



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

Violencia de género sexual.

Autor/es

ANA DE PRADO OCHAGAVÍA

Director/es

SERGIO PÉREZ GONZÁLEZ

Facultad

Escuela de Máster y Doctorado de la Universidad de La Rioja

Titulación

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Departamento

DERECHO

Curso académico

2021-22



Violencia de género sexual., de ANA DE PRADO OCHAGAVÍA
(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative
Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.
Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los
titulares del copyright.



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

**VIOLENCIA DE GENERO SEXUAL
(SEXUAL GENDER VIOLENCE)**

Realizado por Ana de Prado Ochagavía.

Dirigido por Sergio Pérez González.

Máster de Acceso a la Abogacía

2021-2022

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA VIOLENCIA.
 - 2.1. Perspectiva de género y su definición.
 - 2.2. El (no) concepto de violencia de género en la LIVG y la reforma de la LO 1/2015.
 - 2.3. La perspectiva de género en la jurisprudencia.
 - 2.4. Aproximación criminológica a la violencia de género sexual.
3. PROTECCIÓN PENAL DE LA LIBERTAD SEXUAL.
 - 3.1. Antecedentes y evolución legislativa.
 - 3.2. Bien jurídico protegido.
 - 3.3. Elementos típicos.
 - 3.3.1. Agresiones sexuales
 - 3.3.1.1. Tipo Básico del art. 178
 - 3.3.1.2. Tipo cualificado del artículo 179 CP
 - 3.3.1.3. Tipos cualificados del artículo 180 CP
 - 3.3.2. Abusos sexuales
 - 3.3.2.1. Tipo básico del artículo 181.1 CP
 - 3.3.2.2. Tipos cualificados del artículo 181.4 CP
 - 3.4. Agravante de discriminación por razón de género-
4. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL Y MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL.
 - 4.1. Unificación de los abusos en las agresiones sexuales.
 - 4.2. Redefinición del consentimiento.
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

ABREVIATURAS.

Art.: Artículo.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CE: Constitución Española.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

CP: Código Penal.

FJ: Fundamento Jurídico.

L.O.: Ley Orgánica.

LMPIVG: Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Nº: número.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

P. ej.: Por ejemplo.

Pág.: Página.

Resol.: Resolución.

Rec.: Recurso.

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

SJI: Sentencia Juzgado Instrucción

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia.

TC: Tribunal Constitucional.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TS: Tribunal Supremo.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

RESUMEN.

El presente trabajo de investigación obedece a un tema de actualidad que se manifiesta de forma latente en la sociedad como son los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Se ha elegido este tema de investigación por una concatenación de decisiones judiciales polémicas recientes que han originado un debate social, haciendo que se replanteen las bases de estos delitos y sus fundamentos. Los Tribunales de Justicia han aplicado en múltiples ocasiones decisiones judiciales sin atender al contexto cultural, político, económico y social originariamente desigual, y por ello el legislador ha propuesto una reforma del Código Penal, acertada o no, que merece ser estudiada por su impacto y por el esfuerzo de intentar de acercar el ordenamiento jurídico a la realidad.

Si bien es cierto que esta tipología delictiva es neutral, el presente estudio está enfocado en la violencia sexual ejercida sobre las mujeres, puesto que en términos estadísticos es quien más sufre esta lacra. Se analizan igualmente las diferentes formas de protección que el Código Penal abarca frente a esa violencia sexual y de género, una violencia que es la más dura expresión de dominación del hombre sobre la mujer, de ahí que se analice el concepto de violencia de género tanto en sus orígenes como en su evolución.

ABSTRACT.

The present research work is due to a topical issue that is latently manifested in society such as delicts against freedom and sexual indemnity. This research topic has been chosen due to a concatenation of recent controversial judicial decisions that have originated a social debate, causing the bases of these crimes and their foundations to be reconsidered. The Courts of Justice have applied judicial decisions on multiple occasions without paying attention to the originally unequal cultural, political, economic and social context, for which the legislator has proposed a reform of the Penal Code, successful or not, which deserves to be studied due to its impact and for the effort to try to bring the legal system closer to reality.

