

CONSENTIMIENTO Y DICOTOMÍA ENTRE AGRESIÓN Y ABUSO EN LOS DELITOS DE NATURALEZA SEXUAL

Consent in sexual attacks. Difference between sexual attacks and sexual abuses

Lara Esteve Mallent*

Resumen

Análisis de la evolución normativa de los delitos de naturaleza sexual en la legislación penal española. Valoración del Anteproyecto de Ley de Garantías y Libertad Sexual, en lo que respecta a dos elementos: la eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexual, y la incorporación de la definición "ausencia de consentimiento" al tipo delictivo de agresión sexual. Importancia de la aplicación directa de los convenios y tratados internacionales de los que España es parte.

Palabras clave

Abuso, agresión, carga probatoria, consentimiento, discriminación, igualdad, libertad sexual, indemnidad sexual, perspectiva de género, revictimización.

Abstract

Analysis about the Spanish Criminal Codes in sexual attacks. Study Project of Law on Guarantees and Sexual Freedom, Focus in two elements: the elimination of the distinction between abuse and sexual assault, and the incorporation of the definition "absence of consent" to the criminal type of sexual assault. international conventions and treaties in Spanish Law.

Keywords

Abuse, consent, discrimination, equality, evidence, freedom, gender perspective, sexual attack, sexual freedom, trial.

Información del artículo:

Fecha de recepción: 17/3/2021

Fecha de aceptación: 17/6/2021

Cómo citar este artículo:

Esteve Mallent, L. (2021). Consent in sexual attacks. Difference between sexual attacks and sexual abuses , *El Criminalista Digital*, 9, 20-37. Recuperado de: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/cridi/article/view/21636> (fecha de consulta: 17 de junio de 2021).

Sumario: I. Introducción; II. Estado de la cuestión en el derecho comparado; III. Situación en España. Consentimiento y conductas típicas en nuestro ordenamiento jurídico; IV. Diferencia entre agresión y abuso en los delitos de naturaleza sexual según el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantías y libertad sexual: 1. *Estado actual de la cuestión*; 2. *Novedades introducidas por el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantías de Libertad Sexual y su fundamentación*; 3. *Configuración de los nuevos tipos de agresión sexual*; 4. *Importancia del término "intimidación" en los delitos de agresión sexual y su inclusión en subtipos agravados*; V. Introducción del término "consentimiento" en la descripción de la conducta típica: 1. *Estado actual de la cuestión*; 2. *Aportaciones del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantías de libertad Sexual y su justificación según el Convenio de Estambul*; 3. *Utilidad de incorporar una definición de "consentimiento" a los delitos de naturaleza sexual*; 4. *Consentimiento y carga probatoria*; 5. *Consideraciones sobre la inclusión de consentimiento en nuestro Código penal*; VI. Conclusiones.

* Magistrada y Doctora en Derecho Penal.

I. Introducción

El derecho penal se caracteriza por ser un derecho de naturaleza pública, en el que la mayoría de los tipos delictivos no precisan de una denuncia previa para ser perseguidos (y en su caso, castigados). Así, en el supuesto que existan indicios de apariencia delictiva, el órgano investigador realizará las averiguaciones pertinentes para el descubrimiento de los hechos acontecidos, y determinará si los mismos tienen relevancia penal o no.

Sin embargo, ante hechos que formalmente pudieran revestir apariencia delictiva, el comportamiento de la víctima puede ser determinante en orden a la perseguibilidad o castigo de los mismos. Nos referimos al perdón (como causa que extingue la responsabilidad penal en determinados delitos, art. 130.1.5 CP), o al consentimiento (como causa que elimina la tipicidad de la conducta realizada en delitos con bienes jurídicos disponibles).

Respecto de la primera cuestión (el perdón), el art. 130.1.5 CP deja claro que una vez cometido uno o varios actos con apariencia delictiva, el perdón de la persona ofendida únicamente será relevante para extinguir la responsabilidad penal cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Que se trate de delitos leves perseguibles a instancias de la persona agraviada o la ley así lo prevea.
- Que se haya otorgado (el perdón) de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto la autoridad judicial sentenciadora deberá oír a la persona ofendida por el delito antes de dictarla.
- Si se trata de delitos contra personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales, el perdón de la persona ofendida no extingue la responsabilidad criminal¹.

Mientras que el perdón, como causa de extinción de la responsabilidad penal, opera una vez el delito se ha perfeccionado, el consentimiento es un elemento que debe ser valorado antes del comienzo de la conducta susceptible de ser calificada como delito; y si se trata de un acto que se prolonga en el tiempo, a lo largo del mismo. Y ello, porque su existencia conllevará que determinados actos puedan ser valorados como simples comportamientos legítimos o, si no se aprecia este consentimiento, como hechos constitutivos de delito.

Así pues, el consentimiento juega un papel muy importante en la persecución (y llegado el caso la condena) de los tipos delictivos, ya que puede determinar la atipicidad de la conducta o su persecución.

En delitos de naturaleza sexual (abuso, agresión sexual, acoso), el consentimiento de la víctima -antes y durante la relación- determinará la atipicidad de la conducta. Obviamente, si una persona muestra consentimiento en realizar una práctica sexual con una, dos o cuatro personas, y lo hace de manera libre y voluntaria, la acción no será perseguible como delito, si no que quedará en el ámbito de su libertad sexual y de acción.

¹ Este último apartado, redactado conforme Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio), que modifica, entre otros, el párrafo 5º del art. 130.1 del Código penal. La redacción anterior disponía: "Si se trata de delitos contra menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el órgano judicial podrá rechazar la eficacia del perdón otorgado por los/as representantes de aquéllos/as, ordenando la continuación del procedimiento". La Ley elimina el perdón de la persona ofendida como causa de extinción de la responsabilidad criminal cuando la víctima del delito sea una persona menor de dieciocho años, completando de este modo la protección de los niños, niñas y adolescentes ante delitos perseguibles a instancia de parte.

El problema comienza en el momento en que existen dudas sobre el consentimiento dado. *¿Cómo se ha prestado? ¿En qué condiciones? ¿Bajo qué sustancias consumidas?* Es más, *¿Qué consideramos que significa “consentimiento”?* Son cuestiones que iremos analizando a lo largo del presente artículo.

Hemos de comenzar señalando que, si bien el Código penal del 95 -y los anteriores a él- han tipificado los atentados contra la libertad sexual (antes llamados delitos *contra la honestidad*, como luego veremos), lo cierto es que nuestro Código no incorpora en el articulado de delitos de esta naturaleza la definición de “consentimiento”.

No obstante, no podemos olvidar que la integración de los convenios Internacionales válidamente celebrados en nuestro ordenamiento jurídico y la aplicación de los mismos es un deber de jueces y juezas. Y por tanto, si hemos de valorar qué entendemos por consentimiento en una relación sexual (o más bien la falta de él, a fin de valorar la conducta típica), podremos acudir a lo dispuesto en el Convenio de Estambul, que sí define el término. La incorporación de esta redacción a la normativa penal garantizaría no sólo una adecuada aplicación de la norma, de acuerdo con los convenios y tratados internacionales, si no una mejora de las garantías tanto para la víctima como para la propia persona agresora. Y ello porque la prueba sobre si existió o no consentimiento sería relativa a si se cumplen o no los requisitos de dicha redacción.

Otro punto (de los muchos) en que el Código penal español difiere del Convenio de Estambul es en la apreciación de “niveles” de consentimiento. Mientras que el CP español diferencia los abusos de las agresiones sexuales según si ha existido violencia o intimidación (agresión) o no (abuso), el Convenio de Estambul es más claro: o existe consentimiento (conducta atípica), o no (agresión sexual).

El Tribunal Supremo ha venido incorporando el sentido del Convenio de Estambul a sus resoluciones penales. En consonancia con ello, en la sentencia 145/2020 -sobre una agresión sexual múltiple ocurrida en Valencia-, el Tribunal Supremo expone que “la indumentaria, modo de actuar o que a la víctima le atrajera uno de los agresores carece de relevancia sobre los hechos enjuiciados, y esos comportamientos o vestimentas no pueden equipararse a la provocación ni justificación o legitimación de los delitos de agresión”. Y termina exponiendo que “el consentimiento en las relaciones sexuales está por encima de cualquier interpretación subjetiva que pretenderá hacer el agresor sobre el sentir o parecer de la víctima”².

II. Estado de la cuestión en el derecho comparado

La tipificación de los delitos de naturaleza sexual en general, y el concepto de consentimiento en particular, no ha tenido una evolución pacífica en los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno.

Siguiendo a Peramato Martín³, en el derecho comparado podemos distinguir dos modelos diferenciados: el de *negativa expresa* y el de *consentimiento expreso*.

En el primer modelo, se requiere que la víctima haya expresado su voluntad contraria a la relación sexual para perseguir la conducta como delito, mientras que en el modelo de consentimiento expreso se precisa, para que el comportamiento sea atípico, que la víctima haya expresado su voluntad de mantener ese contacto o relación.

En este último modelo interviene una consideración sobre la disponibilidad del bien jurídico (libertad sexual), que los estados han solucionado de manera distinta: qué se entiende por “*expresar la voluntad de mantener la relación*”.

Alemania regula en el artículo 177 de su Código criminal los delitos de *agresión sexual, coerción sexual y violación* (todos los tipos delictivos se recogen en el mismo artículo), y entiende que consume el delito de agresión quien “en contra de la voluntad discernible de una persona, realice actos sexuales con esa persona o haga que esa persona realice actos sexuales con ella, o haga que esa persona realice o consienta en actos sexuales

² Sentencia del Tribunal Supremo 145/2020, de 14 de mayo, ponente Magro Servet, V.

