con el objeto de este trabajo, se tratará de analizar cómo se regula y se ha regulado el bien jurídico de la libertad sexual, echando la vista atrás para conocer su evolución en nuestro ordenamiento.

2.1 LA LIBERTAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL CÓDIGO PENAL

El derecho a la libre determinación sexual de las personas es esencialmente relevante normativamente por diversos motivos. No en vano, la sexualidad, de acuerdo a la concepción de la misma que se tiene hoy en día gracias a la evolución del pensamiento en el conjunto de la sociedad, es uno de los factores que mayor afectación tiene en el desarrollo de la personalidad de cada individuo, además de ser uno de los derechos más íntimos y ligados al sujeto en sí².

El hecho de que, con el devenir de los años, las concepciones sociales sobre el sexo y la sexualidad hayan ido variando, ha influido constantemente sobre el modo de legislar, dado que las concepciones ético-sociales sobre determinado tema siempre son el sustento de la actividad legislativa³.

Asimismo, se puede y debe afirmarse que los tipos delictivos recogidos en el Título del CP que nos ocupa son el necesario resultado de la protección que otorga la Constitución Española de 1978 a la libertad y personalidad individuales, valores fundamentales del

¹ AGUDO FERNÁNDEZ, E.; JAÉN VALLEJO, M.; PERRINO PÉREZ, Á.: *Derecho Penal aplicado: Parte Especial. Delitos contra los intereses individuales y las relaciones familiares*, edit. Dykinson, Madrid, 2020, pág.203

² DÍEZ RIPOLLÉS, J.: “El Objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 6, 2000, pág. 70

³ BOLDOVA PASAMAR, M.A.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.”, en *Derecho Penal. Parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, edit. Comares, Granada, 2016, pág. 191

espíritu de la Carta Magna, siendo el artículo 10 de la misma el máximo exponente de los mismos⁴.

Si bien es cierto que la libertad sexual es el objeto de protección de mayor relevancia por parte del CP en este tipo de delitos, siendo un factor que “*justifica las intervenciones jurídico-penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos*”, según DÍEZ RIPOLLÉS⁵, es preciso que también se pose nuestra vista en el derecho de todo individuo al libre desarrollo de su personalidad y en los derechos inherentes a la dignidad de toda persona humana⁶.

Por otro lado, es importante destacar que antes de la entrada en vigor del CP de 1995, existían ciertos elementos normativos que podían considerarse como meras remisiones a concepciones éticas o morales sobre lo que era o no sexualmente correcto⁷, como podían ser expresiones en ciertos preceptos tales como el de “tráfico inmoral” o “casas o lugares de vicio”. Este tipo de trato normativo de carácter “moral” o ético”, se vino superando a lo largo de los años, con los diversos Códigos Penales que han estado en vigor y con las diversas reformas que ha sufrido el actual – todo lo cual serán analizadas en el siguiente apartado -, pero no debe olvidarse que tanto el Derecho Penal como el resto de materias de nuestro ordenamiento jurídico están y estarán siempre condicionadas por elementos de carácter sociocultural⁸, característica perenne debido a la necesaria adaptación del Derecho a la realidad social y fáctica de su tiempo.

No en vano, de acuerdo a esa visión moralista sexual, de marcada visión patriarcal, y de acuerdo a la conclusión de ASÚA BATARRITA, “*los llamados delitos sexuales han sido un exponente claro de la función de las normas jurídicas en la recreación de los estereotipos y roles sociales que han definido durante siglos la distribución desigual de derechos y obligaciones, discriminando las posibilidades de las mujeres*”⁹.

Volviendo al concepto de la libertad sexual, podría decirse que se trata de la facultad o capacidad de determinarse libremente en el ámbito de la sexualidad para usar el propio

⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J., op. cit. pág. 70

⁵ Ibid., pág.69

⁶ AGUDO FERNÁNDEZ, E.; JAÉN VALLEJO, M.; PERRINO PÉREZ, Á. op. cit., pág.208. Estos autores hacen referencia a la Exposición de Motivos de la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal.

⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J., op. cit., pág. 73

⁸ Ibid.

⁹ ASÚA BATARRITA, A.: “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal, en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, edit. Instituto Vasco de la Mujer Emakunde, Vitoria-Gazteiz, 1998, pág. 49

cuerpo sin otras limitaciones que las provenientes de la libertad ajena¹⁰. Es decir, se trata de una concreción de la libertad personal, relativa a la esfera propia de los actos sexuales, que, al igual que otras libertades como pudieran ser la de expresión o la ambulatoria, se ve limitada por los derechos del resto de individuos.

La limitación mencionada tiene una estrecha relación con el objeto último de la tutela de la libertad sexual, puesto que dicho objeto es proteger la capacidad de decidir llevar a cabo comportamientos sexuales y el derecho de aceptar o negar a otras personas las propuestas de carácter sexual que pudieren hacerse. Puede afirmarse, en atención a lo anteriormente expuesto, que la vertiente positiva comprende el derecho de todo individuo a realizar comportamientos sexuales de acuerdo a sus capacidades y deseos junto con otra persona consintiente o en soledad, y la negativa el derecho a que otro sujeto no realice actos sexuales con su intervención sin mediar consentimiento previo¹¹. Como se puede observar, la figura del consentimiento es un elemento central en la libertad sexual de todo individuo.

En la regulación actual, lo que se garantiza con la tipificación delictiva del Título VIII del libro II del CP es, fundamentalmente, la vertiente negativa de la libertad sexual, es decir, se protege la posibilidad de cualquier persona a no ser partícipe de un acto sexual, por el mayor desvalor que ello supone frente a la posibilidad de que a alguien se le impida realizar comportamientos sexuales.

En conclusión, y de nuevo siguiendo la visión de DÍAZ RIPOLLÉS, la protección de la libertad sexual como bien jurídico de protección esencial en el Derecho penal sexual *“constituye un avance indudable, y no sólo porque ha supuesto el reconocimiento de la sexualidad como una dimensión trascendental de la autorrealización personal y ha hecho surgir el derecho igual de toda persona a ejercer su opción sexual en libertad, sino porque ha implicado la ruptura con los roles culturales tradicionales asignados a la mujer a la hora de ejercer su sexualidad, que se encontraban íntimamente entrelazados con la ya superada tutela de la moral sexual colectiva”*¹².

2.2 LA EVOLUCIÓN EN LA CONCEPCIÓN DEL BIEN JURÍDICO DE LA LIBERTAD SEXUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Habiendo analizado, desde un punto de vista teórico aún, en qué modo se protege en la actualidad el bien jurídico de la libertad sexual en nuestro ordenamiento, debemos echar

¹⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J.: *Comentarios al Código Penal*, edit. Wolters Kluwer La Ley, España, 2016, pág. 1ª Título VIII

¹¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J., op. cit., pág. 71

¹² Ibid., pág. 95

la vista atrás para dar cuenta de la evolución de la normativa en lo que a ello se refiere, ya que para llegar al punto en el que nos encontramos, el camino recorrido ha sido largo.

Uno de los primeros Códigos Penales españoles, el de 1848, rubricaba los delitos de naturaleza sexual como “Delitos contra la honestidad”, recogiendo tipos tales como el delito de amancebamiento, adulterio o violación¹³. Para tener una buena aproximación al bien jurídico que trataba de protegerse con la tipificación de estas figuras delictivas, puede observarse que dicho texto legal establecía que, si el violador se casaba con la víctima, se le perdonaba la pena. Teniendo en cuenta este precepto como elemento ilustrativo, no es difícil percibir la visión patriarcal y los tintes de moral que denotaba la regulación de ese momento.

Esa visión patriarcal también se ve reflejada en el Código Penal de 1932, ya que, en su regulación de los delitos de naturaleza sexual, recogida en el Libro II, en su Capítulo I del título X del Código – nuevamente bajo la rúbrica “Delitos contra la honestidad” – venían tipificados los delitos de “Violación y abusos deshonestos”, en los que se hacía una diferenciación fundamental en función del sexo del sujeto pasivo del delito. Tanto es así que no se contemplaba la violación a un hombre, y los llamados “abusos deshonestos” si eran penados fuera cual fuera el sexo de la víctima¹⁴.

Es preceptivo detenerse, antes de avanzar hacia normativa más reciente, en el concepto de la “honestidad” que los dos textos normativos mencionados hasta el momento utilizan para denominar el bien jurídico atacado en los delitos de naturaleza sexual. Dicho concepto de honestidad estaba, según MONGE FERNÁNDEZ *“imbuido de tintes morales, y se mostraba excesivamente restrictivo, dejando en la atipicidad los atentados sexuales que tuviesen lugar sobre “personas reputadas socialmente deshonestas”, o sobre menores, cuyo calificativo resultaría impropio”*¹⁵.

Hubo que esperar hasta 1980, año en el que se publicó un Proyecto de Ley para el nacimiento de un nuevo CP – que finalmente no llegó a buen puerto al no ser aprobado por las Cortes – para que se comenzase a intuir un cambio de paradigma en la legislación, puesto que el mismo, desde su Exposición de Motivos¹⁶ indica como la legislación previa

¹³ GAVILÁN RUBIO, M.: “Agresión sexual y abuso con prevalimiento. Análisis de la reciente jurisprudencia”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 12, edit. Dykinson, enero-junio 2018, pág. 83

¹⁴ ESTEVE MALLENT, L.: “Consentimiento y dicotomía entre agresión y abuso en los delitos de naturaleza sexual” *El Criminalista Digital* nº 9, 2021, pág. 42. Recuperado de: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/cridi/article/view/21636>

¹⁵ MONGE FERNÁNDEZ, A.: *“Las Manadas” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones sexuales*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág.50

¹⁶ Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 17 de enero de 1980: “la ley penal fracasa sistemáticamente y resulta totalmente ineficaz, como sucede a veces en el marco de la moral sexual (...) Hay innovaciones que responden al cambio social. Así, la ley penal no podía permanecer insensible ante la evolución que la moral sexual experimentó desde el siglo pasado, o ante la

estaba obsoleta y era ineficaz frente a la evolución de la moral sexual que había experimentado el país. En el Proyecto constaba la introducción de la rúbrica “Delitos contra la libertad sexual”, y a partir de ese momento la jurisprudencia se orientó progresivamente en dicho sentido¹⁷, optando por defender que el bien jurídico protegido era la libertad sexual y no la honestidad.

Sin embargo, no fue hasta la Reforma del Código Penal de 1989¹⁸ cuando se introdujo legislativamente el término de la libertad sexual, pasando a ser, ahora sí con una base legal, desde ese momento, el bien jurídico central a proteger por la tipificación de los delitos de naturaleza sexual. La Exposición de Motivos de dicha Ley fundamentó que la introducción del término “libertad sexual” como sustitutivo de “honestidad” en la necesidad de que el bien jurídico protegido era el primero, y la concepción ética y moral se había visto superada¹⁹.

Después, con la entrada en vigor del Código Penal actual en 1995 se desterró finalmente la honestidad como bien jurídico protegido²⁰, y se renovó en gran parte la regulación de los delitos de naturaleza sexual.

Sin embargo, uno de los aportes más importantes del CP de 1995 a la protección de la libertad sexual fue la introducción de la figura del consentimiento del sujeto pasivo, o más bien de su ausencia, como elemento necesario para determinar la existencia de un delito de abuso sexual²¹.

complejidad que desde entonces adquirió el tráfico mercantil e industrial. Estas transformaciones sociales encuentran reflejo en los Títulos 111 y VIII del Libro 11, que se ocupan respectivamente de los delitos contra la libertad sexual y de los delitos contra el orden socio-económico.”

¹⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J., op. cit., pág. 1ª Título VIII

¹⁸ Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (BOE núm. 148, de 22 de junio de 1989), pág. 19351 a 19358.

¹⁹ Cfr. Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal: “La necesidad de una reforma de los llamados delitos «contra la honestidad» del Código Penal es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad. Una primera modificación se impone: Respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión «honestidad» por «libertad sexual», ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado.”

²⁰ Cfr. Preámbulo de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, Preámbulo, p. 9.: “Además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto”

²¹ Cfr. Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, artículo 181: “El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona, será castigado como culpable de abuso sexual con la pena de multa de doce a veinticuatro meses.”

Asimismo, se introdujo, por primera vez en la codificación española una diferenciación en los delitos contra la libertad sexual en función de la intensidad del ataque, puesto que se creó la distinción entre la ya mencionada figura del abuso y la agresión sexuales.²² Esto provocó que, por ejemplo, los actos sexuales, incluso con acceso carnal, con personas privadas de razón o sentido, no fuesen considerados entre los tipos delictivos más graves, es decir, como agresión sexual, siendo reconducidos al tipo de abuso²³. Esta circunstancia en concreto, así como la relevancia del consentimiento en el acto sexual, es una de las impulsoras de las modificaciones que realizará el Proyecto de Ley objeto de estudio, como más adelante se expondrá en este trabajo.

También fue introducido en el Código el delito de acoso sexual, fruto de la Recomendación de la Comisión Europea del 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo, que incluyó en su contenido un Código de Conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual²⁴.

Volviendo a la evolución normativa, se puede comprobar como el CP actual ha sufrido varias reformas, en lo que a los delitos de naturaleza sexual respecta, desde el momento de su entrada en vigor. Dichas reformas son las operadas por las LLOO 11/1999, 15/2003, 5/2010 Y 1/2015, que tienen en común el objetivo de otorgar una mayor protección a los menores de edad frente a realización de conductas sexuales sobre su persona.