Although it is true that this criminal typology is neutral, this study is focused on sexual violence against women, since in statistical terms they are the ones who suffer the most from this scourge. The different forms of protection that the Penal Code covers against this sexual and gender violence are also analyzed, a violence that is the harshest expression of domination of men over women, hence the concept of gender violence is analyzed both in its origins and in its evolution.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este trabajo de investigación es analizar los diferentes mecanismos que colaboran en la reproducción de la violencia sexual contra las mujeres en sociedades patriarcales formalmente igualitarias en la actualidad. La violencia sexual en general es un tema de actualidad que merece ser tratado en estudio como un delito autónomo por el gran impacto y relevancia que ha generado en la sociedad; pero concretamente el trabajo se centrará en la violencia sexual ejercida sobre las mujeres, y es que, junto con los menores de edad, son las víctimas que más soportan este tipo de violencia. No son casos aislados ni un tipo de delito excepcional, sino que convivimos con esta realidad en todas las etapas de nuestra vida, tanto en la etapa de crecimiento donde nos enseñan que por haber nacido mujeres, por nuestro género, tenemos que tener un especial cuidado frente a posibles agresiones sexuales, y en etapas posteriores de madurez donde tenemos interiorizado ese miedo con el que nos educaron ajustando nuestro comportamiento a ello, y sufriendo posiblemente algún tipo de violencia sexual sobre nuestro cuerpo.

Es necesario hacer una reflexión en torno a la legislación y jurisprudencia de los delitos que se abarcan en el Título VIII contra la libertad e indemnidad sexual, y es que, desde su redacción en 1995 hasta la actualidad la sociedad ha cambiado, y por ello consecuentemente deberían hacerlo las interpretaciones judiciales que aplican esta tipología delictiva. En el presente caso se plantea la cuestión, tanto en parte de la doctrina especializada como en la sociedad, de si la tipificación de los delitos sexuales se debería basar en la existencia de determinados medios comisivos (la fuerza, la coacción, la violencia...), tal y como se ha establecido hasta la actualidad, o si por el contrario se debería basar únicamente en el consentimiento. ¿Qué regulación de estos delitos es más compatible con la protección del derecho a la integridad física, la libertad y la intimidad personal? Una pregunta para la que el trabajo intenta dar una respuesta, pero siempre garantizando los derechos del acusado en todas las etapas del proceso.

Este trabajo de investigación está dividido principalmente en tres partes. La primera parte, la "Perspectiva de género en la violencia", se centra en cómo ha ido evolucionado el concepto de género y cómo hemos ido integrándolo en todas las esferas de la sociedad y de la justicia para acercar la realidad al derecho.

En la segunda parte, titulado "Protección penal de la libertad sexual", se estudian los diferentes delitos contra la libertad sexual del Título VIII del Código Penal, partiendo de la base

como es la norma penal y prosiguiendo con un estudio jurisprudencial de la evolución que ha sufrido cada artículo, tal como son los artículos del abuso y la agresión sexual.

En la tercera parte en la que está dividido el trabajo se hace un estudio sobre el “Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual y la modificación del Código Penal”, y es que, a pesar de ser aún un proyecto de ley orgánica, supondrá un cambio radical en los conceptos de abuso y agresión sexual, reunificándolos en las agresiones sexuales y centrando la protección de la libertad sexual en la figura del consentimiento. Por lo que merece un especial estudio de lo que podrá ser la nueva configuración de los delitos sexuales.

Para concluir he introducido unos anexos que complementan a la bibliografía como punto de apoyo, utilizando datos estadísticos y puramente objetivos extraídos de los diferentes informes de expertos que respaldan lo expuesto en el presente trabajo de investigación.

2. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA VIOLENCIA.

2.1 Perspectiva de género y su definición.

El concepto de género hace referencia a la construcción sociocultural de lo femenino y lo masculino, además tiene una gran capacidad para explicar la desigualdad social existente entre las mujeres y los hombres¹.

El origen de la perspectiva de género o enfoque de género nació y se consolidó en múltiples conferencias de las Naciones Unidas² como una herramienta hacia la justicia social, que trasciende de las diferencias puramente biológicas y genitales entre los sexos para aludir a discriminaciones directas e indirectas. Se denominó como *Gender mainstreaming approach*, haciendo referencia a la transversalidad del enfoque que todas las políticas y las actuaciones públicas debían orientarse para promover la igualdad efectiva. Por lo tanto, son herramientas de análisis de las relaciones sociales, concibiéndose como instrumentos para avanzar en una sociedad más igualitaria y justa para todos.

¹ OTAZUA ZABALA, G. Y GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNOUD, A., *Justicia en clave feminista. Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial*. País Vasco, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2021, págs. 125 y ss.