³ Peramato Martín, T. (2020). Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual. El consentimiento. *Boletín de Violencia de Género y de Igualdad, por Juezas y Jueces para la Democracia*, 11, 3-14.

realizados por una tercera persona". Es decir, fija en la ausencia de consentimiento la realización del hecho delictivo. Asimismo, el segundo párrafo del artículo antes mencionado castiga a la persona agresora que se aproveche de las especiales circunstancias de la víctima: *si ésta no puede formar o expresar una voluntad contraria, si aprovecha el hecho de que la persona está significativamente disminuida, usa un elemento sorpresa, se aprovecha de una situación en la que la víctima se ve amenazada con daño grave en caso de ofrecer resistencia, o si el agresor ha coaccionado a la persona para que realice o consienta los actos sexuales amenazándola con daño grave.*

Por su parte, el gobierno de Dinamarca ha alcanzado recientemente un acuerdo entre partidos de coalición para introducir **legislación sobre la violación basada en el consentimiento.**

El nuevo texto danés modifica el Código penal (§ 216 ss), para reconocer finalmente en la ley que *el sexo sin consentimiento constituye violación, sin que sea necesario que haya existido violencia física en dichos actos.* Hasta ahora, era preciso que existiera coacción y violencia para que este delito se considerara violación, de forma semejante al ordenamiento jurídico español⁴. Además, el Código danés equipara penalmente las agresiones sexuales con violencia o amenaza con las agresiones a una persona a la que se le ha posicionado en una situación tal que no pueda resistir el acto. Y califica como subtipo agravado la violación cometida cuando ésta ha sido particularmente peligrosa o con circunstancias particularmente agravantes⁵.

El cambio de normativa pone por tanto la nota fundamental en el consentimiento para diferenciar la tipicidad o atipicidad de la conducta.

A día de hoy son escasos los países europeos que reconocen que una relación sexual sin consentimiento constituye violación. Por ello, sorprende que la mayoría de países europeos hayan firmado el Convenio de Estambul, donde sí se reconoce que la relación sexual sin consentimiento configura el tipo delictivo. Se trata de un descompás entre la realidad y la legislación internacional, y los derechos internos propios de cada estado. Con esto no pretendemos señalar que España desproteja a las víctimas de la violencia sexual⁶; como señalamos al comienzo, la legislación penal castiga los atentados contra la libertad sexual de las personas ya desde el Código penal⁷. Y en la redacción de los diferentes tipos delictivos se tiene presente la falta de consentimiento (véanse el art. 181 referido al abuso sexual), o incluso regula supuestos en que el consentimiento se obtiene mediante un abuso de superioridad manifiesta. Sin embargo, lo que no contempla el Código del 95 (ni los anteriores) es una definición del concepto "consentimiento" en los tipos contra la libertad sexual.

En un principio, la ausencia de esta definición en la descripción de la conducta típica tampoco es algo anómalo, si lo comparamos con otros delitos dentro del Código penal que se perfeccionan sin el consentimiento de la víctima: robos, daños, allanamiento de morada, entre otros. Estos tipos prevén la falta de consentimiento del titular del bien jurídico protegido como requisito de perseguibilidad y en su caso punición del comportamiento realizado. Y es la jurisprudencia e interpretación normativa quien perfila el contenido de la voluntad del sujeto pasivo en la determinación de la conducta típica. Debemos estudiar y resolver por qué, si existen otros delitos en el Código penal en los que se requiere la falta de consentimiento para su punición y tampoco se define el término, sí es preciso definirlo en los casos de atentado contra la libertad sexual.

⁴ Código Criminal danés, por orden 909, de 27 de septiembre de 2005, modificado por Actuación núms. 1389 y 1400, de 21 de diciembre de 2005. Capítulo 24, *Ofensas Sexuales*.

⁵ *Ibid.*, § 216: "(1) Toda persona que obligue a mantener relaciones sexuales con violencia o bajo amenaza de violencia será culpable de violación y podrá ser condenada a prisión por un período que no exceda de ocho años. La colocación de una persona en una situación tal que no pueda resistir el acto será equivalente a violencia. (2) Si la violación ha sido de naturaleza particularmente peligrosa, o en circunstancias particularmente agravantes, la pena puede aumentarse a prisión por cualquier término que no exceda de 12 años".

⁶ Así, el Título II del Libro II del Código penal de 1995 castiga los "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", y dentro de éste diferenciamos un total de seis capítulos, referidos a 1) agresiones sexuales, 2) abusos sexuales, 3) abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, 4) acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, 5) prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores, y 6) disposiciones comunes a los capítulos anteriores.

⁷ Código Penal, de 8 de junio de 1822 (Imprenta Nacional de Madrid, publicado el 9 de julio de 1822). Art. 664 y siguientes. Llama la atención cómo los delitos contra la libertad sexual de las personas tipificados en este Código tienen ya un marcado sesgo de género, que se reproduce y actualiza en los códigos posteriores. A modo de ejemplo, los delitos de rapto (art. 664), abusos deshonestos en rapto (art. 666) o abusos con violencia, amenazas o intimidación (art. 668), era castigado con mayor pena si la víctima era mujer casada (Art. 669) y reducido el castigo a la mitad si la víctima era "mujer pública" (art. 670).

III. Situación en España. Consentimiento y conductas típicas en nuestro ordenamiento jurídico.

La tipificación de los delitos de naturaleza sexual en los Códigos Penales españoles ha ido evolucionando a lo largo de la historia, y con ellos, la valoración del consentimiento del sujeto pasivo.

La redacción actual del Título VIII del Libro II del Código penal (“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”) es fruto de una larga evolución jurídico-penal. Así, los delitos de esta naturaleza eran rubricados como “Delitos contra la honestidad”, ya desde el Código penal de 1848. A modo de ejemplo, el Código de 1932 regulaba, dentro del Libro II, en su Capítulo I del título X (“Delitos contra la honestidad”), los delitos de “Violación y abusos deshonestos”. Y resulta llamativo como diferenciaba en este capítulo dos delitos distintos: la violación hacia la mujer (específicamente hacia la mujer, no se contemplaba la violación a un hombre), y los abusos deshonestos, aquí sí, a persona de uno u otro sexo.

El primero de ellos castigaba la violación de la mujer, aprovechando el artículo para definir el término violación: “Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes: 1º Cuando se usare de fuerza o intimidación; 2º Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier casusa; 3º Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores” (sin definir, en este caso, el concepto “deshonesto”)⁸.

De cualquier modo, la rúbrica dada en los Códigos anteriores al de 1995 no venía referida al bien jurídico protegido, sino que evidenciaba, en palabras de GIMBERNAT, “el medio comisivo, en cuanto los hechos tipificados se cometen mediante acciones deshonestas, inmorales desde el punto de vista del pudor”⁹.

El concepto de honestidad se encontraba, 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”¹⁰.

Por su parte, el órgano legislador del Proyecto del Código Penal de 1980¹¹ es consciente de la necesidad de adaptar la ley a la evolución de la moral sexual que la sociedad española experimentó desde el s. XIX. En concreto, el Proyecto tiene en cuenta el siguiente principio básico: *la intervención de la ley penal en la esfera de la actividad sexual del individuo debe limitarse a aquellos supuestos en los que con el ejercicio de tal actividad se cause un perjuicio real e injusto a otra persona o comunidad*. Y como consecuencia, el acento de la protección se desplaza de la honestidad a la libertad sexual, proponiendo el cambio en la rúbrica del título, que pasaría a denominarse “Delitos contra la libertad sexual”.

Esta idea es reflejada en la Reforma del Código Penal de 1989¹², que considera necesario modificar los llamados delitos “contra la honestidad” contemplados en él, entendiendo que era una exigencia que cada día se perfilaba con mayor nitidez y era reclamada desde amplias capas de la sociedad.

⁸ Ley de 27 de octubre de 1932, del Código Penal (Gaceta de Madrid, núm. 310, de 5 de noviembre). Título X “Delitos contra la honestidad”, Capítulo I “Violación y abusos deshonestos”, Art. 431: “La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión menor. Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes: 1º Cuando se usare de fuerza o intimidación; 2º Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa. 3º Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurrieren ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores”. Art. 432: “El que abusare deshonestamente de persona de uno u. otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado, según la gravedad del hecho, con la pena de prisión menor en sus grados medio y máximo”; Art. 432. “El que abusare deshonestamente de persona de uno u. otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado, según la gravedad del hecho, con la pena de prisión menor en sus grados medio y máximo”.

⁹ Cita de Gimbernat Ordeig, E., por Luzón Cuesta, J.M. (2019), *Compendio de Derecho penal. parte especial*, 22ª edición, Madrid: Dykinson, pág. 123.

¹⁰ Monge Fernández, A. (2020). “Las Manadas” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones sexuales, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 50.

¹¹ Proyecto de Ley del Código Penal, BOC I Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, núm. 108-I, de 17 de enero de 1980, págs. 657 ss. Dicho Proyecto no desembocó en un nuevo Código penal, si no en una profunda reforma del Código penal realizada en 1983.

¹² 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.

Así, refiere que las rúbricas de los capítulos y títulos han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión “honestidad” por “libertad sexual”, entendiéndola como el auténtico bien jurídico atacado.