Con respecto a lo expuesto en el último párrafo, ha de entrarse a analizar la Ley Orgánica 11/1999, de 20 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, cuya principal novedad fue modificar la rúbrica de dicho Título, pasando este a denominarse “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. En la Exposición de Motivos de esta ley, se señala expresamente que los bienes jurídicos en juego “no se reducen a la libertad sexual, ya que también se han de tener muy en cuenta [...] la indemnidad o integridad sexual de los menores o incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser

²² FARALDO CABAÑA, P.: “Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género”, en *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, edit. J.M. Bosch Editor, Barcelona, España, 2020, pág. 261.

²³ *Ibidem*

²⁴ AGUDO FERNÁNDEZ, E.; JAÉN VALLEJO, M.; PERRINO PÉREZ, Á. L., op. cit., pág. 264. Estos autores hacen referencia al Código de Conducta contenido en la Recomendación 92/131/CEE de la Comisión Europea, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10917a>. En el mismo se define el acoso sexual como “*toda conducta irrazonable y ofensiva para la persona objeto de la misma; toda conducta que justifique explícita o implícitamente una decisión que afecte a los derechos de esta persona en materia de formación profesional, empleo, mantenimiento del empleo o salario; toda conducta que cree un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona objeto de la misma.*”

siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos”²⁵.

El concepto de la indemnidad sexual no ha sido nunca objeto de acuerdo total²⁶, por su imprecisión. El bien jurídico que pretende protegerse tras esta terminología no es otra cosa que la libertad sexual de las víctimas que no tienen capacidad, por un motivo u otro, normalmente la edad, para autodeterminarse sexualmente. Por lo tanto, la indemnidad sexual podría definirse como *“el interés en que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad”*, según DÍEZ RIPOLLÉS²⁷. Asimismo, lo que se protege es la formación adecuada de la personalidad del menor, en la que la sexualidad juega un papel relevante.

De vuelta en la reforma de 1999, su esencia radica fundamentalmente en reformar todo el sistema de los delitos cometidos sobre menores siendo todo esto consecuencia de una acción común impulsada por el Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. Para ello se buscaron penas de mayor proporcionalidad eliminando algunas de carácter pecuniario para hacer frente a las necesidades tanto de prevención general como especial²⁸. Por otro lado, se reintrodujo en el CP el término de la “violación” en el artículo 179 CP, lo que, dejando de lado la vuelta a la terminología de la tradición jurídico-legislativa, no supuso modificaciones en el contenido ni en el régimen jurídico de las agresiones sexuales²⁹.

Asimismo, se modificó el régimen jurídico de la figura del acoso sexual, que pasó a poder ser consumada sin necesidad de que el sujeto activo actuase prevaliéndose de una situación de superioridad, comenzando así a penar el acoso entre iguales u horizontal³⁰ pasando ese supuesto a formar parte del tipo agravado

Dejando a un lado la pequeña reforma realizada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, puesto que está prácticamente se limitó a reformar el delito de pornografía infantil endureciendo sus penas y ampliando supuestos típicos, se debe pasar a analizar la importante reforma realizada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Esta ley, como

²⁵ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999, de 20 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal

²⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., op. cit., pág. 80

²⁷ Ibid.

²⁸ AGUDO FERNÁNDEZ, E.; JAÉN VALLEJO, M.; PERRINO PÉREZ, Á. L., op. cit., pág. 204

²⁹ FARALDO CABAÑA, P., op. cit. pág. 265

³⁰ AGUDO FERNÁNDEZ, E.; JAÉN VALLEJO, M.; PERRINO PÉREZ, Á. L., op. cit., pág. 264

bien queda reflejado en su preámbulo³¹, fue dictada para una correcta transposición de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, e introdujo un nuevo Capítulo II bis en el Título VIII del Libro II del CP, bajo la rúbrica “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, así como el delito del “child grooming”.

La última reforma introducida en el CP en lo relativo a los delitos de naturaleza sexual fue la realizada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Esta ley se ocupó de la trasposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que sustituyó a la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, previamente traspuesta en la anterior reforma. Como una de las novedades significativas introducidas por la reforma, nos encontramos con que elevó la edad mínima la edad del consentimiento sexual, entendida en los términos del art. 2.b) de la Directiva, como la edad por debajo de la cual no se permite realizar actos de carácter sexual con una persona menor de edad, que pasó de los trece a dieciséis años³². Cabe destacar que dicha decisión fue tomada para cumplir con la sugerencia emitida por el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, al considerar éste que 13 años era una edad relativamente baja para el consentimiento sexual³³.

Más allá de las menciones a las reformas realizadas en los delitos contra menores, que no son objeto de análisis de este trabajo, el conocimiento de la evolución legislativa en nuestro ordenamiento en lo que se refiere a la protección de la libertad sexual es vital para comprender tanto la tipificación actual como la propuesta de reforma de los delitos de agresión y abuso sexual.

El desarrollo desde una regulación de un corte moralista hasta la visión que se tiene en la actualidad, ha propiciado que se haya llegado a un ordenamiento que trata de proteger el derecho de todo individuo de disfrutar su sexualidad en total libertad. Sin embargo, y como iremos analizando a lo largo de este trabajo, si se está tramitando una reforma de los delitos de esa naturaleza es porque se considera que la libertad sexual de las personas,

³¹ Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: “ha de mencionarse la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor.”

³² JAÉN VALLEJO, M.; PERRINO PÉREZ, Á.: *La reforma penal de 2015*, edit. Dykinson, Madrid, 2015, pág. 93

³³ *Ibidem*

y más concretamente de las mujeres, no está lo suficientemente protegida en la regulación actual.

3. LA INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Habiendo analizado la evolución seguida en el ordenamiento jurídico español en lo relativo a los delitos de naturaleza sexual hasta el momento en que este trabajo está siendo realizado, se debe posar la vista en el Derecho Internacional y comparado para comprender dónde se encuentra el origen, o al menos como nacieron los primeros debates jurídicos en torno a estas figuras.

Esta necesidad se da puesto que las demandas de evolución en el tratamiento de los delitos contra la libertad sexual no son, ni mucho menos, un fenómeno español³⁴, ya que se parte de una doctrina emanada desde los tribunales y organismos internacionales, derivada ésta, a su vez, de las demandas del conjunto de la sociedad de diversos Estados.

Es por ello que en los siguientes apartados, pasaremos a analizar el trato que se les ha dado a los delitos contra la libertad sexual en los ámbitos del Derecho Internacional, bien mediante la labor de los Tribunales Penales Internacionales o bien con la realización de tratados, lo que ha sido uno de los motores de las sucesivas reformas en el ordenamiento penal español.

3.1 LA LABOR JUDICIAL DEL TEDH

A lo largo del pasado siglo, en el que el Derecho Internacional ganó un peso significativo gracias a los Tribunales de carácter tanto permanente como la Corte Penal Internacional, como de carácter ad hoc – véase, por ejemplo, los Tribunales Penales para Ruanda o la Antigua Yugoslavia - creados por la ONU, los crímenes sexuales han sido abordados

³⁴ VALLEJO TORRES, C.: “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia afuera para reflexionar desde dentro”, *Diario La Ley* n° 8447, edit. Wolters Kluwer, septiembre de 2018, Madrid, pág. 3

partiendo de la esfera de los conflictos armados³⁵, puesto que es en esas situaciones donde se han cometido las mayores atrocidades.

La regulación legal internacional relativa los delitos contra la libertad sexual es reciente en comparación a la regulación de otro tipo de delitos en el Derecho penal internacional, partiendo de los esfuerzos interpretativos los esfuerzos interpretativos realizados por la jurisprudencia de los tribunales ad hoc mencionados previamente, que entendió tales conductas integradas dentro del delito de torturas o tratos inhumanos previstos en los diferentes Convenios de Ginebra³⁶.

Es relevante destacar que el Convenio de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales otorgaban protección a las mujeres “contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor”³⁷ Esa terminología, como ya se ha mencionado previamente en lo relativo al ordenamiento jurídico español, es propia de una época donde lo que primaba era una visión enraizada en la moral sexual de las mujeres, más que en su libertad sexual. Se trata del primer acuerdo internacional multilateral que expresamente menciona y prohíbe la violación, pero fue ampliamente criticado, entre otras cosas, porque la violación no se encuentra enmarcada dentro del artículo 147 del IV Convenio, dejando este crimen fuera de las «infracciones graves» y por tanto no generando en los países la obligación de prohibirlo y perseguirlo³⁸.

En este punto, es imprescindible, para entender la regulación actual del Estatuto de la Corte Penal Internacional³⁹, conocer la labor enjuiciadora realizada por los Tribunales Internacionales Penales para Yugoslavia y Ruanda, creados por el Consejo de Seguridad de la ONU, empujados por el desasosiego creado en la Comunidad Internacional por las atrocidades sucedidas en los conflictos armados ocurridos en dichos países. A continuación, se analizarán una serie de sentencias emitidas por dichos Tribunales, en atención a reconocer su importancia para la protección de la libertad sexual en el Derecho Penal Internacional:

³⁵ ALTUZARRA ALONSO, I.: “El delito de Violación en el Código Penal español: Análisis de la difícil Delimitación entre la intimidación de la Agresión Sexual y el prevalimiento del Abuso Sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional”, *Revista de Estudios Deusto*, Vol. 68/1, enero-junio 2020, pág. 516

³⁶ VALLEJO TORRES, C., op. cit. pág. 3

³⁷ Art. 27 del IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor en España el 21 de octubre de 1950.

³⁸ ALTUZARRA ALONSO, I., op. cit. pág. 518

³⁹ Véase Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma, Italia el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Accesible en [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

- La sentencia *Akayesu*⁴⁰: Jean Paul Akayesu era un burgomaestre en una comuna ruandesa. En Ruanda, el burgomaestre es la figura de máximo poder en la comuna. Mientras el municipio se encontraba bajo su administración, alrededor de 2000 personas pertenecientes al grupo étnico Tutsi fueron asesinadas y cientos de mujeres fueron violadas, golpeadas y sometidas a violencia sexual. La Corte consideró que Akayesu facilitó, alentó y ordenó que ocurrieran estos hechos, por lo que lo declararon penalmente responsable por genocidio y crímenes contra la humanidad, puesto que el Tribunal consideró las violaciones y la violencia sexual perpetradas contra las mujeres tutsi como actos constitutivos de dichos delitos.

En concreto, la Sentencia indicó que “la violencia sexual, que incluye la violación, es cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona en circunstancias coactivas.” añadiendo además que “La violencia sexual no está limitada a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no implican la penetración ni el contacto físico”⁴¹.

- La sentencia *Kuranac*⁴²: El caso juzgado en esta resolución por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia fue el relativo a lo que ocurrió en la región de Foca, en la actual Bosnia y Herzegovina, durante la guerra en la ex república balcánica.

En dicha región, los tres acusados, de etnia serbia, fueron responsables de lugares en los que se cometieron atrocidades tales como violaciones sistemáticas y tratos extremadamente vejatorios de mujeres y niñas musulmanas, cuya vida y libertad estuvo en las manos de sus captores durante largo tiempo. Por esos actos, fueron los acusados encontrados culpables de crímenes de lesa humanidad.

Esta sentencia es muy relevante, dado que pasa a hacer gravitar el carácter delictivo de la conducta contra la libertad sexual, no ya del uso de la fuerza o la coacción, sino de la ausencia de consentimiento⁴³. Para probar dicha ausencia, ha de destacarse lo establecido por la sentencia que la Sala de Apelaciones del mismo

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 2 de septiembre de 1998, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-A-T en http://www.worldcourts.com/icttr/eng/decisions/1998.09.02_Prosecutor_v_Akayesu.pdf Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Caso núm. ICTR- 96-4-t.

⁴¹ *Ibid.* párrafo 597.

⁴² Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia de 22 de febrero de 2001, *The Prosecutor v. Dragoljub Kuranac, Radomir Kovac & Zoran Vukovic*, IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, disponible en <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf> Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. *Prosecutor v. Dragoljub Kuranac, Radomir Kovac & Zoran Vukovic*, Caso núm. IT-96-23-T&IT-96-23/1-T

⁴³ VALLEJO TORRES, C., *op. cit.* pág. 4, afirmación obtenida por la autora de lo declarado por la Sentencia *Kuranac* (ver cita superior), en los párrafos 453 a 456.

Tribunal dictó el 12 de febrero de 2002⁴⁴, en la que se remarcó que la concurrencia de amenazas o violencia no era una “*conditio sine qua non*” para que se entendiese que la víctima no había dado su consentimiento a la relación⁴⁵.

Por último, A efectos de probar la ausencia de consentimiento, la Sala de Apelaciones descartó expresamente que la falta de resistencia de la víctima supusiera automáticamente que ésta hubiese consentido la relación sexual y sostuvo que el uso de la fuerza o la amenaza no es un elemento definidor del crimen de violación, pudiendo concurrir otros factores distintos que hacen que la penetración sexual sea un acto no consentido o no voluntario por parte de la víctima.

Fuera de la labor de los tribunales creados por la ONU, cabe destacar la realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, organismo perteneciente al Consejo de Europa. Dicho tribunal dictó una sentencia muy acorde con la línea de las expuestas en los párrafos superiores, la relativa al caso M.C. vs Bulgaria⁴⁶.