² Entre ellas la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer de Beijing (1995) que supuso un punto de inflexión para la agenda mundial de igualdad de género, adoptada de forma unánime por 189 países y donde se establece que “perspectiva de género supone considerar sistemáticamente las diferentes condiciones, situaciones y necesidades en las que viven mujeres y hombres, en todas las políticas y en los momentos de la intervención: diagnóstico, planificación, ejecución y evaluación”.

Como explica la magistrada Lucía Avilés Palacios³, “la perspectiva de género pretende la deconstrucción de lo jurídico para la plena realización del principio de igualdad y no discriminación. Permite constatar con argumentos jurídicos que de manera sistemática se ha construido la norma jurídica y su hermenéutica en torno a lo masculino singular, olvidando las singularidades de las personas, especialmente las de las mujeres, y pretende ser la herramienta de interpretación necesaria (ajustada a la realidad actual según el art. 3 del código civil) para enfocar los conceptos de discriminación y violencia, mostrándonos que son un fenómeno estructural y sistemático y no algo anecdótico entre sujetos socialmente aislados. La perspectiva de género nos permite contextualizar la desigualdad.”

Por lo que introducir necesariamente esta perspectiva en torno al género es reforzar la protección de un grupo, como son las mujeres, que se ven afectadas mayoritariamente en los delitos sexuales junto con los menores de edad. La mera definición de qué es el género ha supuesto una gran dificultad, existiendo numerosas teorías sobre la naturaleza real del género. Y es que las diferencias entre el hombre y la mujer no son únicamente biológicas, sino que están influenciadas por el contexto social. Con estas nuevas propuestas en torno al género se busca la igualdad entre los hombres y las mujeres, pero partiendo de la base de que por los constructos sociales y culturales los han hecho ser diferentes. Así, el término género no es estanco e inamovible, sino que en función de la evolución social cambiará consecuentemente su definición y trascendencia.

2.2 El (no) concepto de violencia de género en la LIVG y la reforma de L.O. 1/2015.

En la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1993, se define como aquella “violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo”. En nuestro sistema jurídico se introdujo, hace casi una veintena, con la Ley Orgánica 1/2004 (en adelante L.O. 1/2004 o LOMPIVG), de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, una nueva visión en clave de perspectiva de género, con la finalidad de erradicar la violencia sexista que sufren las mujeres; pero esta ley lo hace en un determinado contexto en el que la mujer resulta

³ AVILÉS PALACIOS, L., “Justicia con perspectiva de género. Por qué y para qué”. *Boletín De La Comisión De Violencia De Género. Juezas Y Jueces Para La Democracia*, número 5, 2018 (disponible en <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2018/02/BOLETIN-VDG-N5-2018.pdf>; fecha de consulta 1.01.2022)

destinataria “de una protección reforzada y específica pero sólo en su condición de esposa o pareja”⁴.

Sin embargo, que la LOMPIVG limite en ese tipo de relaciones el término violencia de género no implica que tenga ese límite, sino que así lo hace por presentar un extra de complejidad por ser el tipo de violencia más frecuente e invisibilizado desde hace mucho tiempo, y que afecta a todo el grupo familiar, generando así problemas añadidos, problemas que no suelen darse cuando la violencia sexista es ejercida fuera de la relación de pareja. Podríamos decir que la LO 1/2004 no introduce *ex novo* el concepto de violencia de género en el ordenamiento español ni en el ámbito penal, ya que no se crea un delito de violencia de género⁵, y es que ya está definido a nivel internacional como hemos señalado.

El CGPJ⁶ considera necesario reformar el art. 1 L.O. 1/2004 para que este concepto estanco de violencia sobre la mujer dentro del ámbito de una relación de pareja se extienda a todo tipo de violencia sexual por el mero hecho de ser mujer, adecuándolo así a los términos del Convenio de Estambul ratificado por España. De esta forma se perseguiría esta violencia sexual de forma más efectiva y exhaustiva.

Por ejemplo, en la futura Ley Integral contra la Violencia de Género de La Rioja⁷, en su art. 3 se define la violencia de género o violencia contra las mujeres como: “la que se ejerce contra estas por el hecho de serlo o que les afecta de forma desproporcionada como manifestación de la discriminación por motivo de género y que implique o pueda implicar daños o sufrimientos de naturaleza física, psicológica, sexual o económica, incluidas las amenazas, intimidaciones y coacciones o la privación arbitraria de la libertad, en la vida pública o privada”.