Esta reforma realiza cambios interesantes en los delitos de naturaleza sexual, como eliminar de la redacción típica la palabra “*deshonesto*” e incorporar la de “*sexual*” (precisamente por valorar que la acción debe venir referida al ataque al bien jurídico protegido y no a una postura moral, dependiente de los convencionalismos sociales del momento). También incluye como delito de violación la penetración rectal y bucal: hasta entonces, únicamente se contemplaba como conducta típica de violación el coito vaginal, “protegiendo” así la honestidad de la mujer. Y por tanto, hasta la mencionada reforma, la acción castigada era aquella que se ejercía contra la mujer por el hombre y que como resultado podía causarle el quedar embarazada o perder la virginidad. Las acciones de penetración anal o bucal no podían conllevar ninguno de los dos resultados, por lo que no quedaban contemplados en el tipo de violación, si no en el atenuado de abuso.

Por ello fue tan relevante la reforma de 1989: a partir de ese momento se toma conciencia jurídico-penal de que el bien jurídico a proteger en estos casos es el de la libertad sexual de las personas (sean hombres o mujeres), y de que la misma puede verse comprometida igualmente si la penetración es anal, vaginal o bucal. Y una vez fijado lo anterior, se tuvo en cuenta el grado de ejecución y el nivel de agresión de la conducta típica, con el objetivo de diferenciar el tipo de agresión sexual del de abuso, ya sin diferencia de sexo en el sujeto pasivo ni activo.

Así pues, con la redacción del Código penal introducida por la reforma de 1989, el sujeto pasivo puede ser tanto hombre como mujer. De esa forma se pretende que el tipo penal responda a la realidad de la dinámica delictiva del momento, entendiéndola FARALDO CABANA que “al fin y al cabo la libertad sexual es común a ambos sexos, y en este sentido la equiparación del hombre y de la mujer en los delitos contra la libertad sexual permite alcanzar una protección similar para los dos”¹³. Solo desde que se desvincula lo sexual de la procreación se abre la puerta a esta equiparación, al desaparecer la valoración de la virginidad y el riesgo de embarazo como pretextos político-criminales para mantener reducida la violación a la conducta realizada contra la mujer¹⁴.

Por su parte, el Código penal de 1995 sigue en parte la línea de la reforma de 1989, mantiene la rúbrica del Título VIII del Libro II como “Delitos contra la libertad sexual”, y adecúa 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”¹⁵. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente. Y así lo establece el propio Preámbulo de la ley: “Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto”¹⁶.

Por lo que se refiere al consentimiento de la víctima (o más bien a la ausencia de él) como elemento normativo para la tipificación de los delitos de naturaleza sexual, se introduce a partir del Código de 1995. Ni el Código de 1932, ni el de 1973, ni la reforma operada por LO 3/1989 hacían mención al consentimiento¹⁷.

¹³ Faraldo Cabana, P. (2018). Evolución del delito de violación en los Códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales. En Faraldo Cabana, P. y Alcalá Sánchez, M. (dir.) y Rodríguez López, S. y Fuentes Loureiro, M. A (coord.). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (p. 50). Valencia; Tirant lo Blanch.

¹⁴ *Ibid.*, p. 61.

¹⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995), Título VIII Libro II, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.

¹⁶ *Vid.*, Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, Preámbulo, p. 9.

¹⁷ A modo de ejemplo, el Código Penal de 1973 exponía en el Capítulo I del Título IX (“De la violación y abusos deshonestos”), el art. 429: “La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión menor. Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes: 1.º Cuando se usare fuerza o intimidación. 2.º Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa. 3.º Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriera ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores”, y el art. 430 “El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualesquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión menor”. No empleaba el término consentimiento.

Es el Código de 1995 el que introduce el término “consentimiento”, al tipificar los abusos sexuales (art. 181).

La reforma operada por la LO 11/99¹⁸ modifica la rúbrica del Título VIII, que pasa a denominarse “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Reconoce esta Ley en su Exposición de Motivos que las normas contenidas en el Código Penal relativas a los delitos contra la libertad sexual, no respondían adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego. Y ello porque el bien jurídico protegido no es únicamente la expresada libertad sexual, si no que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre personas adultas¹⁹.

En este sentido, expone GONZÁLEZ CUSSAC que los delitos contra la libertad sexual “suponen también un atentado a la dignidad del sujeto pasivo, al que se utiliza como mero objeto; a su intimidad, porque se le impone un acto tan privado; a su bienestar psíquico, a lo que cabe añadir el riesgo de embarazo no querido o de un contagio de una enfermedad de transmisión sexual (nombrando SSTs de 12-4-2002, con referencia a la dignidad en el a STS de 25-10-2001, 2-10-2006, 29-12-2009...) sin que falte mención a la dignidad de la persona”²⁰.

Pretende con la introducción del concepto “indemnidad” en la rúbrica del Título, tipificar de manera más precisa los llamados delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en relación con la edad de las víctimas y con las circunstancias concurrentes, incorporándolo al delito de abuso, tipificado en el art. 181 del Código²¹.

Y llegamos al momento en que se presenta el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Dicho Anteproyecto atiende a las exigencias internacionales en materia de libertad sexual, que la sociedad venía demandando, pero que tienen un respaldo legal de obligado cumplimiento por España. Reconoce el Anteproyecto en su Exposición de Motivos que “el acceso efectivo de las mujeres a los derechos sobre capacidad de decisión sobre el propio cuerpo ha venido históricamente obstaculizado por los roles de género establecidos en la sociedad patriarcal, que sustentan la discriminación de las mujeres y penalizan, mediante formas violentas, las expresiones de libertad contrarias al citado marco de roles”.

Entre las muchas novedades que incorpora el Anteproyecto, vamos a centrarnos en dos elementos diferenciados pero unidos entre sí: la eliminación de la dicotomía abuso-agresión sexual, y la incorporación de la definición de “consentimiento” a la descripción de la conducta típica, que son las cuestiones que vamos a analizar a continuación.

IV. Diferencia entre agresión y abuso en los delitos de naturaleza sexual según el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantías y libertad sexual.

1. Estado actual de la cuestión

Si atendemos al Código penal en su redacción actual, podremos diferenciar entre *agresión sexual* (atentar contra la libertad de una persona con violencia o intimidación) y *abuso sexual* (atentar contra la libertad sexual de una persona sin violencia ni intimidación y sin consentimiento). Es decir, que en ambos casos no existe

¹⁸ Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE núm. 104, de 1 de mayo de 1999).

¹⁹ En este sentido, ver Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, así como la decisión del Consejo de la Unión Europea que, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el día 29 de noviembre de 1996, sobre compromiso de los Estados parte de revisar la legislación nacional vigente relativa, entre otros extremos, a la explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños y a la trata de niños con fines de explotación o abuso sexual.

²⁰ Orts Berenguer, E; Borja Jiménez, E; Vives Antón, T.S., González Cussac, J. L (Coord); Martínez Buján Pérez, C; Carbonell Mateu, J. C.; Cuerda Arnau, M. L. (2019). Lección XI. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales. En *Derecho Penal Parte Especial 6ª Edición 2019*, Orts Berenguer, E.(p. 211). Valencia: Tirant lo Blanch.

²¹ *Ibid.*, pp. 209-210: “La indemnidad sexual se entiende como el derecho de menores y personas con discapacidad a no ser molestados, a no sufrir daño en el terreno sexual; aunque en rigor indemnidad significa estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio”.

consentimiento, pero en el primero de ellos (agresión sexual) se emplea violencia o intimidación, mientras que en el segundo caso (abuso sexual) no se usa ni violencia ni intimidación.

Nos encontramos pues -en la redacción actual-, con dos conductas típicas (agresión y abuso), en las que no media consentimiento, donde la víctima no ha consentido en realizar un acto de naturaleza sexual -acto que puede ser el mismo en un caso o en otro-, pero que tienen distinta consideración jurídica. Sin embargo, la posición del sujeto pasivo en un caso y en otro es la misma: su negativa a consentir la relación sexual. El bien jurídico protegido es el mismo: su libertad sexual. Pese a ello, los tipos delictivos descritos no son los mismos (de hecho, el delito de abuso sexual se encuentra descrito en un capítulo diferente al de agresión sexual).

El legislador pone el foco en las circunstancias del sujeto pasivo para diferenciar una conducta de otra, cuando en realidad es el sujeto activo quien realiza la acción y sobre quien debe analizarse el hecho cometido²².

El origen de la diferenciación entre agresión y abuso, en los términos en que la conocemos hoy en día, lo encontramos en la Ley 3/1989, de reforma del Código penal, que introdujo la separación expresa entre estas dos figuras. La reforma de 1989 eliminó la identificación de estos delitos con atentados a la honestidad, y con ello la idea de que el bien que se veía afectado en estos delitos era, en consecuencia, la "pureza" de la mujer. Pasa a entenderse el delito como un ataque a la verdadera libertad sexual de mujeres y hombres, la cual puede verse vulnerada por diversas conductas descritas en los tipos²³.

Tras la proclamación del Código penal de 1995, algún sector de la doctrina, como CARMONA SALGADO, entendió que la reforma que introdujo el Código penal del 95 sobre estos tipos era innecesaria ya que anulaba los efectos, en general positivos, de la de 1989, e introducía una confusa y heterogénea normativa.

Sin embargo, lo cierto es que a día de hoy, en consonancia con la normativa internacional y con la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, consideramos que la diferenciación entre abuso y agresión como tipos distintos debe ser superada.