El supuesto tenía su origen en la decisión del Ministerio Fiscal Búlgaro de no presentar cargos tras una denuncia por violación basándose en que no constaba que la víctima se hubiera resistido físicamente a la misma⁴⁷. La Sala, siguiendo la jurisprudencia emanada por los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la Antigua Yugoslavia⁴⁸ – en las sentencias que se han analizado previamente – vino a establecer que “el consentimiento debe ser dado voluntariamente, como resultado de la voluntad de la persona, y evaluado conforme a las circunstancias que rodean al hecho”⁴⁹.

Por último, y como dato muy interesante con lo que al objeto de este trabajo respecta, la Corte declara que “de acuerdo a los estándares actuales y las tendencias en dicho área, las obligaciones positivas de los Estados Parte, conforme a los artículos 3 y 8 del Convenio⁵⁰,

⁴⁴ Sentencia de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia de 12 de junio de 2002, *The prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic*, n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, disponible en <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>

⁴⁵ Vid. VALLEJO TORRES, C., ob. cit. pág. 4, afirmación obtenida por la autora de lo declarado por la Sentencia de la Sala de Apelaciones para el caso Kuranac (véase cita inmediatamente superior), en el párrafo 129.

⁴⁶, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5212/15.pdf>

⁴⁷ VALLEJO TORRES, C., op. cit., pág. 5. La autora, a su vez, extrae su síntesis del contenido de la Sentencia citada en la cita inmediatamente anterior.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para el caso M.C. vs Bulgaria, de fecha 4 de diciembre de 2003, Demanda n° 39272/98, párrafo 163.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Se refiere al Convenio Europeo de Derechos Humanos, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

deben requerir la penalización y condena eficaz de cualquier acto sexual no consentuado, incluso en la ausencia de resistencia física por parte de la víctima”⁵¹.

Así, el TEDH da por superada la concepción de la resistencia física como manifestación de la ausencia de consentimiento y denota la evolución de la protección de la libertad sexual en los distintos ordenamientos jurídicos⁵². Esta postura doctrinal ha favorecido la evolución de los tribunales de distintos Estados Parte, como es el caso de España, y también influyó en el contenido del Convenio de Estambul, del que hablaremos en el siguiente apartado.

3.2 EL CONVENIO DE ESTAMBUL Y SU INFLUENCIA EN LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.

En este punto, para poder continuar con el análisis de la protección de la libertad sexual en el ámbito del Derecho Internacional, ha de trasladarse a la óptica del Derecho común, fuera de lo regulado en los conflictos armados, y para ello es imprescindible detenerse en el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia machista, aprobado en Estambul el 11 de mayo de 2011⁵³, y en vigor en España desde el 1 de agosto de 2014.

Este tratado fue precedido de una serie de medidas implementadas por el Consejo de Europa para proteger a las mujeres frente a la violencia de género, como la recomendación emitida por su Consejo de Ministros el 30 de abril de 2002⁵⁴, que indicaba que las legislaciones nacionales de los Estados miembros debían “Disponer las medidas y sanciones adecuadas, haciendo posible que se tomen acciones rápidas y eficaces contra quienes realicen actos violentos y paliar el daño hecho a las mujeres que son víctimas de la violencia”, mediante la penalización de “cualquier acto sexual llevado a cabo sin el consentimiento de la otra persona, aun cuando ésta última no de muestras de oponer resistencia”. Dichas medidas terminaron con la creación del Comité Ad Hoc para impedir y combatir la Violencia contra mujeres y violencia doméstica, órgano que redactó el borrador del texto normativo que finalmente sería aprobado.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para el caso M.C. vs Bulgaria, párrafo 166

⁵² VALLEJO TORRES, C., op. cit., pág. 5

⁵³ Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia doméstica, Consejo de Europa, aprobado en Estambul el 12 de abril de 2011. Ratificado por España el 10 de abril de 2014. Publicado en el BOE nº. 137, de 6 de junio de 2014, págs. 42946-42976.

⁵⁴ Recomendación Rec. (2002) del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la protección de la mujer contra la violencia.

Asimismo, y como bien es indicado en el Preámbulo del Convenio, también se tuvo muy en cuenta en la redacción del texto la jurisprudencia emanada por el TEDH⁵⁵, como la analizada en el apartado anterior, como la definición que se le daba a la violencia sexual.

Las disposiciones de este tratado de ámbito europeo están dirigidas, como la propia rúbrica del texto indica, a combatir la violencia de género, y como bien expresa LOUSADA AROCHENA una de las características del Convenio de Estambul es “*la comprensión de la violencia contra las mujeres desde la perspectiva de género, siendo el género un factor sistémico a erradicar con políticas transversales pues solo la integración de la lucha contra la violencia de género en todas las políticas puede acabar con algo que es sistémico.*”⁵⁶. Es por ello que contienen numerosos preceptos que tratan de proteger la libertad sexual de las mujeres, que son las que, lamentablemente en la grandísima mayoría de ocasiones, ven atacado dicho bien jurídico.

Pasando al análisis del contenido del Convenio, se debe destacar, en primer lugar, qué a lo largo de todos los preceptos recogidos, la máxima que se sigue es la de requerir a los Estados Parte que tomen medidas legislativas u otras necesarias para proteger a las mujeres de cualquier acto de violencia. Teniendo esto en cuenta y en lo que a los atentados contra la libertad sexual se refiere, se debe posar la vista en los artículos 36, 40 y 46, que son los que recogen los requerimientos relativos a la violencia sexual, al acoso sexual y a las circunstancias agravantes de los delitos de dicha naturaleza. Dicen así:

“Artículo 36 – Violencia sexual, incluida la violación

1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

- a) 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;*
- b) los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;*
- c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.*

⁵⁵ Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia doméstica, Preámbulo: “Teniendo en cuenta el volumen creciente de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establece normas importantes en materia de violencia contra las mujeres”

⁵⁶ LOUSADA AROCHENA, F.: “El acoso sexual en el Convenio de Estambul y su transposición interna. El pacto de estado en materia de violencia de género”, *El Convenio de Estambul como marco de derecho antidisubordinatorio*, edit. Dykinson, Madrid, 2018, pág. 73

2 El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.

3 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno.

(...)

Artículo 40 – Acoso sexual

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales

(...)

Artículo 46 – Circunstancias agravantes

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, de conformidad con las disposiciones aplicables de su derecho interno, puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio:

- a) que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que abuse de su autoridad;*
- b) que el delito, o los delitos conexos, se haya cometido de forma reiterada;*
- c) que el delito se haya cometido contra una persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad por la concurrencia de particulares circunstancias;*
- d) que el delito se haya cometido contra o en presencia de un menor;*
- e) que el delito se haya cometido por dos o más personas actuando conjuntamente;*

- f) *que el delito haya sido precedido o se haya acompañado de una violencia de extrema gravedad;*
- g) *que el delito se haya cometido mediante la utilización o la amenaza de un arma;*
- h) *que el delito haya provocado graves daños físicos o psicológicos a la víctima:*
- i) *que el autor haya sido condenado anteriormente por hechos de similar naturaleza.”*

De la lectura de estos preceptos pueden sacarse una serie de conclusiones realmente claras:

- I. Del mismo modo que en la jurisprudencia analizada en apartados previos, el Convenio no hace mención alguna a que deban concurrir uso de fuerza o intimidación mediante amenazas para que efectivamente se dé un atentado con la naturaleza de violencia sexual.
- II. Se introduce de manera expresa la obligación de que el consentimiento para cualquier acto sexual sea prestado de manera libre o se deduzca de las circunstancias del momento⁵⁷.
- III. También introduce la necesidad del consentimiento en la figura del acoso sexual, al referirse al mismo como “*comportamiento no deseado*”. Sin embargo, existen críticas a dicha terminología, puesto que, según LOUSADA AROCHENA, las exigencias de que el comportamiento “*tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona*” y sea “*no deseado*”, conduciría a suponer que “*un comportamiento que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona no es acoso mientras esa persona no diga que no*”, siendo lo realmente razonable que “*el ilícito se consume con la ofensa, no con la negativa de la víctima, sin perjuicio de que si el comportamiento sexual le gusta a quien lo recibe, su consentimiento pueda legitimarlo*”⁵⁸.
- IV. El tercer apartado del artículo 36 deja claro, de acuerdo a la mirada de VALLEJO TORRES, que al obligar a los Estados Parte a que lo relativo a los actos de violencia sexual también se aplique a los actos llevados a cabo por los cónyuges o parejas de hecho “*lo que supone una clara apuesta por reconocer tales delitos*

⁵⁷ VALLEJO TORRES, C., op. cit. pág. 5

⁵⁸ LOUSADA AROCHENA, F., op cit. pág. 83

*como un atentado contra la libertad sexual, desterrando definitivamente otras consideraciones relacionadas con el honor o la honestidad”*⁵⁹.

- V. El artículo 46 contiene una serie de circunstancias agravantes cuya introducción en sus respectivos ordenamientos requiere a cada Estado firmante del Convenio. La elevada cantidad de las mismas hace suponer que se trata de un precepto pensado para ciertos países en los que la legislación ha avanzado menos en la tipificación de los delitos de naturaleza sexual.

Para concluir con este apartado, es necesario poner de manifiesto que el cumplimiento de lo dispuesto por el Convenio de Estambul es uno de los motores que han empujado a la realización del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual⁶⁰, objeto de análisis de este trabajo.

Desde la entrada en vigor de este tratado internacional en España, en 2014, la única reforma realizada en el CP fue la operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En la Exposición de Motivos de dicha ley se declara que se introduce la agravante genérica de “género” en el artículo 22.4 del CP⁶¹ en cumplimiento con lo dispuesto por el Convenio, pero no hace ninguna mención adicional al mismo.

Asimismo, en nuestro ordenamiento jurídico no existe una definición del consentimiento en los actos sexuales como la que recoge el art. 36 del Convenio, puesto que simplemente se menciona su ausencia como elemento subjetivo necesario para que se puedan cumplir los tipos de agresión o abuso sexual, pero no el modo en el que éste se consideraría otorgado.

Por último, el CP no recoge algunas de las circunstancias agravantes que el art. 46 establece como necesariamente considerables, lo que más adelante estudiaremos en el apartado correspondiente al análisis de la reforma propuesta por el Proyecto.

⁵⁹ VALLEJO TORRES, C., op. cit. pág. 5

⁶⁰ Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, publicado en el BOCG el 26 de julio de 2021. Exposición de motivos, pág. 9

⁶¹ Artículo 22. 4 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: “Artículo 22. Son circunstancias agravantes: 4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta

4. LOS ASPECTOS BÁSICOS DE TIPIFICACIÓN ACTUAL DE LOS DELITOS DE ABUSO Y AGRESIÓN SEXUAL.

Tras analizar la evolución de la normativa en los delitos contra la libertad sexual y la protección de dicho bien jurídico en el ordenamiento español, el objeto de este trabajo, que no es otro que analizar la modificación que llevará a cabo el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual en el Código Penal, en específico en los tipos delictivos de la agresión y abuso sexual, lleva a la necesidad, en este punto, de exponer como se regulan en la actualidad estas figuras, y analizar el trato que los tribunales les han ido dando, en aras de conocer en qué aspectos podría incidir el nuevo Proyecto de Ley.

Es preciso destacar, antes de entrar a analizar el contenido de estos tipos delictivos, que la dificultad para diferenciar ciertos elementos que componen las figuras de la agresión y el abuso sexuales ha existido desde la creación de las mismas por el Código Penal de 1995, y que este trabajo tratará, en aras de definir de la mejor manera posible en el contexto en el que se encuadra la potencial reforma proyectada por el texto normativo que es objeto de análisis.

Asimismo, debemos dejar claro que lo recogido en los siguientes apartados no se trata de un análisis completo del régimen jurídico de estos delitos, sino una aproximación a los elementos sobre los que la propuesta de reforma incidirá, en aras de hacerse un mapa ilustrativo de su impacto.

4.1 LA AGRESIÓN SEXUAL

El tipo delictivo de la agresión sexual fue introducido por el Código Penal de 1995, como se ha mencionado en apartados previos. Está regulado en el Capítulo I del Título VIII del CP, que comprende los artículos 178, 179 y 180. Sus redacciones rezan como sigue:

“Artículo 178.

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

Artículo 179.

Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras

vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años.

Artículo 180.

1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.ª Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

2.ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

3.ª Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

4.ª Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

5.ª Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.”

4.1.1 TIPO BÁSICO

El primer artículo del capítulo, el 178, define el tipo básico de la agresión sexual como un ataque a la libertad sexual llevado a cabo concurriendo violencia o intimidación, castigándolo con pena de prisión de 1 a 5 años.

Tradicionalmente se ha venido considerando que los elementos requeridos para que el tipo se viese cumplido serían 3, según GAVILÁN RUBIO⁶²:

1. La anulación de la voluntad del sujeto pasivo mediante una actuación violenta o intimidatoria.
2. Existencia de un elemento objetivo de la realización de cualquier acto sexual, es decir, tocamiento, contacto o cualquier materialización que tenga significado sexual.
3. Existencia del elemento subjetivo del deseo de obtención de satisfacción sexual por parte del sujeto activo. Este elemento es discutido doctrinalmente, ya que es posible, en ciertos contextos, que no concurra esa satisfacción y el ataque se realice con la única intención de vejar a la víctima y coartar su libertad sexual.

En consecuencia, se podría definir a la agresión sexual como un ataque a la libertad sexual caracterizado por el uso de la violencia o intimidación para obtener el doblegamiento de la voluntad del sujeto pasivo, en aras de poder realizar un acto sexual que él no desea sobre su persona. La violencia supone el empleo de la fuerza física corporal y la intimidación la utilización de la amenaza⁶³.