El actual concepto cerrado de violencia sobre la mujer es insuficiente para combatir con efectividad este fenómeno criminal. Esta modificación debería acompañarse de un aumento

⁴ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*. Colex, Madrid, 2006, pág. 77. Extraído del libro: OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N., *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, 1ª edición, Madrid, Editorial Lustel, 2019, pág. 91

⁵ A pesar de que la jurisprudencia hable en determinadas ocasiones de “delitos de género” o incluso, de un “subsistema penal de género” (STS 1380/2019, de 25 de abril de 2019, nº resolución 217/2019, recurso nº 1653/2018. Ponente Vicente Magro Servet)

⁶ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2021). *Estudio sobre sentencias del Tribunal Supremo dictadas en 2020 por delitos contra la libertad sexual*. Observatorio contra la violencia doméstica y de género, pág. 7.

⁷ Proyecto de Ley Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad Autónoma de La Rioja: <https://larioja.podemos.info/wp-content/uploads/sites/14/2018/01/LEY-vg-completa.pdf>

del número de Juzgados de Violencia sobre la mujer que instruyan estos nuevos delitos de violencia de género, a la vez que se ampliasen sus competencias.

En la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante LO 1/2015) se introduce por vez primera el término género a la ley penal, y lo hace como un motivo de odio en la agravante del art. 22.4 CP, y es que conforme al Convenio de Estambul⁸, el género puede ser el origen de acciones discriminatorias diferentes al que abarca al sexo. Con ello se completa la definición de género, sirviendo de base para ampliar el concepto como es el de “violencia contra la mujer por razones de género” (art. 3.d) Convenio Estambul), haciendo referencia a que es un fenómeno complejo que ocurre tanto el ámbito privado como público.

Analizando la jurisprudencia del TS sobre violencia de género se puso de manifiesto que en nueve de cada diez casos (el 93,8%) la violencia sexual se comete por hombres, y en 8 de cada 10 casos (el 83%) esa violencia es ejercida sobre mujeres. A pesar de todo ello, únicamente en el 6,9% de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual que llegaron hasta el TS se instruyeron por los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer, lo que, en palabras del CGPJ⁹, puede mermar la eficacia en la lucha contra este tipo de delincuencia. (ANEXO I).

2.3 La perspectiva de género en la jurisprudencia.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en numerosas ocasiones ya ha explicado que el principio de igualdad y no discriminación necesita que “situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y situaciones diferentes no sean abordadas de la misma manera, salvo justificación objetiva”¹⁰.

A pesar de que se podría pensar que la aplicación de la “perspectiva de género” se centra en un plano estrictamente político, son conceptos recientes en nuestro acervo cultural y legal, integrados en el Derecho y en el proceso penal, constituyendo una obligación para todos los poderes públicos la de promover la igualdad real y efectiva de todas las personas, así como de remover los obstáculos que la impidan, de conformidad con el art. 9.2 de la Constitución

⁸ Convenio nº 210 del Consejo de Europa sobre Prevención y lucha contra la violencia de las mujeres y la violencia doméstica, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, ratificado en España en 2014.

⁹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2021). *Estudio sobre sentencias del Tribunal Supremo dictadas en 2020 (...), op cit.*

¹⁰ Sentencia TJUE, *Advocaten voor de Wereld VZW vs Leden van de Ministerraad*, Caso C-303-05, pág. 56.

Española (CE), derivado del art. 49 del Convenio de Estambul. La STSJ ICAN 936/2021¹¹ señala que “es obligación de todo órgano jurisdiccional integrar la perspectiva de género en la impartición de justicia”, y que la resolución “tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina”.

Centrándonos en el orden penal, las sentencias pioneras en expresar dicho enfoque fueron las STS 247/2018 y la 282/2018¹², en las que se introduce por la Sala de lo Penal del TS el concepto de “perspectiva de género”, donde refieren la indefensión que sufre durante la comisión del hecho delictivo y de que existe un aprovechamiento específico por el mero hecho de que la víctima fuera mujer. Otra sentencia más reciente en el orden penal es la STS 1380/19¹³, en la que explica que “la perspectiva de género como línea argumental de rechazo de la violencia como causa de justificación es, también, la herramienta que debe utilizarse para desterrar comportamientos de dominación donde operan estas justificaciones de la violencia para someter a la víctima a un estado de permanente subyugación que se ejerce por la vía instrumental de la argumentación del empleo de la violencia como vía para sostener el mantenimiento de la desigualdad”.