En palabras de ORTS BERENGUER, en una situación de abuso, "la persona ha de estar incapacitada para producirse con autonomía, por no estar en condiciones de ejercitar sus facultades, de captar la realidad y de acomodar su conducta a tal conocimiento"²⁴.

El concepto abuso, por su propio significado, se refiere a "usar indebidamente o de manera excesiva". Cuando hablamos de un atentado a la libertad sexual, no hay un uso indebido, si no una falta de consentimiento y un uso contrario a la voluntad de la víctima, recordando la STS antes nombrada 145/2020 que "las interpretaciones subjetivas del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de esta última".

Por tanto, ¿por qué razón, en los casos de atentados contra la libertad sexual de las personas, diferenciamos en un capítulo "Las agresiones sexuales" y en otro "Los abusos sexuales", cuando en ambos supuestos la víctima no ha consentido la relación sexual, y el bien jurídico protegido es el mismo (libertad sexual)?

Entendemos, siguiendo a FARALDO CABANA, que es preciso revisar la configuración de los tipos delictivos de atentado contra la libertad sexual. Se hace preciso aplicar la perspectiva de género a unos delitos que, aún estando redactados en términos neutrales, siguen cometiendo mayoritariamente los hombres contra las mujeres, y se siguen interpretando y aplicando parámetros sexistas sobre la gravedad de la violencia o

²² Resulta llamativo que si estudiamos otros delitos (patrimoniales, de lesiones, etc, no encontramos referencias al comportamiento del sujeto pasivo en la descripción del tipo delictivo).

²³ En este sentido, ver Carmona Salgado, C. en: Cobo del Rosal, M. (dir.): *Curso de Derecho Penal Parte Especial*, Madrid, 1996, p. 174. De la misma autora también ver: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en Cobo del Rosal, M.: *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1999, p. 432.

²⁴ Orts Berenguer, E; Borja Jiménez, E; Vives Antón, T.S., González Cussac, J. L (Coord); Martínez Buján Pérez, C; Carbonell Mateu, J. C.; Cuerda Arnau, M. L. (2019). Lección XI. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales. En *Derecho Penal Parte Especial 6ª Edición 2019*, Orts Berenguer, E.(p. 228). Valencia: Tirant lo Blanch.

intimidación, la necesidad de una resistencia activa por parte de la víctima que en modo alguno aparece en la descripción típica, y sobre el consentimiento, mejor dicho, sobre el silencio y la pasividad como forma de consentimiento tácito²⁵.

Si bien la distinción entre abuso-agresión, incorporada al Código del 95, tuvo su razón de ser, como criterio de sistematización de los delitos sexuales más graves, hoy en día se encuentra superada, sin tener reflejo en la legislación del derecho comparado. No encontramos en el derecho de nuestro entorno la distinción entre realizar actos de esta naturaleza *sin consentimiento* y *contra la voluntad de la víctima*.

2. Novedades introducidas por el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantías de Libertad Sexual y su fundamentación

El Anteproyecto elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerando agresiones sexuales *todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona*. La Exposición de Motivos del Anteproyecto recalca que esta unificación trae causa directa de las obligaciones asumidas por España, desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. Recoge también la Exposición de Motivos que esta equiparación, además de atenuar problemas probatorios, evita la revictimización o la victimización secundaria.

Efectivamente, el Convenio de Estambul no ofrece una distinción entre distintos tipos de atentados contra la libertad sexual, si no que obliga a los estados a “adoptar 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”²⁶. Si bien España recoge normativamente estas conductas, también es cierto que realiza una distinción de tipos (agresión-abuso) que el convenio ni recoge ni reconoce.

El Convenio entiende, pues, que ante la falta de consentimiento, las conductas antes descritas deberán ser tipificadas como delitos. Del artículo 36 se desprende que la tipificación se realizará “cuando no exista consentimiento”, y no diferencia, ni calibra, diferentes estadios del consentimiento, como sí sucede en nuestro Código penal actual, diferenciando categorías según el contenido del injusto.

El esquema del Convenio de Estambul es seguido por la Estrategia del Consejo de Europa 2018-2023, y de manera más específica el artículo 49 del Convenio de Estambul. También por la resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021 en la estrategia de la unión Europea para la Igualdad de género, que solicita a la Comisión en su apdo. 33: “medidas más enérgicas en relación con la legislación sobre delitos sexuales, y que el sexo siempre tiene que ser voluntario, pidiendo recomendaciones a la Comisión para que todos los Estados miembros modifiquen la definición de violación en su legislación nacional de manera que se base en la ausencia de consentimiento”.

3. Configuración de los nuevos tipos de agresión sexual

De acuerdo con la nueva redacción de los tipos penales de acuerdo con el Anteproyecto, la falta de consentimiento del sujeto pasivo en una relación sexual deberá tratarse como un atentado a la libertad sexual de una persona, configurando el tipo básico de agresión sexual. Con la eliminación de esta dicotomía agresión-abuso sexual, se pone el foco en el bien jurídico lesionado, sin perjuicio de la descripción de tipos que atenúen o aumenten la pena en función, como decimos, de las circunstancias particulares del caso.

Así, como en otros tipos delictivos, frente al tipo básico (en este caso, atentar contra la libertad sexual de la víctima), podremos configurar los subtipos atenuados o agravados, en función de las circunstancias concurrentes y circundantes del hecho en cuestión.

²⁵ Vid., Faraldo Cabana, P. La sentencia de la Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España. En Faraldo Cabana, P. y Alcalá Sánchez, M. (dir.) y Rodríguez López, S. y Fuentes Loureiro, M. A (coord.). *La Manada...*, p. 289.

²⁶ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014), Art. 36.

Esta solución no sería extraña a nuestro Código penal: poniendo como ejemplo (a modo ilustrativo) el delito de lesiones, regulado en los artículos 147 y siguientes del Código penal, podemos comprobar que el tipo básico se encuentra regulado en el artículo 147. Tras él, se tipifican una serie de subtipos atenuados y agravados, siempre dentro del mismo Capítulo (“De las lesiones”), por entender que el capítulo rubrica el bien jurídico protegido (como ya han reconocido los Códigos penales del s XX en nuestro país). No encontramos, dentro de las lesiones, un capítulo dedicado al tipo básico, otro capítulo sobre las lesiones graves, otro sobre lesiones que se causan por imprudencia, u otro sobre los maltratos de obra. No. Todos se recogen en el mismo capítulo, referidos al mismo bien jurídico protegido: daño corporal, físico o psicológico.

En consecuencia con lo anterior, en los delitos contra la libertad sexual, se debería prever, frente al tipo básico, la regulación de **subtipos agravados o atenuados**, en función de la entidad del acto cometido, y de si existe un plus de desvalor en el comportamiento del sujeto activo, valorando si además de la libertad sexual han sido atacados otros bienes jurídicos de la víctima (uso de la fuerza, daño corporal, psicológico, atentado a la libertad personal, aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad, etc). Y ello con el fin de evitar, por un lado, el efecto de desprotección de las víctimas, para que la conducta del sujeto activo tenga peores consecuencias si emplea un medio comisivo más lesivo que otro de intensidad menor. Y por otro lado, en consonancia con lo expuesto en el informe del Consejo General del Poder Judicial²⁷, para evitar que se castigue con gran severidad conductas que presentan un menor grado de lesividad, y no dejar únicamente como potestad de quien juzga la imposición de una pena menos grave en atención a la “menor entidad del hecho”.

Entendemos que la introducción de esta facultad moderadora, en los términos en los que está redactada, adolece de una imprecisión que debe ser suplida con un margen de interpretación extenso, lo que puede perjudica a la seguridad jurídica no sólo de la víctima, si no también de quien comete el delito.

4. Importancia del término “intimidación” en los delitos de agresión sexual y su inclusión en subtipos agravados

La introducción del concepto “intimidación” como causa que puede suponer un plus de desvalor a la hora de aplicar un subtipo agravado es una cuestión compleja y no exenta de polémica.

Expone ORTS BERENGUER que “(L)a intimidación equivale al constreñimiento psicológico, a la amenaza de palabra o de obra de causar un daño injusto, posible, irreparable y presente que infunde miedo en el ánimo de la víctima produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega; además, ha de revestir las características de suficiencia y entidad bastante para vencer la resistencia del sujeto pasivo sin que precise ser absoluta ni irresistible, pues se mide por su eficacia no por su cantidad y ha de estar causalmente unida al acceso carnal”²⁸.

Si en la agresión sexual se causan daños físicos, por ejemplo, es fácil entender que nos encontraremos ante un subtipo agravado, toda vez que al atentado contra la libertad sexual, deberemos añadir el desvalor del daño físico causado. Sin embargo, ¿Debemos entender que la intimidación ejercitada en un delito de naturaleza sexual puede considerarse como un plus de desvalor en el acto cometido, o es un elemento intrínseco del tipo delictivo? Para responder a esta pregunta, acudimos a la STS 344/19²⁹, que desarrolla el concepto “intimidación” (recordamos, según la redacción actual del Código penal, que diferencia agresión sexual-sin consentimiento y con violencia e intimidación- de abuso sexual – sin consentimiento pero sin violencia ni intimidación), entendiéndolo que para apreciar la existencia de la misma, se acude a *los factores concurrentes en el momento de consumarse el hecho delictivo, tales como la edad de la víctima y de los agresores, y las circunstancias de lugar y tiempo y ambiente en que se produce el ataque a la libertad sexual*, y considera un ataque intimidatorio “*el ataque sexual a una chica joven, en un lugar solitario, recóndito, angosto y sin salida, al que fue conducida asida del brazo por dos de los acusados y rodeada por el resto, encontrándose la misma abordada por los procesados, y embriagada*”, considerando que todo ello

²⁷ Informe del Consejo General del Poder Judicial de 25 de febrero de 2021 sobre “Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”.