En cuanto a los sujetos activo y pasivo del delito, es indiferente su género, es decir, no es necesario que el sujeto activo sea un hombre y el pasivo una mujer, que es, desgraciadamente, lo más común, sino que se cumpliría también el tipo siendo la situación opuesta, e incluso si los dos sujetos fuesen del mismo sexo. Está afirmación parece un tanto lógica e irrelevante, pero ha de destacarse puesto que no siempre fue así, ya que en Códigos Penales de siglos pasados el único sujeto pasivo posible del delito era la mujer⁶⁴. Asimismo, la amplia perspectiva de género que tratará de otorgar el Proyecto de Ley objeto de estudio al CP, como se expondrá más adelante, hace que sea relevante mencionar esta circunstancia.

Por otro lado, en cuanto al elemento objetivo, es decir, la realización de actos de carácter sexual sobre el sujeto pasivo, basta con que estos se produzcan mediante una actitud violenta e intimidatoria del sujeto. Por lo tanto, se consideraría una agresión sexual el forzar a una persona a realizarse tocamientos si para ello se utiliza violencia e intimidación, aunque no haya contacto sexual entre el sujeto activo y ella⁶⁵.

⁶² GAVILÁN RUBIO, M., op. cit. pág 86

⁶³ BOLDOVA PASAMAR, M. A., op. cit. pág 195

⁶⁴ Vid. pág. 10ª de este trabajo.

⁶⁵ CANCIO MELIÁ, M.: “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual” en *LA LEY PENAL*, núm.80, marzo 2011, edit. LA LEY, pág 1626.

Por su parte, en lo referente a la agresión sexual cometida con violencia, los autores AGUDO, JAÉN y PERRINO, con base en la jurisprudencia emanada por el Tribunal Supremo⁶⁶, destacan que la misma “*no ha de ser de tal grado que deba presentar caracteres de irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizándolo o inhibiendo la voluntad de la víctima*”⁶⁷.

A mayor abundamiento, la STS 292/2019, de 31 de mayo, indica que la violencia no ha de ser de tal magnitud que cause lesiones en la víctima para que se considere producida, sino que basta con que se venza la oposición de la víctima⁶⁸, que, por su parte, no debe ser de un carácter “*heróico*”⁶⁹.

Por último, para definir las características que debe reunir la intimidación para que se considere como idónea y se cumpla el tipo, nos remitimos al tercer punto de este título del presente trabajo, que se encargará de establecer las notas que definen a estos conceptos y tratará de diferenciarlas del prevalimiento en el delito de abusos sexuales.

4.1.2 TIPO AGRAVADO: LA VIOLACIÓN

El artículo 179 del CP define el denominado delito de “violación”⁷⁰, como un tipo agravado de agresión sexual en el que debe concurrir un acceso carnal sobre el sujeto pasivo por vía vaginal, anal o bucal, o la introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías, y pena tales conductas con seis a doce años de prisión.

El concepto de “acceso carnal” ha recibido un trato, tanto doctrinal como jurisprudencial, que ha ido evolucionando a lo largo de los años, pero en la actualidad se sigue lo que dispuso la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Acuerdo no jurisdiccional de fecha 25 de mayo de 2005, en el que se estableció que era “*equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder*”, por lo que se equiparán de ese modo, por ejemplo, la penetración sin consentimiento y la obligación de introducir el miembro sexual masculino en cualquiera de las vías que recoge el precepto.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 1169/2004, de 18 de octubre, ECLI:ES:TS:2004:6569

⁶⁷ AGUDO FERNÁNDEZ, E.; JAÉN VALLEJO, M.; PERRINO PÉREZ, Á. op. cit., pág. 221

⁶⁸ Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 292/2019, de 4 de julio, ECLI:ES:TS:2019:1728

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Vid. pág. 13 de este trabajo. El término fue reintroducido en el CP por la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal

Asimismo, cabe destacar que el Tribunal Supremo, en su Sentencia 248/2005, vino a señalar que para que exista acceso carnal no es necesaria la penetración completa, pues la jurisprudencia había venido indicando que tal acceso “*no depende de circunstancias puramente anatómicas, sino de consideraciones normativas*”⁷¹.

4.1.3 CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS DE AGRAVACIÓN

El artículo 180 del CP recoge cinco circunstancias específicas que agravan las penas contenidas en los artículos 178 y 179, al intervalo de cinco a diez años para los primeros y doce a quince años para los segundos.

Tales agravantes se fundamentan en el mayor desvalor y reprochabilidad que supone la conducta delictiva si se hacen de ciertas maneras, de las cuales procedemos a describir las cuatro primeras, por la relevancia que ostentan en relación a la proyectada reforma que es objeto de este trabajo:

- I. Que la violencia o intimidación ejercidas sean particularmente degradantes o vejatorias.

La apreciación de esta circunstancia agravante se antoja complicada, puesto que existe el riesgo de caer en el “*non bis in ídem*”, al considerar que se da la misma por el carácter degradante o vejatorio de los propios actos sexuales. Sin embargo, para que la valoración judicial pueda ser lo más correcta y proporcional posible, el Tribunal Supremo mantiene el criterio de que para que sea posible la apreciación de esta agravante, “*cuando la violencia o intimidación, superen con claridad los niveles propios del delito, es decir, cuando, tal como se dice en el mismo artículo, revistan un carácter «particularmente» degradante y vejatorio.*”⁷², debiendo revestir la violencia o intimidación utilizadas “*una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos, o una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo*”⁷³

- II. Que estén implicados como coautores dos o más personas.

⁷¹ Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 348/2005, de fecha 17 de marzo, ECLI:ES:TS:2005:1714

⁷² Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 11/2006, de 19 de enero, ECLI:ES:TS:2006:312

⁷³ Ibid.

El Tribunal Supremo señala, en su Sentencia 1142/2009, de 24 de noviembre, que el legislador acierta al introducir esta circunstancia puesto que lo que castiga es *“la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado pues de un lado, la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación”*⁷⁴. Por otro lado, nada impide que se les aplique la agravante a todos los coautores, puesto que todos ellos toman provecho de las facilidades que otorga la actuación conjunta⁷⁵.

Esta circunstancia agravante ha generado una problemática amplia en diversos casos, dado que, como se verá más adelante al analizar las diferencias entre la intimidación y el prevalimiento de una situación de superioridad, en supuestos en de actos sexuales sin consentimiento en los que han participado más de dos personas se ha apreciado la “intimidación ambiental” por dicha circunstancia, lo que haría que se infringiese el principio de non bis in ídem si se apreciase a la vez esta circunstancia agravante.

III. La especial vulnerabilidad del sujeto pasivo por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación.

La agravación radica en la debilidad y vulnerabilidad de la víctima, por la edad, que abarca tanto a personas mayores de 16 años como a personas de avanzada edad siempre que exista esta situación de vulnerabilidad, enfermedad (debilidad mental) o situación. El Tribunal Supremo ha definido las notas que deben concurrir para que pueda apreciarse esta agravante, indicando que *“es preciso, en todo caso, un estudio individualizado, caso a caso, para acreditar la existencia de tal vulnerabilidad que no puede predicarse sobre la misma concurrencia de los elementos que vertebran el tipo básico, pues en tal caso sería patente la vulneración del principio «non bis in ídem» al valorarse una misma circunstancia o «modus operandi» dos veces sucesivamente, una para integrar el tipo básico del art. 178, y otra para cualificarlo como subtipo agravado del acuerdo 180-1-3”*⁷⁶

⁷⁴ Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 1142/2009, de 24 de noviembre, ECLI:ES:TS:2009:7194

⁷⁵ AGUDO FERNÁNDEZ, E.; JAÉN VALLEJO, M.; PERRINO PÉREZ, Á. op. cit. pág.231.

⁷⁶ Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 971/2006, de 10 de octubre, ECLI:ES:TS:2006:6345

- IV. Que el autor se haya prevalido de una situación de superioridad o parentesco para la comisión del delito.

Esta circunstancia puede considerarse asemejada a la anterior, por predicarse en las dos un aprovechamiento de una situación de superioridad – siendo en la anterior por motivo de la vulnerabilidad del sujeto pasivo -. Fue la LO 11/1999 la que extendió esta circunstancia agravante a cualquier relación de superioridad. Asimismo, ha de destacarse que tanto la situación de superioridad por motivo de cualquier índole y la situación del parentesco comparten, según la doctrina del Tribunal Supremo, una *“situación de superioridad por parte del agente y de inferioridad de la víctima, la desproporción o asimetría entre las posiciones de ambos, lo que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona y debilita la libertad para decidir de la víctima, de lo que se aprovecha el autor para realizar la conducta delictiva con mayor facilidad, lo que puede determinar -como de hecho sucede con frecuencia- un menor contenido en la intimidación, precisamente por el aprovechamiento de aquella situación de preeminencia del autor y de subordinación y dependencia de la víctima generada en este caso por el vínculo familiar con quien, de otra parte, ejercía de hecho la guardia y custodia de la menor, con la autoridad que ello supone.”*⁷⁷

4.2 EL ABUSO SEXUAL

La figura delictiva del abuso sexual, como se ha dicho previamente en el apartado relativo a la evolución normativa del ordenamiento jurídico español, fue creada con la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

El régimen jurídico de los abusos sexuales - siendo el sujeto pasivo mayor de 16 años - está recogido en el Capítulo II del Título VIII del Código Penal y comprende los artículos 181 y 182 del mismo, pero se centrará la atención sólo en el primer precepto, ya que no son objeto de análisis en este trabajo los delitos cometidos sobre menores. Ostentan la siguiente redacción:

“Artículo 181.

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será

⁷⁷ Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 393/2009, de 22 de abril, ECLI:ES:TS:2009:2187

castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3. a o la 4. a de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código

4.2.1 TIPO BÁSICO

El tipo básico del abuso sexual se encuentra regulado en el artículo 181 del CP, en sus apartados del 1º al 3º y está penado con prisión de 1 a 3 años o multa de 12 a 24 meses.

De la lectura del precepto, es sencillo extraer las notas que definen el tipo delictivo:

- I. Se debe dar una ausencia de consentimiento, o bien un vicio de nulidad⁷⁸ en el mismo, provocado por hallarse la víctima privada de sentido, afectada de un trastorno mental o teniendo anulada su voluntad mediante el uso de cualquier sustancia natural o química idónea para ello.
- II. Asimismo, también se encontraría viciado el consentimiento en el supuesto en el que el sujeto activo lo consiga mediante el prevalimiento de su posición de superioridad.

⁷⁸ AGUDO FERNÁNDEZ, E.; JAÉN VALLEJO, M.; PERRINO PÉREZ, Á. op. cit., pág. 208.

- III. El ataque a la libertad sexual de la víctima se produce, pero no deben concurrir ni violencia ni intimidación. Como se verá más adelante, la concurrencia de intimidación se discute en numerosos casos, al ser difícil establecer con precisión si la ha habido o no.

En cuanto a los sujetos que intervienen en el tipo delictivo, sucede del mismo modo que en la agresión sexual, puesto que es indiferente que el sujeto activo o pasivo sean hombre o mujer.

Es muy relevante conocer bien las circunstancias exactas que dan lugar a que se presuma que el consentimiento no ha sido otorgado y que por tanto se haya cumplido por lo requerido por el tipo:

- I. Que los actos se realicen sobre una persona privada de sentido.

El legislador realiza una valoración correcta al aplicar una presunción *iuris et de iure* en esta circunstancia dado que una persona que tenga limitadas sus capacidades de decisión y percepción de la realidad no está capacitada, en ningún caso, para otorgar un consentimiento válido.

En este sentido, el Tribunal Supremo trata de definir que ha de entenderse por privación del sentido, estableciendo que su interpretación “*exige contemplar también aquellos supuestos en que la pérdida de conciencia no es total pero afecta de manera intensa a la capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas que pretenden aprovecharse de su debilidad... los estados de aletargamiento pueden originar una momentánea pérdida de los frenos inhibitorios que, en el caso presente, y tal como afirma el relato de hechos probados desemboca en una anulación de sus facultades intelectuales y volitivas y de sus frenos inhibitorias, quedando sin capacidad de decisión y de obrar según su voluntad, esto es privada de cualquier capacidad de reacción frente al abuso sexual*”⁷⁹

- II. Que los actos se realicen abusando del trastorno mental del sujeto pasivo.

El Código Penal de 1995 despenalizó los actos sexuales mantenidos entre un sujeto con trastorno mental y otra persona, siempre que el primero conociese su alcance y que el segundo no se aprovechara de tal desconocimiento, con lo que incurriría en este tipo delictivo.

La doctrina del Tribunal Supremo apunta que no por el simple hecho de que una de las dos partes tenga un trastorno mental se está cumpliendo el tipo del abuso

⁷⁹ Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 197/2005, de 15 de febrero, ECLI:ES:TS:2005:904

sexual, declarando que “no todo trastorno de la personalidad conduce a la comisión de un delito de abusos sexuales, sino exclusivamente cuando el mismo esté relacionado causalmente con el consentimiento prestado (“... de cuyo trastorno mental se abusare”). Es decir, la falta de consentimiento, o cuando el consentimiento es ineficaz, de la víctima, es lo constituye uno de los elementos que caracterizan el tipo objetivo de los delitos contra la libertad sexual, en su faceta de abusos sexuales.”⁸⁰. Además, es posible que el sujeto activo incurra en error sobre la situación del sujeto pasivo, lo que, excluye el dolo y, por lo tanto, no se cumple con lo exigido por el tipo de abuso sexual.⁸¹

- III. Que los actos se realicen habiendo anulado la voluntad del sujeto pasivo mediante sustancias idóneas para tal efecto.