Esta perspectiva de género, en concreto en aquellos supuestos de relación de pareja o expareja entre el hombre y la mujer, puede llegar a plantear controversia respecto a la posible vulneración del principio de igualdad y del principio constitucional de culpabilidad, sin embargo ya se pronunció el Tribunal Constitucional (TC en adelante) en este sentido con la STC 59/2008, de 14 de mayo¹⁴, desvirtuando todas las críticas, ya que persigue su legítima finalidad de un modo adecuado, sin presumir un mayor desvalor en la conducta de los varones por serlo, ni una particular vulnerabilidad de las mujeres, no sancionando al sujeto activo por las agresiones cometidas sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta (FJ 11 de la referida sentencia), atendiendo el Tribunal esta justificación “a las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja”.

El tratamiento de la violencia de género desde esta perspectiva dice la referida STS 1380/2019, “tiene como punto de partida la consideración de que las diferencias construidas

¹¹ STSJ ICAN 936/2021, de 27 de julio, nº recurso 867/2021. Recurso de suplicación. Ponente Gloria Poyatos Matas, pág. 6

¹² STS 247/2018, de 24 de mayo, rec. nº 10549/2017. Ponente Vicente Magro Servet. Sala Segunda de lo Penal; y STS 282/2018, de 13 de junio, rec. nº 10776/2017. Ponente Vicente Magro Servet. Sala Segunda de lo Penal.

¹³ STS 1380/2019, de 25 de abril, nº resolución 217/2019, recurso nº 1653/2018. Ponente Vicente Magro Servet. FJ TERCERO, apartado noveno.

¹⁴ STC Pleno 59/2008, de 14 de mayo, recurso de cuestión de inconstitucionalidad nº 5939-2005.

socialmente entre hombres y mujeres no tienen nada que ver con la biología y sí con la cultura de tradición patriarcal motivada por el ansia de poder y dominación del hombre sobre la mujer. Así, se trata de diferencias de origen social, adquiridas, variables, contingentes, artificiales y, hasta cierto punto, modificables. Y es con fundamento en ellas, cuando en función del sexo se cumplen los roles dominantes tradicionales asignados convencionalmente al hombre y de subordinación y desigualdad a la mujer, convirtiéndose así las diferencias sociales en diferencias de género. Se origina de esta forma un tratamiento discriminatorio de las víctimas de violencia de género fruto de estas desigualdades que no tiene su base en posiciones de igualdad, sino en la más absoluta de las desigualdades no sólo sociales, sino también otras relacionadas como la económica o la educativa.”¹⁵

La mencionada sentencia, sin embargo, únicamente aprecia la perspectiva de género en el limitado ámbito de las relaciones de pareja o expareja, no siendo la apreciación que la doctrina actual está siguiendo, véase la reciente STS 4148/2021¹⁶, en el que considera en un delito sexual fuera del ámbito de la pareja que se infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por no analizar el testimonio de la víctima “con perspectiva de género” y realizar “estereotipos de género”. La magistrada Lucía Avilés¹⁷ recuerda que el propio Consejo de Europa ya apuntó que el enjuiciamiento con perspectiva de género “es necesario para garantizar la independencia y la imparcialidad judicial, criterio que se asume por un principio de igualdad”, de ahí la importancia de que todos los poderes públicos tengan una constante formación en la materia, en cualquier orden jurisdiccional y en cualquier instancia.

De igual forma en la STS 444/2020¹⁸, se aplica la circunstancia agravante de género del art. 22.4 CP, de la cual trataremos posteriormente en un apartado independiente, en un delito de agresión sexual donde no existía ningún tipo de relación, por lo que la Sala de lo Penal ofrece una perspectiva más amplia de la violencia de género, al entender que va más allá de las relaciones conyugales o de pareja, y que se dirige contra la mujer por el mero hecho de serlo.

¹⁵ STS 1380/2019, de 25 de abril, nº resolución 217/2019, recurso nº 1653/2018. Ponente Vicente Magro Servet. FJ TERCERO, apartado noveno, penúltimo párrafo.

¹⁶ STS 4148/2021, de 4 de noviembre de 2021, nº recurso 4725/2019. Ponente Susana Polo García. Concretamente en el FJ TERCERO apartado tercero

¹⁷ CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, “El Supremo obliga a repetir un juicio por violación porque no se aplicó la perspectiva de género”, *DIARIOLALEY*, 2021 (disponible en https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMD_AytDA2MrJQK0stKs7Mz7M1AooYGhqZgAQy0ypd8pNDKgtSbdMSc4pTAWaB-WU1AAAAWKE; fecha de acceso 07.01.2022).