²⁸ Vid., Orts Berenguer, E., *Derecho Penal...*, p.217.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 344/19, de 4 de julio, ponente Polo García, S.

produce “un estado de intimidación, que aunque no fuera invencible, sí era eficaz para alcanzar el fin propuesto por los acusados, que paralizaron la voluntad de resistencia de la víctima.

Asimismo, recuerda ACALE SÁNCHEZ que “la valoración de la intensidad de la intimidación proferida por el autor y recibida por la víctima depende de una serie de factores concomitantes, que pueden determinar que se neutralice o amplifique en el caso concreto el atentado al bien jurídico libertad sexual”³⁰.

De igual forma, como elementos de intimidación, la sentencia antes mencionada recoge 1) La falta de consentimiento de la víctima; 2) La no exigencia de actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores. Y entiende que estos indicios pueden determinar a la víctima a quedar impresionada, sin capacidad de reacción, con miedo y angustia, desasosiego y estupor, pudiendo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad frente a la acción cometida contra ella, equiparando la vis física a la vis compulsiva³¹.

Precisamente sobre el concepto de “intimidación” reflexiona FARALDO CABANA cuando expone, al referirse al caso de “La Manada”, que “la jurisprudencia viene exigiendo en las agresiones sexuales que la resistencia de la víctima sea real, decidida y de entidad suficiente para dejar constancia de su oposición al comportamiento sexual”, considerando que “Se ha llegado a exigir una negativa manifiesta a la relación sexual”, y que “Desde esta perspectiva, quien no se resiste está consintiendo, lo que lleva a los abusos sexuales si el consentimiento está viciado por la relación de superioridad y a la atipicidad si no lo está. Esta interpretación de las normas olvida que el contexto social no es el mismo para mujeres que para hombres. Lo que siente una mujer cuando cinco hombres, de noche, sin testigos, la meten en un cubículo, bloqueando la salida y empiezan a desnudarla, es miedo, puro y duro. Ello debe bastar para que se entienda que hubo intimidación (...)”³².

Consideramos que éste es el marco de la intimidación. Estudiando la sentencia 344/19, deducimos que estos elementos se darán en los actos cometidos contra la libertad sexual de una persona, siendo incomprensible que frente a un ataque a la libertad sexual, la víctima no se encuentre en esta situación, sin perjuicio de los actos en que el autor se ha aprovechado de la situación de inconsciencia de la víctima, o la haya situado en posición de inconsciencia el mismo, debiendo incluir este comportamiento como tipo delictivo de agresión sexual también, y ello por entender que el mismo desvalor jurídico tendrá quien actúa frontalmente contra la libertad sexual de la víctima, como aquel que sitúa o se aprovecha de la falta de capacidad de la misma para atentar contra su libertad sexual, colocando de una manera o de otra a la víctima en una actitud de “sometimiento” y no consentimiento³³, que constriñe la voluntad de la víctima y que supone un plus de desvalor a la conducta delictiva próxima a cometer.

Sobre el momento de apreciar la intimidación (y también la fuerza), habrá que tener presente, tal y como recoge ACALE SÁNCHEZ, que “la violencia y la intimidación que no pueden dar lugar a la comisión de un delito de agresión sexual son aquellas que se realizan *a posteriori*, en cuyo caso (...) no habrá responsabilidad criminal por el acto sexual, todo lo más cabrá valorar esa violencia fuera del contexto de los delitos contra la

³⁰ Acale Sánchez, M. (2019). La intimidación. En *Violencia sexual de género contra mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, Ed. Reus SA. En online.elderecho.com.

³¹ En este sentido, las SSTs 282/18, de 13 de junio, y 247/18, de 24 de mayo, Ponente (en ambas) Magro Servet, V., destacan, aplicando la perspectiva de género, la importancia de valorar la “intimidación ambiental”, constituida por los elementos circundantes que rodean a la víctima y al hecho: la forma de ocurrir los hechos del hombre sobre su mujer y delante de sus hijos, y con un mayor aseguramiento de la acción agresiva sobre la víctima mujer por su propia pareja y en su hogar, constriñendo su voluntad e imposibilidad de defensa (siempre que del relato de hechos probados se evidencie esta imposibilidad de defensa de la misma en la acción de su pareja). En este sentido, ver Caruso Fontán, V., Capítulo III. Agresiones sexuales. 1. La nueva regulación de las conductas, en *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual* (2006) Tirant, Valencia, en www.tirantonline.

³² Vid., Faraldo Cabana, P. (2018). *La sentencia de la Manada...*, p. 295.

³³ Ilustrativo es el art. 181.3 Código penal de 1995, cuando expone, al referirse al delito de abuso sexual, que “La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleciéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima”. ¿Cómo es posible entender, a día de hoy, que no exista una intimidación intrínseca en la situación de la víctima, que frente a un comportamiento superior y manifiesto del sujeto activo, consiente? La lógica más común nos refiere que el consentimiento dado por el sujeto pasivo está del todo viciado, pues se ha obtenido en un entorno falto de libertad, sin dar la posibilidad a la víctima de elegir otra opción. El Tribunal Supremo ya ha resuelto esta cuestión en reiteradas ocasiones (STs 282/18, de 13 de junio, y 247/18, de 24 de mayo, Ponente (en ambas) Magro Servet, V.), refiriéndose a la “intimidación ambiental” como supuesto no equiparable al “consentimiento sin violencia ni intimidación”, y que queda encuadrado en el supuesto de agresión sexual y no de abuso. Y entendemos, además, que las circunstancias que rodean el acto delictivo son las que pueden configurar este ámbito de coacción o limitación de la libertad de actuación.

libertad sexual y castigarse como un delito de maltrato físico (art. 153) o de lesiones (art. 147). Esto determina que pueden producirse actos violentos en el marco de una práctica sexual que no elevan el marco punitivo a las agresiones sexuales. (...)”³⁴.

En conclusión, y de acuerdo con la propuesta del Anteproyecto, podríamos determinar la calificación de la intimidación, así como de la violencia, como un elemento del subtipo agravado de agresión sexual, no siendo preciso este elemento para la formación del tipo básico (lo que sí sucede con el Código penal actual, en el que la intimidación -y/o la violencia- es un elemento del tipo de agresión sexual).

V. Introducción del término “consentimiento” en la descripción de la conducta típica

1. Estado actual de la cuestión

El término “consentimiento” no es extraño a nuestro ordenamiento jurídico penal. A modo de ejemplo, el Código penal, al tipificar el delito de lesiones, describe: “el consentimiento válido, libre, espontáneo y expresamente emitido de la persona ofendida -siempre que no sea menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección- minora la pena del delito cometido”³⁵. En algunos supuestos, incluso, puede llegar a exonerar de responsabilidad penal (como los casos de trasplantes de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por persona facultativa).

En estos casos, partimos del hecho de que la lesión sí se ha producido (es decir, el hecho típico de causar daños físicos, siendo éste un bien jurídico -la salud- en principio indisponible), y el consentimiento opera como causa de legitimación por estado de necesidad, (no como causa de atipicidad), y ello por tratarse, como hemos referido, de un bien jurídico indisponible³⁶.

Sin embargo, en los delitos de naturaleza sexual el escenario es diferente. En relaciones ordinarias de carácter sexual, no es preciso otorgar un consentimiento expreso, como nadie nos exige un consentimiento expreso para mantener una conversación o realizar una compra en una tienda.

En los supuestos de relaciones sexuales, la falta de consentimiento de la víctima determinará la tipicidad de la conducta. Una persona puede consentir en tener relaciones sexuales con quien le parezca. El problema comienza, como adelantábamos en la introducción, en el momento en que exista duda sobre si se ha prestado el consentimiento; y de haberlo hecho, si se ha dado de manera libre y voluntaria por el sujeto pasivo de la acción.

Si acudimos al Código del 95, observamos que incluye la “falta de consentimiento sin violencia ni intimidación” en la descripción del delito de abuso sexual. Sin embargo, no incluye una descripción del término “consentimiento”, como sí lo hace, por ejemplo, el artículo 156 del Código penal respecto de la excusa absolutoria o atenuante en los delitos de lesiones.

³⁴ Vid., Acale Sánchez, M. (2019). Consideraciones generales sobre la violencia y la intimidación típicas a los efectos de los delitos de agresiones sexuales. Cuestiones comunes. En *Violencia sexual...* En online.elderecho.com.

³⁵ Vid., Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, Art. 156: “(...)Y ello salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”.

³⁶ En este sentido, entiende un amplio sector doctrinal que “ubicar el consentimiento como una causa de justificación, no significa otra cosa que el deseo por parte del legislador de controlar que el ejercicio que el individuo hace de su libertad sea afín a un teórico desarrollo ideal que, sin embargo y por lo mismo, ya no puede calificarse de libre” (Segura García, M. J. (2000) *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal: naturaleza y eficacia*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, p. 98). Comparten esta postura en España Cobos y Vives y Cerezo Mir, entre otros. Sin embargo, esta cuestión no es en absoluto pacífica; así, Zitelmann considera que “el consentimiento es un acto jurídico de naturaleza negocial, mediante el cual se concede una autorización al destinatario para realizar la acción” (Zitelmann, E. “Ausschluss der Widerrechtlichkeit”, en *Archiv für die civilistische Praxis*, t. 99, 1906, pp. 1 y ss.), o Feuerbach, que expone: “Dado que una persona puede renunciar a derechos mediante un acto voluntario, el permiso para la realización del hecho, concedido por el lesionado, excluye el concepto de crimen: *volenti non fit iniuria*.” (Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, en apéndice: “Código Penal para el Reino de Baviera. Parte General”, trad. de la 14ª ed. (Giessen, 1847) de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, p. 71, citado por Machado Rodríguez, C. I (2012), *El consentimiento en materia penal*. *Revista Derecho Penal y Criminología* volumen xxxiii - número 95 - julio-diciembre de 2012, pp. 29-49).