Esta circunstancia fue introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio. El legislador, con este nuevo supuesto, quiso abarcar aquellas situaciones en las que, sin llegar a existir una pérdida de conciencia encuadrable en el supuesto ya previsto de víctimas que se hallen “privadas de sentido”, se anula la capacidad de decisión de éstas respecto del mantenimiento de relaciones sexuales.⁸² Así, se trató de terminar con la discusión judicial y doctrinal entre “la parte mayoritaria que entendía que los abusos sexuales llevados a cabo bajo sumisión química eran subsumibles en el supuesto de abusos ejecutados sobre personas privadas de sentido, mientras que un sector doctrinal y jurisprudencial minoritario creían que tales hechos podían encontrar mejor acomodo entre los delitos de agresiones sexuales”⁸³.

Este será, como se verá más adelante, uno de los puntos en los que incidirá la reforma propuesta por el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

- IV. Que los actos se realicen prevaleciendo el sujeto activo de una superioridad manifiesta.

De esta circunstancia se hablará en el apartado previsto para su diferenciación con la intimidación que requiere el tipo de los abusos sexuales.

⁸⁰ Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 542/2007, de 11 de junio, ECLI:ES:TS:2007:4523

⁸¹ Ibid.

⁸² Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 15/2015, de 2 de junio, ECLI:ES:AN:2015:2030

⁸³ Ibid.

4.2.2 TIPO AGRAVADO

Respecto a las modalidades típicas ya analizadas, se agravará la pena prevista cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, del mismo modo que lo relatado para el tipo de la agresión sexual, castigándolo con una pena de entre cuatro a diez años de prisión.

4.2.3 CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS DE AGRAVACIÓN

El apartado 5º del artículo 181 recoge que las penas del tipo básico serán impuestas en su mitad superior si concurriesen en los hechos las circunstancias previstas en los numerales 3º y 4º del artículo 180, relativo a las agresiones sexuales.

Se ha expuesto, en su apartado correspondiente, el régimen jurídico de dichas agravantes, siendo las de aprovecharse de la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, y la de actuar prevaleándose de una situación de superioridad o parentesco.

Esta segunda circunstancia presenta problemas interpretativos, ya que siendo el prevalimiento por una situación de superioridad uno de los elementos que determinan el tipo de abuso sexual, se incurriría en el riesgo de infringir el principio de *non bis in ídem* al aplicarse la agravante por el mismo motivo.⁸⁴

4.3 LA DISTINCIÓN ENTRE LA INTIMIDACIÓN Y EL PREVALIMIENTO

El debate jurídico en torno a los conceptos jurídicos de la intimidación y el prevalimiento ha existido desde que el Código Penal de 1995 creó los tipos de agresión y abuso sexual. No en vano, el criterio de los tribunales para decidir si nos encontramos ante un supuesto o el otro ha ido cambiando, incluso para los mismos casos.

Tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019, que resolvió el conocido caso de “la Manada”, corrigiendo el criterio de las instancias anteriores, que habían entendido que lo que en aquel caso se produjo había sido una actuación realizada obteniendo el consentimiento de la víctima prevaleándose de una situación de superioridad, para declarar que en dicho supuesto lo que había existido era una actuación intimidatoria por parte de los autores.

⁸⁴ GAVILÁN RUBIO, M., op. cit. pág. 86

Pues bien, para obtener una visión concreta de ambos conceptos jurídicos, se debe otorgar una visión tanto doctrinal como jurisprudencial de cada uno de los mismos.

- El prevalimiento, en palabras de GAVILÁN RUBIO, *“se configura como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de las partes, en la que una de ellas se encuentra en manifiesta posición de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta derivada de su relación laboral, docente, familiar, cuasifamiliar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su capacidad de decidir sobre la relación sexual requerida”*⁸⁵.

Asimismo, destaca el Tribunal Supremo, en su Sentencia 305/2013, de 12 de abril, que en con el prevalimiento de una situación de superioridad en los abusos sexuales *“no existe ausencia sino déficit de consentimiento en el sujeto pasivo, determinado por una situación de clara superioridad de la que el sujeto activo se aprovecha”* y *“debe entenderse como cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo de la que el primero no solamente se aprovecha, sino que es consciente de que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.”*⁸⁶

- La intimidación, por su parte, *“entraña la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad de una persona y la valoración de su suficiencia debe hacerse atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso”*⁸⁷, según la doctrina del Tribunal Supremo. Además, la intimidación debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado⁸⁸.

La determinada conducta ha de estar dirigida por el sujeto activo a alcanzar el fin ilícito propuesto del acto sexual de modo que, inhibiendo la voluntad de resistencia por convencimiento de la inutilidad de continuar la oposición que

⁸⁵ GAVILÁN RUBIO, M., op.cit. pág 86

⁸⁶ Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 305/2013, de 12 de abril, ECLI:ES:TS:2013:1787

⁸⁷ Fundamento de Derecho Noveno de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 609/2013, de 10 de julio, ECLI:ES:TS:2013:3883

⁸⁸ AGUDO FERNÁNDEZ, E.; JAÉN VALLEJO, M.; PERRINO PÉREZ, Á. op. cit., pág. 223

podría derivar en un mal mayor, y actuando en adecuada relación causal, la intimidación esté conectada, de medio a fin, con el acto de contenido sexual⁸⁹.

A pesar de lo anteriormente expuesto, la diferenciación no queda siempre clara, puesto que siempre habrá que estar a las circunstancias del caso concreto, cuya apreciación es muy dificultosa, al tratarse valoraciones de carácter subjetivo.

Asimismo, conceptos como el de la “intimidación ambiental”, mencionada en apartados previos y un concepto no pacífico, que no es otra cosa que la consideración de que la víctima se ha visto intimidada por la presencia de varias personas en el acto, aunque sea solo una la que consume materialmente el acto sexual en cuestión⁹⁰, crean una mayor dificultad a la hora de apreciar si se está ante la intimidación o el prevalimiento.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha tratado de combatir estas dificultades interpretativas, unificando criterios para poder adaptarlos a los supuestos de hecho que se pudieran presentar.

En su Sentencia 344/2019, antes mencionada, el tribunal trata de delimitar bien ambas figuras, ya que como se ha expuesto previamente, ésta corregía el criterio de las salas de instancia. En la resolución la Sala indica que, al estar cinco personas realizando actos sexuales con la víctima, se produjo efectivamente la intimidación ambiental, anulando la voluntad de la víctima y coartando su libertad. Se hace una recopilación de doctrina de la Sala, y se llega a la conclusión de que lo ocurrido en ese caso superaba ampliamente el concepto del prevalimiento, puesto que la víctima no ofreció nunca su consentimiento, y únicamente consta en el relato fáctico que “ellos inhibieron a la víctima con su sola presencia y actitud frente a la que no pudo ofrecer reacción alguna.”⁹¹.

Si bien es cierto, como se puede comprobar en la lectura de este apartado, que los órganos judiciales han tratado de delimitar lo mejor posible estas figuras, la dificultad de su encaje correcto ha sido una de las razones que han impulsado la reforma objeto de análisis.

La reforma propuesta por el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual trata de superar esta problemática expuesta, ya que, como veremos en su apartado correspondiente, comenzará a otorgar un trato unitario a los delitos de agresión y abuso sexual, eliminando la intimidación y la violencia como elementos diferenciadores de

⁸⁹ ALTUZARRA ALONSO, I.: “El delito de Violación en el Código Penal español: Análisis de la difícil Delimitación entre la intimidación de la Agresión Sexual y el prevalimiento del Abuso Sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional”, *Revista de Estudios Deusto*, Vol. 68/1, enero-junio 2020, pág. 542

⁹⁰ Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 1291/2005, de 8 de noviembre, ECLI:ES:TS:2005:6833

⁹¹ Fundamento de Derecho Quinto de la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), 344/2019, de 4 de julio, ECLI:ES:TS:2019:2200

ambas figuras, centrando el desvalor de la conducta y la estructura de la tipificación en la ausencia de consentimiento.

5. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

Habiendo analizado ampliamente la situación actual tanto normativa como jurisprudencial respecto a la protección de la libertad sexual, en específico mediante los tipos delictivos de agresión y abuso sexual, es momento de pasar a la realización del exhaustivo análisis al Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, haciendo hincapié, como ya ha sido expuesto en la Introducción y a lo largo del trabajo, en ciertos aspectos de la Disposición Final Cuarta, relativa a la modificación del Código Penal.

5.1 ANTECEDENTES Y MOTIVACIÓN DEL PROYECTO

5.1.1 EL CASO DE “LA MANADA” Y SU IMPULSO A LA REFORMA

Es imposible obviar que la chispa que prendió la mecha de la intención de reformar el CP en lo relativo a los delitos contra la libertad sexual fue la publicación de la Sentencia nº 38/2018⁹² de la Audiencia Provincial de Navarra, relativa al caso de “La Manada” de Pamplona. Ya se ha hecho mención en apartados previos a este caso, cuando se ha utilizado la STS 344/2019 para extraer notas definitorias de los delitos de abuso y agresión sexuales.

No cabe en este momento hablar de los detalles del caso, y simplemente basta, en aras a poner en contexto su importancia en lo que a la reforma que nos ocupa se refiere, con destacar que, desde que el conjunto de la sociedad tuvo conocimiento de lo sucedido la madrugada del 7 de julio de 2016 en Iruña, se produjo un revuelo nunca antes visto en torno al seguimiento de un proceso judicial. La temprana edad de la víctima - 18 años -, el número de los implicados – 5 varones de entre 24 y 27 años – y la crudeza de los hechos⁹³ provocó que el conjunto de la sociedad pidiese un castigo ejemplar para los

⁹² Sentencia nº38/2018 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, de fecha 20 de marzo de 2018, ECLI: ES:APNA:2018:86

⁹³ Sentencia nº38/2018 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, Hecho Probado B : “En concreto y al menos "la denunciante" fue penetrada bucalmente por todos los procesados ; vaginalmente por Gabriel y Isidro , éste último en dos ocasiones , al igual que Samuel quien la penetró una tercera vez por vía anal , llegando a eyacular los dos últimos y sin que ninguno utilizara preservativo . Durante el desarrollo de los hechos Aurelio, grabó con su

culpables. No es objeto de este trabajo la realización de un análisis de este caso, tema tratado ya por diversos autores.

El 20 de marzo de 2018, el día de publicación de la sentencia, se formó una explosión de descontento social⁹⁴ e incluso se llegaron a reunir casi 1 millón y medio de firmas solicitando la inhabilitación de los magistrados⁹⁵. La razón del descontento de la sociedad no fue otra que la apreciación por parte del tribunal de que lo sucedido debía ser encuadrado dentro de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento, agravado por existir acceso carnal, descartando condenar a los acusados por un delito de agresión sexual, al no entender que hubiese habido violencia o intimidación⁹⁶. Asimismo, generó una tremenda polémica el voto particular de uno de los magistrados, que pedía la absolución de los acusados ya que, a su juicio, las relaciones sexuales habían sido consentidas y los vídeos que obraban en autos mostraban un ambiente de “jolgorio y regocijo”⁹⁷.

Dicho voto particular fue duramente criticado hasta por el entonces Ministro de Justicia, Rafael Catalá⁹⁸, quien, además, solicitó a la Sección Penal de la Comisión General de Codificación una valoración acerca de la tipificación de los delitos sexuales⁹⁹.

Unos meses más tarde, la Ministra de Justicia que sucedió a Catalá, Dolores Delgado, amplió la solicitud realizada por su predecesor, encomendando a la Comisión que analizase también la conveniencia de una reforma mayor desde una perspectiva de género¹⁰⁰.

Al mismo tiempo que estas solicitudes se producían, el grupo parlamentario Unidos Podemos-En Comú-Podem-En Marea presentó una proposición de ley bajo la rúbrica “Proposición de Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la erradicación

teléfono móvil seis vídeos con una duración total de 59 segundos y tomó dos fotos ; Gabriel , grabó del mismo modo un vídeo, con una duración de 39 segundos”.

⁹⁴Véase https://politica.elpais.com/politica/2018/04/28/actualidad/1524927285_823116.html o <https://www.lavanguardia.com/sucesos/20180622/45327900116/la-manada-libertad-manifestaciones.html>

⁹⁵ Véase <https://www.change.org/p/tribunal-supremo-inhabilitaci%C3%B3n-de-los-magistrados-encargados-de-dictar-sentencia-en-el-juicio-de-la-manada>

⁹⁶ Vid. FARALDO CABAÑA, P., op. cit. pág. 271

⁹⁷ Fundamento de Derecho Segundo del Voto Particular de la Sentencia nº38/2018 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, emitido por el Magistrado D. Ricardo González.

⁹⁸ Véase https://elpais.com/politica/2018/04/30/actualidad/1525076110_372978.html

⁹⁹ Véase https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803559-Orden_de_encargo_a_la_Seccion_Cuarta_Abril_2018.PDF

¹⁰⁰ Véase https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803916-Prorroga_Orden_de_encargo_y_ampliacion.PDF

de las violencias sexuales”¹⁰¹. La propuesta eliminaba la figura del abuso sexual, equiparándose en un único tipo delictivo de agresión sexual la realización de “*cualquier acto que atente contra la libertad sexual de la persona sin su consentimiento*”¹⁰² y se hacía mención expresa a las agresiones sexuales en grupo, estableciendo como tipo agravado de agresión sexual “*Cuando aprovechándose de la situación objetiva de superioridad manifiesta, en un contexto objetivamente intimidante para la víctima, dos o más personas realicen conjuntamente todos o parte de los actos constitutivos de agresión sexual, la conducta será castigada como delito de agresión sexual colectiva*”¹⁰³.