2. Aportaciones del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantías de libertad Sexual y su justificación según el Convenio de Estambul

El Anteproyecto describe el delito de agresión sexual como *cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento* (a diferencia de la tipificación tradicional, que únicamente empleaba el término “sin consentimiento” para referirse a los abusos sexuales). Y el Anteproyecto de Ley va un paso más allá, entendiendo 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”.

La inclusión en el Anteproyecto de la definición de consentimiento ha sido muy discutida por nuestra doctrina.

Así, el Consejo General del Poder Judicial, en el Informe de 25 de febrero de 2021 sobre *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, la considera innecesaria, entendiendo que el foco del problema del consentimiento no es conceptual (qué debe entenderse por consentimiento), sino de prueba (cuándo existe o no consentimiento). Considera también que las eventuales dificultades procesales de acreditar la ausencia de consentimiento no pueden trasladarse al ámbito de la tipicidad, mediante la incorporación de una definición normativa de un elemento típico.

Sin embargo, y así lo expone el propio Anteproyecto, la incorporación de la definición es reflejo de lo expuesto en el Convenio de Estambul, en su artículo 36, tras definir como violencia sexual la cometida sin consentimiento en los tres supuestos que hemos reseñado más arriba, recoge en el punto segundo de dicho artículo que “2. El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”. Es decir, que el Convenio ya contemplaba, en 2014, una definición de lo que podía entenderse como “consentimiento”.

Igualmente, el Anteproyecto es consciente, como expone ACALE SÁNCHEZ, que “(P)oner el acento como exige el convenio de Estambul en la falta de consentimiento es la meta, porque en él se funda el bien jurídico protegido libertad sexual y su variante de la seguridad”³⁷.

En esta línea, afirma PITCH que “la violencia empieza donde no hay consentimiento”³⁸, entendiendo que “la violencia la que revele la falta de consentimiento, sino que es la falta de consentimiento la que define una relación sexual como violenta”³⁹

3. Utilidad de incorporar una definición de “consentimiento” a los delitos de naturaleza sexual

Vista la redacción actual del Código penal, la propuesta legislativa y el respaldo de la normativa internacional, la pregunta que podemos hacernos es si, en particular, en nuestro ordenamiento jurídico, **la incorporación de la definición de consentimiento era necesaria en la composición del tipo delictivo, o si podría haberse mantenido como un criterio de interpretación.**

De hecho, si atendemos a las resoluciones del Tribunal Supremo, en particular desde 2018, no son pocas las sentencias que se remiten al Convenio de Estambul como criterio de interpretación de los delitos de naturaleza sexual. No podemos olvidar que los tratados y convenios internacionales, una vez publicados válidamente en España (por el BOE), tendrán pleno valor en nuestro ordenamiento jurídicos (artículo 96.1 CE⁴⁰) y serán de aplicación directa “a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada

³⁷ Vid., Acale Sánchez, M. (2019). Propuestas que disminuyan la revictimización. Unificación de las agresiones y los abusos sexuales. En *Violencia sexual...* En online.elderecho.com.

³⁸ Pitch, T. (2003). *Violencia sexual, en la misma. Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Ed. Trotta, Madrid, p. 209.

³⁹ *Ibid.*, p. 211.

⁴⁰ Constitución española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978), Art. 96.1 CE: “1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes”⁴¹. Y no sólo ello, si no que imperarán sobre el resto del ordenamiento jurídico prevaleciendo sobre ellos únicamente la Constitución. Esto se desprende del art. 31 de la Ley 25/14, que expone: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

Igualmente, en la sentencia antes nombrada 145/2020, el Tribunal Supremo reconoce que “la libertad de la mujer para vestir no legitima a ninguna persona a llevar a cabo una relación sexual inconsciente”, enlazando con los parámetros del Convenio de Estambul (artículo 36).

Es importante tener esto en cuenta, para poder afirmar que el Convenio de Estambul no requiere de una trasposición para que tenga valor en nuestro ordenamiento jurídico, si no que, desde 2014, -recordamos, momento en que se publicó en el BOE-, tiene plena eficacia en nuestro derecho. Y es por ello por lo que la jurisprudencia (tanto del Supremo como de Audiencias), y los Juzgados de instrucción deben conocerlo y utilizarlo como instrumento legislativo para fundamentar sus resoluciones judiciales.

Es muy ilustrativa la STS 217/19⁴². Dicha resolución analiza el uso de la fuerza del agresor como pretendida causa de “justificación” en un acto de violencia de género contra su pareja, concluyendo que “*el empleo de la violencia o de la fuerza no puede operar como causa de justificación salvo casos concretos y debidamente motivados en atención a evitar un mal mayor a la víctima que el que se ejerce con la agresión*”. Expone claramente la sentencia que la violencia por razón de género contra la mujer se constituye como “*uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados*”, y que esa violencia constituye un grave obstáculo para el logro de la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres y el disfrute por parte de la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Pero esta resolución es fundamental, para el tema concreto que nos ocupa, porque reconoce expresamente la aplicación de los Convenios Internacionales como derecho Interno. Su argumentación gira en torno a la aplicación del Convenio de Estambul, reconociendo que el mismo tiene como objetivo “*proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y se aplicará a todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada*”. Igualmente, hace mención a tratados y convenios tales como la Recomendación 35 (que actualiza la 19) de la CEDAW, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, auspiciada por las Naciones Unidas (Pekín, 1995), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Decisión 779/2007/CE de 20 de junio de 2007 por la que se estableció el programa Daphne III, para el período 2007 a 2013, como un programa específico para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres integrado en el programa general de derechos fundamentales y justicia, o la Estrategia de la Comisión Europea para la Igualdad entre Mujeres y Hombres para el período 2010-2015, que fue aprobada el 21 de septiembre de 2010, cuyos principales objetivos son la consolidación de una buena práctica de roles de género en la juventud, en la educación, la cultura y el deporte con la actuación coordinada del Parlamento, la Comisión y los Estados Miembros (que sigue la misma línea en sus propuestas posteriores).

Visto lo anterior, podemos comprobar que la valoración del consentimiento en los términos que expresa en el Convenio de Estambul ya se estaba aplicando en los tribunales españoles por vía de interpretación normativa. Otra cuestión, distinta a esto, es si se aplica *de hecho* por la totalidad de los Tribunales o no. Pero esto es, efectivamente, un asunto bien diferente, que requiere de un trabajo de estudio y especialización de los Juzgados y Tribunales, y resto de profesionales que tratan esta materia. Debemos ser conscientes que no somos operadores jurídicos españoles, si no europeos e internacionales. Y que nuestro ordenamiento jurídico no solo se compone de leyes internas, si no que las mismas son completadas con tratados y convenios de obligada integración, aplicación y cumplimiento. Y si éstos no se emplean -debiendo hacerlo-, nuestro sistema normativo contempla un régimen de recursos que hacer valer para integrar el derecho internacional.

⁴¹ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014), art. 30.

⁴² Sentencia 217/19, de 25 de abril, ponente Magro Servet, V.

Si atendemos a la descripción *stricto sensu* que realiza el Anteproyecto del término “consentimiento”, podríamos señalar que es un tanto “rocambolés”, conteniendo elementos que podrían inducir a error en su interpretación. Y no solo eso, si no que relaciones sexuales en que se haya dado un asentimiento tácito (sin actos “*exteriores, concluyentes e inequívocos*”), pero consentidos, podrían considerarse constitutivos de delito, exigiendo por tanto a las partes de una relación que se comporten de determinada manera (mostrando una actitud exterior, concluyente e inequívoca) en sus relaciones sexuales a fin de excluir la tipicidad de la conducta.

En consonancia con lo anterior, debemos realizar dos precisiones:

En primer lugar, si pretendemos mantener una definición de “consentimiento” en la regulación penal, ésta debería ir en consonancia con la redacción “en modo positivo” que recoge el artículo 36.2 del convenio de Estambul; ello daría lugar a menos equívocos y a una mayor seguridad jurídica.

Y en segundo lugar, y dando respuesta a la pregunta que nos hacíamos al comienzo del epígrafe sobre la necesidad (o no) de incluir la definición del término *consentimiento* en el tipo penal, hemos de señalar que la falta de inclusión de una definición de “ausencia de consentimiento” no perjudicaría a la nueva tipificación de los delitos de naturaleza sexual que prevé el Anteproyecto. Tanto la jurisprudencia como los órganos unipersonales cuentan con recursos y herramientas suficientes para considerar qué se puede entender y qué no como *consentimiento*, a la hora de valorar si una conducta sexual puede ser calificada o no como delito. No es precisa una definición de *consentimiento*, porque ya existe una definición de consentimiento en relación con los delitos de naturaleza sexual: la que da el Convenio de Estambul, de obligado cumplimiento en España, y que está siendo utilizada por los Tribunales españoles.