El hecho de que se hiciese girar la estructura de la tipificación en torno al consentimiento y no en torno a la gravedad del ataque a la libertad sexual no gustó a la totalidad del mundo jurídico, ya que ciertos autores como DÍEZ RIPOLLÉS venían a sostener que “*la desconsideración de la diversa entidad del ataque desnaturaliza el propio concepto de libertad sexual, pues si todo atentado a la libertad sexual merece el mismo juicio, conductas leves y graves, el valor libertad sufre un proceso de banalización*”¹⁰⁴

Finalmente, ni el texto propuesto por la Comisión de Codificación ni la Proposición de Ley instada por el grupo parlamentario siguieron adelante, ya que las Cortes fueron disueltas para la convocatoria de elecciones antes de que pudieran ser debatidas en la Cámara legislativa.

5.1.2 LOS BORRADORES DE ANTEPROYECTO DE LEY DE 2020 Y EL INFORME DEL CGPJ

Habiendo pasado una época turbulenta en lo que a la escena política y a los miembros de las Cortes Generales se refiere, el 3 de marzo de 2020 fue presentado ante el Consejo de Ministros, por parte del Ministerio de Igualdad, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual¹⁰⁵, que fue aprobado para iniciar su tramitación. Este texto iba mucho más allá de lo proyectado en las propuestas de reforma que se han

¹⁰¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 297-1 de 20 de julio de 2018. Proposición de Ley 122/000258, de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la erradicación de las violencias sexuales.

¹⁰² Art. 178 Proposición de Ley 122/000258, de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la erradicación de las violencias sexuales.

¹⁰³ Ibid. Art. 179

¹⁰⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El “no es no””, El País, 10 de mayo de 2018, disponible en https://elpais.com/elpais/2018/05/03/opinion/1525363530_373340.html

¹⁰⁵ Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad sexual, borrador de 3 de marzo de 2020, disponible en <https://www.newtral.es/wp-content/uploads/2021/03/APLOGarantia-de-la-Libertad-Sexual-PRIMER-BORRADOR.pdf?x98242>

mencionado en el apartado superior, y utilizaba la técnica de *ley integral*¹⁰⁶, tratando de regular todos los aspectos relacionados con la protección del bien jurídico en juego, siendo materias muy distintas al Derecho Penal, como son el ámbito laboral, civil, procesal...

Más adelante, en octubre de 2020, se publicó un segundo borrador, que no modificaba en demasía el contenido de la norma, pero se incluía, por ejemplo, el llamado delito de “tercería locativa”¹⁰⁷.

El texto recibió críticas desde un primer momento, las principales provenientes de la extendida opinión de que su contenido no era compatible y se solapaba con el de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹⁰⁸. Asimismo, y como consecuencia del amplio objetivo del Anteproyecto como es avanzar en la consecución de la igualdad de género¹⁰⁹, limitó el ámbito de aplicación del mismo al sexo/género femenino¹¹⁰, lo que, en palabras de MARÍN DE ESPINOSA¹¹¹, lleva a deducir que “*el propósito de la ley consiste en ampliar el alcance de la vigente norma integral contra la violencia de género*”.

Por otro lado, las críticas más recurrentes vinieron respecto a la equiparación que se pretendía de los delitos de abuso y agresión sexual, con la modificación del artículo 178 del CP¹¹² - en apartados posteriores se expondrá más extensamente acerca de esta

¹⁰⁶ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: “Por qué es innecesaria e inconveniente una ley integral en garantía de la libertad sexual”, *Diario La Ley n°150*, edit. Wolters Kluwer, mayo-junio 2021, pág. 1

¹⁰⁷ Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, 2º borrador de fecha 28 de octubre de 2020, cit.: “Artículo 187 bis. El que, con ánimo de lucro y de manera habitual, destine un inmueble, local o establecimiento, 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 artículo 194 de este Código.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando la prostitución se ejerza a partir de un acto de violencia, intimidación, engaño o abuso de los descritos en el apartado 1 del artículo 187”

¹⁰⁸ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., op. cit. pág. 1

¹⁰⁹ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual

¹¹⁰ *Ibidem*, art. 3

¹¹¹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., op. cit. pág. 3

¹¹² Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, 2º borrador de fecha 28 de octubre de 2020, cit.: “Artículo 178. 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto.

2. 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 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 voluntad.

modificación - y la definición del consentimiento. Críticas que hizo suyas el Consejo General del Poder Judicial, que conforme a lo dispuesto por el artículo 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, fue requerido para emitir un informe acerca de la idoneidad del contenido del Anteproyecto¹¹³.

En el extensísimo informe, el CGPJ se pronuncia sobre todos y cada uno de los aspectos del texto normativo analizado, pero lo realmente interesante, en lo que al objeto de este trabajo respecta, es su pronunciamiento acerca de la regulación de los tipos delictivos del abuso y agresión sexuales y de la importancia y régimen jurídico del consentimiento.

Pues bien, el órgano rector del sistema judicial critica duramente, en primer lugar, la definición del consentimiento que ofrecía el borrador, puesto que, a su juicio, la inclusión por parte del borrador de la norma de dicha definición era “*innecesaria*”¹¹⁴, puesto que ello no estaba contenido en el mandato del artículo 36 del Convenio de Estambul, puesto que este “*no contiene determinación alguna acerca de cuáles hayan de ser los medios necesarios para manifestar esa voluntad*”¹¹⁵.

Unido a ello, el CGPJ critica que dicha definición puede provocar una inversión en la carga de la prueba, puesto que “*la definición del consentimiento proyectada parece configurar un elemento negativo del tipo cuyas distintas notas características (manifestación libre, actos exteriores, concluyentes e inequívocos y voluntad expresa de participar en el acto) deberían ser probadas por la defensa para excluir la tipicidad, alterándose de esta forma de modo sustancial las normas sobre la carga de la prueba en el proceso penal*”¹¹⁶

El Consejo Fiscal, por su parte, no compartía la opinión del órgano de gobierno, puesto que, en su informe consultivo de febrero de 2021, consideraba que el borrador sí que se

3. El o la juez o tribunal, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión inferior en grado o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho”

¹¹³ Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, de fecha 25 de febrero de 2021, emitido por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>

¹¹⁴ Ibid., pág. 136, Conclusión Sexagesimosexta

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid. pág 136 Conclusión Sexagesimosexta.

ajustaba a lo previsto por el Convenio de Estambul¹¹⁷, a pesar de recomendar que se sustituyese el carácter negativo de la definición a uno positivo¹¹⁸

En lo que a la unificación de los tipos de agresión y abuso sexual respecta, el CGPJ vino a sostener que con la modificación del artículo 178 y el trato unitario de los supuestos que anteriormente daban lugar a delitos de abuso y agresión sexuales, podría generar *“un efecto de desprotección de las víctimas, pues para el autor del delito no tendrá mayores consecuencias emplear un medio comisivo más lesivo que otro de intensidad menor”*¹¹⁹. Asimismo, declaraban que *“desde el punto de vista de la prevención general de la norma, el tipo debe desincentivar con una conminación penal más grave aquellos comportamientos más disvaliosos”*.

Como es sencillo de observar, el informe del CGPJ fue completamente desfavorable a las modificaciones planteadas por el Anteproyecto. Sin embargo, al tratarse de un informe no vinculante y debido al impulso social que traía la reforma, el íter legislativo siguió su curso.

5.2 DESCRIPCIÓN GENERAL DEL CONTENIDO DEL PROYECTO

El 26 de julio de 2021 fue publicado en el Boletín de las Cortes Generales el Proyecto de Ley 121/000062, el de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Este texto normativo no ha sido ampliamente modificado respecto a los borradores de su anteproyecto, y el espíritu de “ley integral” lo mantiene en vigor.

Uno de los objetivos de esta ley es reformar la regulación de los delitos de naturaleza sexual puesto que el análisis de dicha reforma es el objeto de este trabajo, como se ha venido diciendo a lo largo del mismo. Por lo tanto, acerca de las modificaciones en ese asunto se hablará en sus respectivos apartados.

Antes de ello, es esencial conocer el espíritu de la norma, su motivación, junto con una pequeña descripción de cambios legislativos que plantea. Como primera aproximación, en palabras del legislador *“la norma viene justificada por una razón de interés general tan poderosa como es la necesidad de erradicar las violencias sexuales que sufren las*

¹¹⁷ Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, febrero de 2021, emitido por el Consejo Fiscal. Disponible en <https://www.otrosi.net/wp-content/uploads/2021/02/INFORME-CONSEJO-ALO-GARANTIA-INTEGRAL-DE-LIBERTAD-SEXUAL.pdf>

¹¹⁸ Ibid. pág. 64

¹¹⁹ Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, de fecha 25 de febrero de 2021, emitido por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, pág. 80

mujeres de todas las edades y los niños.”¹²⁰. De esta afirmación puede extraerse sin ningún tipo de dificultad que el texto normativo cuenta con una amplia perspectiva de género, derivado de la evolución social y normativa que ha vivido este país en los últimos tiempos, lo que no deja de ser algo positivo.

Este texto normativo bebe enormemente de lo dispuesto por el Convenio de Estambul, de cuyo impulso a esta reforma ya se ha hablado. Trata de seguir sus prerrogativas, con el objetivo de otorgar a las víctimas de las “violencias sexuales” la mejor protección posible, incluyendo *“la perspectiva de género e interseccionalidad como prisma desde el que garantizar que todas las acciones judiciales, medidas de protección y de apoyo y servicios para las víctimas, se adecúan a sus diversas necesidades y respetan y fortalecen su autonomía”*¹²¹.

En cuanto a la definición de la violencia sexual, nos indican que lo son todos los actos *“de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual”*¹²².

A mayor abundamiento, el extenso artículo 1 del Proyecto define cuál es el objeto y finalidad de la norma, que son, respectivamente, *“la protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales.”* y *“ la adopción y puesta en práctica de políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, que garanticen la prevención y la sanción de las violencias sexuales, así como el establecimiento de una respuesta integral especializada para mujeres, niñas y niños, en tanto víctimas principales de todas las formas de violencia sexual.”*

Vista esta motivación, es preceptivo, a modo ilustrativo, enumerar una serie de modificaciones e introducciones que plantea el legislador fuera del CP:

- I. El artículo 18 trata la necesidad de detección y respuesta a las violencias sexuales en el ámbito educativo, obligando a las Administraciones públicas a promover actuaciones y protocolos con tal fin.
- II. Se establece que las situaciones de violencia sexual quedarán acreditadas “mediante una sentencia condenatoria por un delito de violencia sexual en los términos previstos en el artículo 3, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que declare la existencia de violencia sexual o

¹²⁰ Exposición de Motivos del proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, pág. 10

¹²¹ Ibid., pág. 7

¹²² Ibid., pág. 5

acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencias sexuales”, por mor de lo dispuesto por el artículo 36. Este precepto es relevante a la hora de la solicitud de ayudas económicas.

- III. Las ayudas económicas reguladas en el artículo 40, recibidas por ser víctima de violencia sexual, serán compatibles con otro tipo de ayudas previstas anteriormente.
- IV. El artículo 50 señala como criterios a evaluar para el otorgamiento de la indemnización judicial de daños y perjuicios materiales y morales a la víctima de violencia sexual los siguientes: el daño físico y psicológico, incluido el daño moral y el daño a la dignidad; la pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; el daño social, entendido como el daño al proyecto de vida; el tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva.
- V. Se modifica el apartado 681 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y se añade a la relación de víctimas respecto de las que no se puede difundir su identidad a las víctimas de los delitos contra la libertad sexual, de mutilación genital, matrimonio forzado y trata con fines de explotación sexual.

En cuanto a las reformas proyectadas sobre el CP pero que quedan fuera del objeto de análisis, propiamente dicho, de este trabajo podría destacarse la modificación del artículo 173, referente a las injurias leves. Se introducen una serie de términos en el apartado 4º de dicho precepto, cuya redacción quedaría como sigue:

“Las mismas penas se impondrán a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad.”

Con esta redacción, el legislador pretende dar castigo al popularmente denominado acoso sexual “callejero”. No se está haciendo una reforma propiamente dicha del delito de acoso sexual, puesto que este se haya regulado en el art. 184 – en la reforma se introducen nuevos apartados en dicho artículo, pero de poca importancia en lo que al objeto de este trabajo se refiere –, pero se comienzan a sancionar penalmente las expresiones que se suelen dar en muchas ocasiones en la calle y que se dirigen a mujeres, por parte de personas que les acosan con esta triple modalidad que prevé la norma, a saber: *expresiones, comportamientos o proposiciones de contenido sexual*, pero que, además, se entiende que puedan ser humillantes, hostiles o intimidatorias, pero desde el punto de

vista objetivo, y no el subjetivo de la víctima. Debe acudirse al caso concreto para dilucidar si estamos ante una situación que cumpla el tipo o no. Se trata, en definitiva, de conductas que exceden de las normas de cortesía y buen gusto que deben presidir la convivencia.

Debe entenderse que para la persecución penal no se trata solo de lo que se diga, sino cómo se diga también, ya que lo que puede entenderse en principio como un «piropo» podría estar incluido como “acoso callejero” si se efectúa de una forma y manera grosera y humillante que provoque en la víctima una situación de desasosiego y que en la práctica de la prueba pueda entenderse como *expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria*.

Ello puede dar lugar a que se trate de meros gestos obscenos, expresiones hirientes a la víctima, o ya directamente una proposición sexual, que es más evidente y menos interpretativa por su claridad delictiva en este caso a partir de su aprobación. Tales actos no deben tener respecto a los dos primeros un componente de carácter sexual.

5.3 LA DISPOSICIÓN FINAL CUARTA. MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DEL CÓDIGO PENAL

5.3.1 MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 178. LA ELIMINACIÓN DEL TIPO DE ABUSO SEXUAL

Siguiendo por lo proyectado, valga la redundancia, por el Anteproyecto de Ley del año 2020, la reforma planteada por el Proyecto de Ley Orgánica propone, en el apartado 7º de su Disposición Final Cuarta, una nueva redacción para el artículo 178, que es la que sigue:

“Artículo 178.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo 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.

2. 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 voluntad.

3. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá 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”

Esta modificación supone, como ya se ha mencionado al hablar sobre el Anteproyecto, que el legislador elimina la frontera entre los tipos delictivos actuales de agresión y abuso sexual, para pasar a darles un trato unitario, bajo la denominación de agresión sexual. Asimismo, establece una pena de 1 a 4 años de prisión para el culpable, bajando un año el límite superior respecto a la regulación actual.

A juicio de ACALE SÁNCHEZ, la propuesta depende “*de una parte, del nuevo valor que desempeña el consentimiento en el ámbito del injusto, y por la otra, del desplazamiento a un segundo lugar de los medios comisivos que hoy caracterizan —y definen— a los delitos de agresión y abusos sexuales.*”¹²³.

Pues bien, como se ha ido avanzando a lo largo de todo el trabajo, el elemento del consentimiento resulta esencial en el cumplimiento del tipo, tanto en la regulación actual como en la futura. Su ausencia o presencia provoca que la conducta sea típica o atípica, respectivamente. Sin embargo, en la proyectada reforma adquiere mayor centralidad en el tipo delictivo, ya que los medios comisivos del delito, que anteriormente determinaban ante qué tipo nos encontrábamos, pasan a un segundo plano¹²⁴.

A pesar de que el espíritu sea el mismo, el texto del precepto ha sido modificado respecto al del Anteproyecto, puesto que en el antecedente la redacción de la definición del consentimiento estaba realizada en términos negativos al establecer que “*se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente (...)*” y además añadía que la manifestación debía realizarse mediante “*actos exteriores, concluyentes e inequívocos*”.

Por razón de las críticas que esta redacción suscitó¹²⁵, el Proyecto de 2021 ha puesto en términos positivos la redacción y se ha eliminado la expresión acerca del modo en el que debía manifestarse el consentimiento, poniendo el acento en “*las circunstancias del*

¹²³ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma.”, *IgualdadES*, 5, pág. 474

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Vid. pág 40 en relación al Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual

caso” para entender que éste efectivamente se ha otorgado. En cualquier caso, el consentimiento debe vislumbrarse, en consecuencia, mediante actos, gestos o manifestaciones o expresiones que denoten que se admite el contacto sexual, no entendiéndose el silencio en ningún caso como consentimiento.

Se puede afirmar, por lo tanto que, con arreglo a lo dispuesto por la redacción dada por el Proyecto y en palabras de ACALE SÁNCHEZ, que *“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 voluntad”*¹²⁶.

En lo que a los medios comisivos del delito se refiere, se ha hablado en apartados previos¹²⁷ de la implicancia de su equiparación para diversos autores, cuya opinión ha sido en muchas ocasiones negativa¹²⁸ respecto a la misma, puesto que sostienen que existe el riesgo de concurrir en una falta de proporcionalidad en las penas.

Sin embargo, ha de decirse que dicha equiparación legal entre los diferentes medios comisivos - como pudieran ser la violencia o el abuso de una situación de superioridad - no conlleva automáticamente la equiparación de la pena en el caso concreto 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 delito¹²⁹.

A mayor abundamiento, el apartado 3º del artículo 178 contiene una premisa que consiste en la posibilidad que se le otorga al juez de graduar la pena en función de las circunstancias concurrentes, en aras de mantener la proporcionalidad, siempre y cuando no se haya incurrido en ninguna de las circunstancias agravantes del artículo 180.

Por último y no menos importante, mediante la equiparación en un solo delito de los medios comisivos se ha hecho frente al debate jurídico de la diferenciación entre el prevalimiento y la intimidación, ampliamente expuesto en apartados previos¹³⁰, zanjando

¹²⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., op. cit. pág. 475

¹²⁷ Vid. pág. 38

¹²⁸ Vid. de nuevo, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El “no es no”, El País, 10 de mayo de 2018, disponible en https://elpais.com/elpais/2018/05/03/opinion/1525363530_373340.html

¹²⁹ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., op. cit. pág.478

¹³⁰ Vid. págs. 33-34

una cuestión que enfurecía al conjunto de la sociedad al no comprender ésta los matices que estos dos conceptos jurídicos reunían.

5.3.2 MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 180. INTRODUCCIÓN DE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Habiendo analizado la nueva regulación proyectada del delito de agresión sexual, ha de pasarse a conocer las modificaciones más relevantes en sus circunstancias agravantes, que se encuentran en el propuesto artículo 180, que dice así:

“Artículo 180.

1. Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a quince años para las del artículo 179 cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias, salvo que las mismas hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179:”

Antes de entrar a analizar cada circunstancia agravante por separado, es necesario mencionar la intención mostrada por el legislador para evitar una posible infracción del principio *non bis in ídem* al no permitir, acertadamente, que se aplique ninguna de las circunstancias agravantes si alguna de ellas hubiese sido el elemento que hizo que se cumpliese el tipo. Es decir, como ejemplo ilustrativo, no se podrá apreciar a agravante de situación de superioridad o parentesco si la apreciación de dicha superioridad ha sido la razón de considerar el acto como una agresión sexual.

En este punto, debemos analizar cada una de las modificaciones e introducciones proyectadas:

A. La “sumisión química”

En la regulación actual, como se ha podido ver en su apartado correspondiente, se presume que realizar actos sexuales con una persona a quien el mismo sujeto activo ha administrado sustancias, ya sean químicas o naturales, para conseguir anular su voluntad, es un comportamiento que debe ser encuadrado como un abuso sexual¹³¹.

Pues bien, lo que la reforma propone, al hilo del nuevo tipo delictivo de agresión sexual, es que esta circunstancia sea incluida como agravante, con el siguiente tenor literal:

¹³¹ Vid. pág. 32

“Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.”

Es curioso comprobar cómo la Exposición de Motivos del Proyecto no es totalmente concordante con el articulado, dado que en ella se declara que en la Ley *“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”*. Sin embargo, si se procede a analizar las formas de comisión del delito, se puede ver que efectivamente una de las mismas se da cuando el mismo se comete teniendo la víctima *“anulada por cualquier causa su voluntad”*, pero no se menciona la sumisión química expresamente. Aunque parezca un error nimio, en el caso de que se hubiese seguido al pie de la letra lo declarado por la Exposición de Motivos, no habría sido posible incluir esta circunstancia como agravante, puesto que, si fuese una de las formas de comisión del delito, el legislador estaría infringiendo el principio de *non bis in ídem* si se le ocurriese volver a introducirlo.

Por otro lado, la doctrina es recelosa de la aplicación de la agravante, dado que, al requerir que haya sido el sujeto activo el causante de la anulación de voluntad, según MAGRO SERVET *“si no se prueba la autoría del suministro no se aplicará esta circunstancia, ya que la circunstancia de agravación no es que «el autor se aproveche» de que la víctima esté bajo la influencia del alcohol o drogas para realizar el acto sexual, sino que el autor sea el que haya anulado la voluntad de la víctima por medio de esos instrumentos (fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto)”*¹³²

B. *La condición de esposa o análoga relación de afectividad de la víctima*

La inclusión de esta circunstancia obedece directamente al espíritu de la totalidad del texto normativo, ya que su objetivo último es darle al Derecho penal sexual una perspectiva de género y tratar de conseguir la mejor protección para las potenciales víctimas, que lamentablemente son mujeres en la mayoría de las ocasiones¹³³. La redacción propuesta rezaría como sigue:

¹³² MAGRO SERVET, V.: “Análisis comparativo acerca de la inminente reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, julio de 2021, pág. 18

¹³³ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual: “Esta es una realidad innegable en nuestro país, como ilustran, entre otros, los datos aportados por la Macroencuesta sobre Violencia Contra la Mujer del año 2019. El porcentaje de mujeres de 16 o más años residentes en España que han sufrido violencia sexual fuera del ámbito de la pareja a lo largo de la vida es del 6,5 %. Es decir, unas 1.322.052 mujeres han sufrido este tipo de violencia y el 0,5 % (103.487) en los últimos 12 meses.

Un 2,2 % (453.371 mujeres) del total de mujeres de 16 o más años residentes en España han sido violadas alguna vez en su vida. Estos datos son en realidad una aproximación de mínimos, pues se trata de la prevalencia revelada, pero

“4.ª Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.”

Asimismo, como se ha mencionado en su apartado correspondiente, el Convenio de Estambul es una influencia notable en lo que a esta modificación se refiere, puesto que el Proyecto atiende a sus requerimientos de adoptar medidas para tratar de erradicar la violencia contra las mujeres que se contienen en el artículo 4.

Por otro lado, en el artículo 36 el mismo Convenio indica que los países firmantes deben tomar las medidas necesarias para tipificar como delito toda clase de violencia sexual, *“también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno.”*

Esa exigencia se ve reflejada a su vez en el artículo 46 a), que cita expresamente como circunstancia agravante que los países firmantes deben introducir en su ordenamiento *“que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que abuse de su autoridad”*.

Si bien dichos preceptos están pensados para ordenamientos en los que, por seguir tratándose los delitos contra la libertad sexual como un ataque a la honestidad o la moral, no se contemplase que el ataque lo pudiera llevar a cabo el esposo de la víctima, es cierto que dicha circunstancia agravante no estaba recogida como tal en nuestro CP. De continuar sin ser recogida, no se estaría cumpliendo con lo dispuesto por el Convenio, más de 7 años después de su entrada en vigor en España.

A mayor abundamiento, todo lo anterior no obsta para que los tribunales pudieran considerar que en un caso de agresión sexual concurre la circunstancia de agravación genérica por discriminación de género del art. 22.4 CP, pero para ello, se exige probar *“la conducta del hombre como manifestación objetiva de discriminación hacia la mujer”*¹³⁴.

Esto no quiere decir que no sea una medida adecuada, pues el legislador equipara de este modo el delito de agresión sexual a tipos como el de lesiones o el de coacciones, que ya tenían esta circunstancia entre sus agravantes propias (arts. 148 y 172 del CP)

debe tenerse en cuenta que es probable que las mujeres que han sufrido los casos más graves no sean capaces de contarlos en una encuesta como esta debido al trauma que supone. En el caso de las niñas menores de 16 años, el porcentaje es del 3,4 %, lo que se traduce en unas 703.925 niñas víctimas de violencias sexuales. Además, el 12,4 % de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja dice que en alguna de las agresiones sexuales participó más de una persona. Finalmente, casi en el 50 % (40,6 %) de los casos, la violencia se repitió más de una vez.”

¹³⁴ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 99/2019, de 26 de febrero, ECLI:ES:TS:2019:591

C. *La comisión de los hechos acompañada o precedida de una violencia de extrema gravedad*

La propuesta de redacción de esta nueva circunstancia agravante se encuadra en la 2ª que viene recogida actualmente en el artículo 180.1 CP, y dice así:

“2.ª Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.”

En primer lugar, ha de considerarse que la introducción de esta circunstancia agravante es totalmente acorde al nuevo trato unitario de los delitos de agresión y abuso sexual, ya que al eliminarse la graduación de los tipos en función de si los actos se han cometido mediante el uso de violencia o intimidación o sin ellos, debían existir herramientas en manos de los jueces para poder graduar las penas en función del ataque.

Asimismo, debemos acudir de nuevo al artículo 46 del Convenio de Estambul en su apartado f), que recoge la exigencia de agravar la pena cuando *“el delito haya sido precedido o se haya acompañado de una violencia de extrema gravedad”*. Puede verse como el texto del Proyecto ha recogido expresamente lo dispuesto por el Convenio, dándole nuevamente el cumplimiento que le faltaba.

Sin embargo, podría afirmarse que la aplicación de agravante generará un debate jurídico importante, dado que la *“extrema gravedad”* no es en absoluto un criterio objetivo, y su apreciación estará sujeta a la valoración del órgano encargado de juzgar en cada caso.

5.3.3 MODIFICACIÓN EN LA PENAS PREVISTAS

Al modificar por completo la tipificación de los delitos de agresión y abuso sexual, la propuesta de reforma introduce una serie de modificaciones en el sistema de penas de las conductas de carácter sexual constitutivas de delito. En aras de observar de un modo más visual como se ha establecido el sistema de penas en el Proyecto de Ley y en el Anteproyecto previo, se estudiarán las mismas una a una.