No obstante, hemos de reconocer, en la práctica, cierta pasividad por parte de los Tribunales a incorporar los tratados internacionales en el día a día de los Juzgados. Por ello, podría ser ilustrativo “reproducir” el término que ya da el Convenio sobre la definición de consentimiento, considerando que de esta manera se resaltaría la importancia de valorar este precepto a la hora de instruir y juzgar delitos de esta naturaleza. Y ello a pesar de que no introduciría nada nuevo en el ordenamiento, por ya venir definido por el Convenio antes mencionado, y ser éste de directa aplicación.

Y en cualquier caso, si se introdujera, como hemos puesto de manifiesto, debería hacerse según la definición que otorga el Convenio de Estambul, a fin de evitar equívocos y problemas de interpretación.

4. Consentimiento y carga probatoria

Un elemento fundamental a tener en cuenta, y por lo que el Anteproyecto ha sido criticado, es el aparente desplazamiento de **la carga probatoria en delitos de esta naturaleza**.

El consentimiento es un elemento sobre el que “pivota” la carga de la prueba en los delitos de agresiones y abusos sexuales. Precisamente, la existencia o ausencia de consentimiento va a determinar que una misma conducta se encuentre plenamente legitimada o que pueda ser constitutiva de delito. La prueba sobre el consentimiento deberá ser un elemento capital en la instrucción de la causa y en la fase probatoria de juicio oral.

El CGPJ, en su informe, entiende que la definición de “ausencia de consentimiento” determina un aparente desplazamiento de la carga probatoria, pues “*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*”. Considera el Consejo que se altera de modo sustancial las normas sobre la carga de la prueba en el proceso penal, con riesgo de afectación del principio de presunción de inocencia.

Si contemplamos la descripción del consentimiento como un elemento del tipo, no podremos evitar que la prueba gire en torno al modo en que la víctima haya prestado su consentimiento, y ello aunque suponga una doble victimización para el sujeto pasivo del delito. Debemos determinar, en la fase instrucción y en su caso en la de juicio oral, si el comportamiento del sujeto pasivo fue libre, con plena y exclusiva disponibilidad de su cuerpo, a fin de excluir o no la tipicidad.

Si bien la carga de la prueba debe recaer en quien denuncia -o en su caso mantiene- la comisión o imputación de un delito, lo cierto es que la redacción actual del Anteproyecto, refiriéndose a la "ausencia de consentimiento", puede llevar a error sobre la carga de la prueba. Así, vista su redacción en negativo, puede parecer que la conducta típica sea la de mantener relaciones sexuales con otra persona, *salvo* que exista una *manifestación libre, con actos exteriores, concluyentes e inequívocos y voluntad expresa de participar en el acto*.

Y en este escenario, atendiendo a la redacción literal del artículo, podría dar lugar al siguiente silogismo: si queda demostrada la relación sexual entre sujeto activo y pasivo, nos encontraríamos ante una presunción de culpabilidad (se ha cometido un acto delictivo). Debería ser entonces el sujeto activo quien, para excluir su culpabilidad, tuviera que demostrar que en esa relación sexual el sujeto pasivo había realizado una manifestación libre, con actos exteriores, concluyentes e inequívocos, y expresa de participar en el acto por el sujeto pasivo.

Y en este supuesto (atendiendo a la redacción literal del precepto, e interpretado de manera estricta), sí podría dar lugar a una cierta *probatio diabólica* a cargo del sujeto activo.

Ante este aparente desvío en el principio de inversión en la carga de la prueba, podemos acudir al estudio del espíritu de la ley y a la jurisprudencia que los Tribunales vayan confeccionando, para no situarnos en el extremo de los principios de nuestro derecho penal, y mantener así inalterables el principio de carga de la prueba y de presunción de inocencia; pues, en palabras de CUELLO CALÓN, "*la función del intérprete no consiste en favorecer o no al reo, si no en desentrañar el verdadero sentido de la ley*"⁴³. Sin embargo, lo cierto es que, encontrándonos ante un Anteproyecto de Ley, que aún no ha sido sancionada, tal vez sería adecuado aprovechar la coyuntura para perfeccionar la definición de consentimiento, en los términos que expone el Convenio de Estambul, y que define en positivo el término, considerando que "2. El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes", siendo innecesaria la incorporación de tal definición, en tanto en cuanto la misma ya queda recogida en el Convenio de Estambul.

De esta manera, a día de hoy tendríamos dos definiciones, sobre consentimiento: en positivo (descrito por el Convenio), y en negativo (definido en el Anteproyecto), las cuales no son exactamente ni equivalentes ni complementarias, pudiendo dar lugar a situaciones de confrontación interpretativa de la doctrina, pero también de los propios Tribunales.

A fin de evitar esto, lo recomendable sería o bien interpretar el término "*consentimiento*" en los términos que establece el Convenio de Estambul, al que podemos acudir (y así lo ha hecho el Tribunal Supremo, como hemos señalado), para resolver una cuestión jurídica y sin que sea preciso incorporarlo al texto penal interno, o bien adaptar la definición de *consentimiento* del Código penal en el sentido que expone el Convenio de Estambul en su artículo 36.2.

Pues no podemos olvidar que en la técnica de elaboración de leyes, de acuerdo con el principio de legalidad, el Derecho penal debe observar dos principios: claridad y taxatividad, tanto al describir la conducta típica como al establecer pena o medida de seguridad. Sobre ello, el Tribunal Constitucional se ha referido a la exigencia de una ley formal como presupuesto inexcusable, con una "tipificación precisa dotada de la suficiente concreción de las conductas incorporadas al tipo, imperativos que pueden sintetizarse mediante la fórmula "*lex scripta praevia y certa*"⁴⁴. Y este pronunciamiento conlleva necesariamente acudir a tipos cerrados y descriptivos, evitando los abiertos y la incorporación de elementos valorativos, pudiendo incluso ser contrarios a la Constitución⁴⁵.

⁴³ Cuello Calón, E. (1980). *Derecho penal. parte General*, Vol. 2, 22ª edición. Barcelona: Bosch. Revisado y puesto al día por Camargo Hernández, C.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1993, de 12 de marzo, con cita de otras.

⁴⁵ *Vid.*, Constitución Española, Art. 25.1: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

5. Consideraciones sobre la inclusión de consentimiento en nuestro Código penal

Como corolario de lo anterior, debemos señalar las siguientes valoraciones sobre la inclusión de una definición de consentimiento en la norma penal:

1.- No sólo los delitos contra la libertad sexual carecen de una descripción del término “ausencia de consentimiento” en la configuración de los delitos (robo, hurto, estafa, etc, tampoco lo poseen). En estos supuestos, acudimos al criterio de interpretación de la norma que en última instancia lo perfilará el Tribunal Supremo, como ha venido haciendo.

2.- A fin de configurar el concepto “consentimiento”, podremos acudir a los convenios y tratados internacionales de los que España es parte, así como a la jurisprudencia interna y europea. Así lo hace el Tribunal Supremo en sus resoluciones.

3.- Definir el término “consentimiento” en la descripción típica de los delitos sexuales del Código penal podría resultar clarificador, ilustrativo, y destacaría la importancia de valorar este concepto en el conocimiento de hechos de esta materia. Pero si se realizara, debería hacerse en modo positivo y de acuerdo con la normativa ya vigente, como es la definición que otorga el convenio de Estambul.

4.- La inclusión de esta definición es compatible con la carga de la prueba y con la presunción de inocencia. Estos son principios básicos reconocidos en derecho penal, que obrarán con sus requisitos y elementos propios, y que no quedan desvirtuados por la inclusión de la descripción de un elemento en el tipo delictivo⁴⁶.

VI. Conclusiones

La formación de los tipos relacionados con la violencia sexual ha sufrido una lenta pero constante evolución a lo largo del s. XX y hasta nuestros días. Es a partir de la reforma de 1989 cuando nuestro Código penal sustituye “honestidad” por “libertad sexual” como rúbrica de estos delitos, por entender que la descripción del título debe venir referida al ataque al bien jurídico protegido y no a una postura moral, dependiente de los convencionalismos sociales del momento.

El Anteproyecto de Ley de Garantías y Libertades Sexuales es consciente que las violencias sexuales no son una cuestión individual, sino social; que no nos encontramos ante una problemática coyuntural, sino estructural, y que se trata de delitos con un alto impacto de género, donde las aplastante mayoría de las víctimas son mujeres y niñas.

En el marco de su articulado, el Anteproyecto introduce múltiples novedades y cambios, siendo relevantes los que afectan a la unificación del tipo delictivo “agresión sexual”, acabando con la dicotomía agresión-abuso. De esta manera, el tipo delictivo previsto castiga como agresión sexual la relación no consentida, poniendo el foco en la ausencia de consentimiento, considerando la intimidación como un elemento intrínseco de la acción típica. Ello entronca directamente con los parámetros establecidos por el Convenio de Estambul, que no diferencia entre niveles o jerarquías de consentimiento, si no únicamente si la víctima ha consentido o no, así como con la Estrategia del Consejo de Europa 2018-2023, el artículo 49 del Convenio de Estambul, o la resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021.

No obstante, es preciso señalar que frente al tipo básico, dentro del tipo delictivo, debemos tener en cuenta circunstancias concurrentes al hecho delictivo que pueden contribuir a aumentar o disminuir el desvalor jurídico. Es preciso diferenciar subtipos agravados que castiguen circunstancias en la que ha existido un plus de desvalor en la conducta, ya sea por las especiales condiciones en que se ha producido la agresión (pensemos en concurrencia de más personas), ya sea por el aprovechamiento de las especiales circunstancias del sujeto pasivo (persona especialmente vulnerable, edad, etc), que se sumarán a las circunstancias atenuantes o agravantes genéricas del artículo 21 o 22 del Código penal, las cuales serán de aplicación siempre que su

⁴⁶ De hecho, el articulado del Código penal cuenta, en la tipificación de determinados delitos, con descripción de algunos términos. Así, a modo de ejemplo, el art. 156 define el *consentimiento* en trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, o el art. 608 define quiénes se entienden por *personas protegidas* en casos de conflicto armado.

definición no esté ya incluida en el tipo delictivo en cuestión (evitando así la vulneración del principio “*non bis in ídem*”). Esto no implicaría necesariamente volver a los tipos complejos que el Código del 95 eliminó (comisión de violación con asesinato, con robo, etc), por los numerosos problemas técnicos y de participación delictiva que planteaban en doctrina y Tribunales. Y ello porque en este caso se trataría de castigar el plus de desvalor que representaría el cometer el hecho delictivo utilizando alguno de los medios agravados, pero que los mismos vendrían referidos al tipo delictivo de agresión sexual, no a otro de distinta naturaleza. Y sin perjuicio de otros delitos que se pudieran cometer (robo, homicidio), aplicándose entonces las normas concursales oportunas.

Tenemos en cuenta, pues, que las penas deben ser ajustadas a la gravedad del ataque que sufre el bien jurídico protegido, y de ahí la necesidad de unificar las agresiones y abusos sexuales en una sola modalidad delictiva. Partiendo del tipo básico, acudiremos a los tipos agravados para tener en cuenta circunstancias extraordinarias que amplían el injusto en la agresión sexual. Y de igual modo, como afirma ACALE SÁNCHEZ, debe acompañarse “un tipo privilegiado que persiga precisamente poder ajustar la pena en casos en los que los hechos revistan una menor gravedad”⁴⁷. De esta manera, podremos ajustar la pena al injusto realmente cometido, teniendo en cuenta el bien jurídico lesionado en cada momento y circunstancia, huyendo de los procedimientos estándar que no se ajustan a los principios básicos del derecho penal.

La unión de estas dos figuras enlaza con la definición de “*la ausencia de consentimiento*”, que propone el Anteproyecto de Ley. La definición del consentimiento en el Anteproyecto, expuesta en sentido negativo, presenta serias dudas en cuanto a su interpretación, y también en lo que respecta a la posible inversión de la carga de la prueba. Para solucionar actualmente tal dilema, podríamos acudir a la interpretación “*mens legis*” de la norma, atendiendo al espíritu y finalidad de la misma, tal y como expone el artículo 3.1 del Código Civil. Sin embargo, entendemos que deberíamos ir más allá, a fin de evitar el peligro de utilizar conceptos equívocos y amplios en el derecho penal, y optar por alguna de estas soluciones:

- **Postura negativa.- No incorporar definición de “consentimiento (o ausencia de él)” al tipo penal;** ello no eliminaría el efecto del mismo, pudiendo (y debiendo) el órgano instructor o sentenciador acudir a los parámetros internacionales válidamente incorporados al ordenamiento jurídico español para aplicar la norma, a los que los Tribunales están vinculados y sometidos.
- **Postura positiva.- Incorporar la definición de “consentimiento (o ausencia de él)” en el articulado del Código penal.-** Tal y como está redactado el Anteproyecto actual, el mantenimiento de esta definición supondría mantener dos definiciones de consentimiento (la del Anteproyecto, en sentido negativo, y la del Convenio de Estambul, en sentido positivo), y consideramos que nada ayudarían a la clarificación normativa e interpretativa. Entendemos que si optásemos por esta vía, la definición del tipo penal debería adaptarse a la que da el Convenio de Estambul (“*El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes*”).
- **Teoría intermedia.- Incorporar la alusión a “sin consentimiento/en ausencia de consentimiento” al tipo.-** De esta manera, se podría aludir por remisión a dichos tratados -los cuales son de obligado uso por los Tribunales españoles-, evitando así la repetición y posibles conflictos interpretativos, así como dudas sobre la posible inversión de la carga de la prueba, (inversión que desde luego no creo que recoja el espíritu del Anteproyecto de Ley).

Frente a las tesis inmovilistas, que optan por no realizar cambios en la legislación en esta materia, debemos señalar que la reforma de la legislación *tiene el potencial de influir también en la mentalidad de la sociedad*. Un cambio en unas leyes sobre agresiones sexuales, desfasadas y con claro impacto de género -pues las víctimas son por mayoría aplastante mujeres y niñas- se configura como un importante avance en la lucha por el fin del estigma y de la desproporción de tratamiento entre delitos con impacto de género y los que no lo tienen.

Un articulado detallado y completo sobre estos delitos puede servir igualmente para acompañar un cambio en la prevención, investigación, tratamiento y reparación de delitos de esta naturaleza. Es preciso contar

⁴⁷ *Vid.*, Acale Sánchez, M. (2019). Propuestas que disminuyan la revictimización. Unificación de las agresiones y los abusos sexuales. En *Violencia sexual...*. En online.elderecho.com.

con un fortalecimiento institucional que integre políticas con perspectiva de género, que acerque posturas y aporte soluciones. Lo que no podemos esperar es que el Código penal solucione los problemas de prejuicios, estereotipos o desigualdades que hacen de estos delitos unos de los más feminizados. Debemos recordar que el derecho penal es la última herramienta a emplear para responder a los problemas de la sociedad. Está en juego la limitación de derechos fundamentales, y se hace necesario un compromiso integral y generalizado para conseguir un cambio en la mentalidad tradicional, que nos lleve a la eliminación de barreras, de prejuicios y de estereotipos. Estereotipos que encorsetan por igual a mujeres y a hombres, pero que en los delitos sexuales, afectan de manera desproporcionada a las primeras, situándolas en una postura de desprotección que es necesario paliar.

Y esto es tarea de las instituciones, que tiene el deber y la responsabilidad de garantizar no sólo la igualdad formal, si no también la igualdad real y efectiva de toda la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M. (2019). *Violencia sexual de género contra mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, Ed. Reus SA. En online.elderecho.com.
- CUELLO CALÓN, E. (1980). *Derecho penal. parte General*, Vol. 2, 22ª edición. Barcelona: Bosch. Revisado y puesto al día por Camargo Hernández, C.
- CARUSO FONTÁN, V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual* (2006) Tirant, Valencia, en www.tirantonline
- FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (dir.) y RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. Y FUENTES LOUREIRO, M. A (coord.) (2018). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia; Tirant lo Blanch
- LUZÓN CUESTA, J.M. (2019), *Compendio de Derecho penal. parte especial*, 22ª edición, Madrid: Dykinson.
- MONGE FERNÁNDEZ, A. (2020). "Las Manadas" y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones sexuales, Valencia: Tirant lo Blanch
- ORTS BERENGUER, E; BORJA JIMÉNEZ, E; VIVES ANTÓN, T.S., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L (Coord); MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C; CARBONELL MATEU, J. C.; CUERDA ARNAU, M. L. (2019). *Derecho Penal Parte Especial 6ª Edición 2019*, Orts Berenguer, E. Valencia. Tirant lo Blanch.
- PERAMATO MARTÍN, T. (2020). Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual. El consentimiento. *Boletín de Violencia de Género y de Igualdad. Por Juezas y Jueces para la Democracia*.
- PITCH, T. (2003). *Violencia sexual, en la misma. Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid. Ed. Trotta.
- SEGURA GARCÍA, M. J. (2000) *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal: naturaleza y eficacia*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch.
- ZITELMANN, E. (1906) *Archiv für die civilistische Praxis*. Tübingen (Germany). Ed. Mohr Siebeck.

LEYES EUROPEAS

Código Criminal danés, por orden 909, de 27 de septiembre de 2005, modificado por Actuación núms. 1389 y 1400, de 21 de diciembre de 2005.

Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014)

LEYES ESTATALES

Código Penal, de 8 de junio de 1822 (Imprenta Nacional de Madrid, publicado el 9 de julio de 1822).

Ley de 27 de octubre de 1932, del Código Penal (Gaceta de Madrid, núm. 310, de 5 de noviembre).

Constitución española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978).

Proyecto de Ley del Código Penal, BOC I Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, núm. 108-I, de 17 de enero de 1980, págs. 657ss.

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

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995), Título VIII Libro II, "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales".

Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE núm. 104, de 1 de mayo de 1999).

Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014).

Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014).

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio).

INFORMES Y REVISTAS

Revista Derecho Penal y Criminología • volumen xxxiii - número 95 - julio-diciembre de 2012.

Informe del Consejo General del Poder Judicial de 25 de febrero de 2021 sobre "Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual".

RESOLUCIONES EUROPEAS

Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa STC (Sala Primera) 325/1994 de 12 de diciembre [RTC 1994/325],

SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1993, de 12 de marzo, Presidente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.

Sentencia del Tribunal Supremo 282/18, de 13 de junio, Ponente Magro Servet, V.

Sentencia del Tribunal Supremo 247/18, de 24 de mayo, Ponente Magro Servet, V.

Sentencia 217/19, de 25 de abril, ponente Magro Servet, V

Sentencia del Tribunal Supremo 344/19, de 4 de julio, ponente Polo García, S.

Sentencia del Tribunal Supremo 145/2020, de 14 de mayo, ponente Magro Servet, V.