El cuadro comparativo siguiente es una buena manera de ilustrar las modificaciones en el sistema de penas de prisión:

**CP ANTEPROYECTO PROYECTO
ACTUAL**

COMISIÓN SIN VIOLENCIA NI INTIMIDACIÓN	Sin acceso carnal	sin agrav.	1 a 3 años	1 a 4 años	1 a 4 años	
		con agrav.	Mitad superior	2 a 6 años	2 a 8 años	
	Con acceso carnal	sin agrav.	4 a 10 años	4 a 10 años	4 a 12 años	
		con agrav.	Mitad superior	7 a 12 años	7 a 15 años	
	COMISIÓN MEDIANTE VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN	Sin acceso carnal	sin agrav.	1 a 5 años	1 a 4 años	1 a 4 años
			con agrav.	5 a 10 años	2 a 6 años	2 a 8 años
Con acceso carnal		sin agrav.	6 a 12 años	4 a 10 años	4 a 12 años	
		con agrav.	12 a 15 años	7 a 12 años	7 a 15 años	

Fuente: Elaboración propia.

De este cuadro comparativo nacido del análisis de los sistemas de penas establecidos en los tres textos, se pueden sacar una serie de conclusiones:

- I. Salvo lo relativo a la pena prevista para la comisión de los actos sexuales no consentidos sin mediar ni violencia ni intimidación - los abusos sexuales en la actualidad - se prevén penas de mayor duración en el CP actual para todas las conductas delictivas posibles.
- II. El trato unitario de los delitos de agresión y abuso sexual se observa en que tanto en el sistema del Proyecto como del Anteproyecto se prevén las mismas penas para las conductas delictivas sean cometidas o no mediante violencia o intimidación - sin perjuicio de la posible apreciación de alguna circunstancia agravante como la de cometer el delito haciendo uso de una violencia “extremadamente grave”.

- III. Es curioso comprobar como desde el texto del Anteproyecto, de octubre de 2020, al texto del Proyecto, de julio de 2021, se incrementa el límite superior de todas las penas excepto la de la agresión sexual básica.

6. MIRADA CRÍTICA Y CONCLUSIONES

Es indudable que la libertad sexual es uno de los bienes jurídicos más relevantes desde la perspectiva social, lo que puede observarse en la repercusión que alcanzan los ataques a la misma. Por ello, la regulación de los tipos delictivos que la protegen siempre ha sido motivo de polémica y debate jurídico-político.

La falta de consenso suficiente en torno al trato jurídico de estas figuras quizás haya sido uno de los motivos por los que, en los casi 27 años en los que lleva en vigor el Código Penal actual, el régimen jurídico de los delitos de agresión y abuso sexual – cometidos contra personas mayores de edad – ha permanecido sin apenas sufrir modificaciones. Dicha circunstancia hace que parezca difícil defender que la regulación de dichos tipos delictivos es acorde al momento en el que se encuentra la sociedad hoy día, sin perjuicio de que tampoco sea en absoluto recomendable desde un punto de vista jurídico la modificación de una norma en cada legislatura.

No hay duda de que la intención del legislador cuando introdujo las figuras del abuso y la agresión sexuales en 1995 fue tratar de proteger de la mejor manera posible la libertad sexual de las víctimas al diferenciar los tipos y sus penas en función de la intensidad del ataque. Ahora bien, como se ha podido observar en este trabajo en lo relativo a la regulación actual de dichos delitos, dicha diferenciación produjo un efecto negativo en la doctrina jurisprudencial, que fue la consideración de que para poder apreciar que se cumple el tipo de la agresión sexual, es necesaria una resistencia activa de la víctima para considerar que no existía consentimiento en el acto. Afortunadamente, los tribunales han evolucionado en su valoración y en la actualidad no es necesaria una resistencia activa de la víctima al acto sexual para que se considere que ha existido una resistencia idónea¹³⁵.

La propuesta de reforma elimina el tipo de abuso sexual, y centra el supuesto típico en cualquier acto sexual que no cuente con el consentimiento de la víctima. Miles de páginas se han escrito en torno a la figura del consentimiento en los delitos contra la libertad, y la poca relevancia que se le da en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto que muchos autores sostienen que debería jugar un papel más central en la estructura de este tipo de delitos. Teniendo en cuenta el carácter personal del bien jurídico de la libertad sexual,

¹³⁵ Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 344/2019, de 4 de julio, ECLI:ES:TS:2019:2200

que el Código Penal recoja como único elemento subjetivo necesario para que se cumpla el tipo la ausencia de consentimiento de la víctima y una “definición-2 de como se entendería otorgado es un avance significativo y motivo de aplauso.

No hemos de olvidar las críticas suscitadas en la doctrina en torno a que la eliminación de la distinción de ambos tipos delictivos supondrá una deficiencia en la graduación de la intensidad del ataque a la libertad sexual de la víctima. Se ha hablado previamente de dicha opinión, en tanto que efectivamente no se trata de una afirmación infundada. Su sentido se haya en la consideración de que, al existir dos tipos delictivos cuya diferencia radica en la concurrencia de violencia o intimidación en la comisión de los hechos, al eliminar el trato diferenciado no se aplicará un trato proporcional a los diversos casos al encuadrarse en adelante todos en un mismo tipo delictivo.

No obstante, a mi juicio el texto del Proyecto da cuenta de dicha posibilidad, dado que, como se ha mencionado previamente, introduce un apartado en el que otorga la facultad al juzgador de graduar la pena en función de las circunstancias de menor gravedad del caso o las circunstancias personales del culpable. Todo ello sin perjuicio de todas las circunstancias agravantes recogidas en el artículo 180, en el que se incluyen varias mencionadas en apartados previos, que del mismo modo ayudan a graduar la pena en función de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

Asimismo, desde que esta tipificación se introdujo, el conjunto de la sociedad ha incurrido en el error de identificar la agresión sexual con el delito de violación recogido en el ordenamiento penal previo al actual. La confusión reside en que se sigue pensando que siempre que existiese penetración nos encontramos ante una agresión sexual, lo que produce indignación en los casos en los que dicha penetración ha ocurrido y el tribunal considera que el delito ha sido el de abuso y no el de agresión. Comenzar a tratar estos delitos de forma unitaria bajo el tipo de la agresión sexual es una decisión muy acertada desde el punto de vista terminológico, en aras de una mayor comprensión social.

A mayor abundamiento, es preceptivo destacar que de este modo se terminará con las dificultades interpretativas en torno a los conceptos de la intimidación y el prevalimiento de una situación de superioridad, dado que bien se dé uno u otro, nos encontraremos ante un delito de agresión sexual, lo que facilita enormemente la labor decisoria judicial.

Por otro lado, es esencial para valorar la reforma propuesta por el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual tener en consideración las disposiciones del Convenio de Estambul. Pues bien, en primer término y como ha sido destacado al principio de este mismo apartado, el hecho de que los tipos delictivos de agresión y abuso sexual se hayan mantenido prácticamente sin modificación alguna desde 1995 es indicativo de que no se ha realizado una labor de transposición de un tratado internacional en vigor desde 2014, al menos en lo que a estos delitos se refiere.

El Convenio realiza una serie de requerimientos a los países firmantes del mismo, que han de ser debidamente transpuestos a sus legislaciones internas. Como ya se ha mencionado previamente, la única reforma en la que se hizo mención al Convenio fue la realizada por la Ley Orgánica 1/2015, al declarar que se introducía la circunstancia agravante genérica de discriminación por razón de género en cumplimiento del mismo. Se trata de una introducción manifiestamente insuficiente, lo que no obsta a que se tratase de una medida correcta y necesaria.

Si este Proyecto de Ley termina siendo aprobado, se dará cumplimiento, por un lado, a lo dispuesto por su artículo 36, que define la violencia sexual sobre la base del consentimiento de la víctima¹³⁶, al eliminar la violencia y la intimidación como elementos constitutivos del delito dejando a la ausencia de consentimiento como elemento subjetivo único, y por otro a lo dispuesto por su artículo 46, que insta a recoger una serie de circunstancias agravantes para los delitos contra la libertad sexual, al introducir las que han sido analizadas en su apartado correspondiente.

Si bien es cierto que el contenido general del Proyecto podría ser criticable debido a su carácter integral, al poder ser considerado incompatible con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en lo que al objeto de análisis de este trabajo respecta, que no es otro asunto que la reforma de los delitos de agresión y abuso sexual, su intervención es totalmente adecuada y necesaria.

En definitiva, bajo mi punto de vista y como resultado del análisis realizado en las páginas que completan el trabajo, la propuesta de reforma dibujada por el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual cumple con los requisitos que, a mi juicio, se le deben pedir a una reforma legislativa, que no son otros que los de adecuación, oportunidad y coherencia con el ordenamiento jurídico vigente.

¹³⁶ FARALDO CABAÑA, P., op. cit. pág. 278

7. BIBLIOGRAFÍA

Acale Sánchez, M. (2021). Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma. *IgualdadES*, 467-485.

Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M., & Perrino Pérez, Á. L. (2020). *Derecho Penal aplicado: Parte Especial. Delitos contra los intereses individuales y las relaciones familiares*. Madrid, España: Dykinson.

Altuzarra Alonso, I. (enero-junio de 2020). El delito de Violación en el Código Penal español: Análisis de la difícil Delimitación entre la intimidación de la Agresión Sexual y el prevalimiento del Abuso Sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional. *Revista de Estudios Deusto*, 68/1, 511-558.

Asúa Batarrita, A. (1998). Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal. En A. (. Rincón, *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género* (págs. 47-101). Vitoria-Gasteiz: Instituto Vasco de la Mujer Emakunde.

Boldova Pasamar, M. Á. (2016). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. En C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche, & M. Á. Boldova Pasamar, *Derecho Penal: Parte especial, conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo* (págs. 191-236). Granada, España: Comares.

Cancio Meliá, M. (marzo de 2011). Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual. *La Ley Penal*, pág. 1626.

Díez Ripollés, J. L. (2000). El Objeto de protección en el nuevo Derecho Penal sexual. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 69-101.

Díez Ripollés, J. L. (10 de mayo de 2018). El "no es no". *El País*.

Esteve Mallent, L. (2021). Consentimiento y dicotomía entre agresión y abuso en los delitos de naturaleza sexual. *El Criminalista Digital*, 38-58.

Faraldo Cabaña, P. (2020). Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género. En A. (. Monge Fernández, *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* (págs. 255-283). Barcelona, España: J.M. Bosch.

Fernández, A. M. (2020). *"Las Manadas" y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gavilán Rubio, M. (Enero-junio de 2018). Agresión sexual y abuso con prevalimiento. Análisis de la reciente jurisprudencia. *R.E.D.S.*, 82-95.

Jaén Vallejo, M., & Perrino Pérez, Á. L. (2015). Delitos contra la libertad sexual. En M. Jaén Vallejo, & Á. L. Perrino Pérez, *La reforma penal de 2015* (págs. 93-98). Madrid, España: Dykinson.

Lousada Arochena, J. F. (2018). El acoso sexual en el Convenio de Estambul y su transposición interna. El pacto de estado en materia de violencia de género. En J. M. Gil Ruiz, *El Convenio de Estambul como marco de derecho antidisubordinatorio* (págs. 71-100). Madrid, España: Dykinson.

Magro Servet, V. (19 de julio de 2021). Análisis comparativo acerca de la inminente reforma del Código Penal. *Diario La Ley*, págs. 1-21.

Manzanares Samaniego, J. L. (2016). De los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En J. L. Manzanares Samaniego, *Comentarios al Código Penal*. Madrid, España: Wolters Kluwer.

Marín de Espinosa Ceballos, E. B. (mayo-junio de 2021). Por qué es innecesaria e inconveniente una ley integral en garantía de la libertad sexual. *Diario La Ley*, 1-17.

Vallejo Torres, C. (septiembre de 2018). Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia afuera para reflexionar desde dentro. *Diario La Ley*, 1-14.

8. ANEXO JURISPRUDENCIAL

Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 2 de septiembre de 1998, The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-A-T

Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia de 22 de febrero de 2001, The Prosecutor v. Dragoljub Kuranac, Radomir Kovac & Zoran Vukovic, IT-96-23-T&IT-96-23/1-T

Sentencia de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia de 12 de junio de 2002, The prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic, IT-96-23 & IT-96-23/1-A

Sentencia del Corte Europea de Derechos Humanos de 4 de diciembre de 2003, M.C. vs Bulgaria, rec. 39272/98

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 1169/2004, de 18 de octubre, ECLI:ES:TS:2004:6569

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 292/2019, de 31 de mayo, ECLI:ES:TS:2019:1728

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 348/2005, de 17 de marzo, ECLI:ES:TS:2005:1714

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 11/2006, de 19 de enero, ECLI:ES:TS:2006:312

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 1142/2009, de 24 de noviembre, ECLI:ES:TS:2009:7194

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 971/2006, de 10 de octubre, ECLI:ES:TS:2006:6345

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 393/2009, de 22 de abril, ECLI:ES:TS:2009:2187

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 197/2005, de 15 de febrero, ECLI:ES:TS:2005:904

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 542/2007, de 11 de junio,
ECLI:ES:TS:2007:4523

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 305/2013, de 12 de abril,
ECLI:ES:TS:2013:1787

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 609/2013, de 10 de julio,
ECLI:ES:TS:2013:3883

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 1291/2005, de 8 de
noviembre, ECLI:ES:TS:2005:6833

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 344/2019, de 4 de julio,
ECLI:ES:TS:2019:2200

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 99/2019, de 26 de febrero,
ECLI:ES:TS:2019:591

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 15/2015, de 2 de junio,
ECLI:ES:AN:2015:2030

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) 38/2018, de 20 de marzo,
ECLI: ES:APNA:2018:86