¹⁸ STS 444/2020, de 14 de septiembre, nº resolución 2904/2020, nº recurso 10098/2020. Ponente Ana María Ferrer García

En la STS 447/2021¹⁹ se extiende dicha definición al contextualizar la violencia sexual en el entorno digital y asumir la especial vulnerabilidad de las mujeres en la red, a consecuencia “de constructos sociales marcados muchas veces por hondas raíces ideológicas patriarcales y machistas, se activan mecanismos en red de criminalización, humillación y desprecio”²⁰. La importancia de esta sentencia radica en que se toma la perspectiva de género para valorar si la intimidación es idónea o no para conseguir ese efecto intimidatorio sobre la libertad sexual de la víctima²¹.

2.4 Aproximación criminológica a la violencia de género sexual.

La violencia sexual se define como “todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo”²². En definitiva, constituye cualquier acto contra la sexualidad de la persona (agresiones, acoso sexual, exhibicionismo, tocamientos, violaciones...) que repercuten gravemente en la salud física y mental de las víctimas.

Es y debe considerarse como una de las manifestaciones de violencia de género más extendida e invisible, que afecta a las mujeres durante todo su ciclo vital, tanto en sus relaciones en el espacio público como en sus relaciones íntimas.

En concreto en España, respecto a las mujeres mayores de 16 años residentes en nuestro país, los datos que nos arroja la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer del año 2019²³: 1 de cada 2 mujeres (57,3%) han sufrido violencia a lo largo de sus vidas por el hecho de ser mujeres; el 13,7% (2.802.914 mujeres) han sufrido violencia sexual a lo largo de la vida a manos de cualquier persona (pareja actual, pareja pasada o personas con las que no se ha mantenido una relación de pareja); el 21,5% de las mujeres (4.387.480 mujeres) han sufrido violencia física a lo largo de la vida por parte de cualquier persona .

¹⁹ STS nº 447/2021, de 26 de mayo, nº procedimiento 3097/2019. Ponente Javier Hernández García. Apartado 1.12, página 23

²⁰ Apartado 1.13, segundo párrafo de la anterior sentencia nº447/2021.

²¹ HERRERA, E., “El Supremo ahonda en la perspectiva de género con dos sentencias que amplían el concepto de agresión sexual”, ELDIARIO, 2021 (disponible en https://www.eldiario.es/politica/supremo-ahonda-perspectiva-genero-sentencias-amplian-concepto-agresion-sexual_1_8002087.html)

²² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (2002). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Washington D.C., OMS.

²³ MINISTERIO DE IGUALDAD. (2021). *Resumen ejecutivo de la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019*. Ministerio de Igualdad.

Centrándonos en el tema que nos ocupa sobre la violencia sexual, en concreto fuera de la pareja, en España en la posición de la víctima: el 6,5% (1.322.052 mujeres) han sufrido violencia sexual en algún momento de sus vidas de una persona con la que no han mantenido una relación de pareja; el 2,2% (453.371 mujeres) han sido violadas alguna vez en su vida y el 74,6% de las mujeres que han sufrido una violación, han vivido también otras situaciones de violencia sexual; el 13,7% de las mujeres que han sufrido algún tipo de violencia sexual afirman haber sido violadas cuando estaban bajo los efectos del alcohol o de las drogas.

Dentro de este tipo de delitos contra víctimas mayores de edad, los casos del entorno de la pareja o expareja se da únicamente en el 15,4% de los casos (*ANEXO I*), lo que refleja que el actual concepto cerrado de violencia de género o de violencia sobre la mujer del art. 1 L.O.1/2004 es insuficiente para combatir efectivamente la violencia tal y como refleja el Convenio de Estambul.

En cuanto al perfil del agresor: el 99,6% de las mujeres que han sufrido violencia sexual experimentaron esta por parte de un agresor hombre; el 21,6% de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja refiere que el agresor fue un familiar hombre, el 49% un amigo o conocido hombre y el 39,1% dice que el agresor fue un hombre desconocido; 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; el 44,2% de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja dicen que la agresión sucedió en una casa (18,5% en su propia casa, 20,1% en casa de la persona agresora, 9,7% en la casa de otra persona), el 17,8% en bares o discotecas, y el 32% dicen que sucedió en zonas abiertas como calles o parques.

Respecto a las mujeres que han sufrido una violación, el porcentaje de quienes mencionan una casa como lugar de las agresiones sexuales es significativamente mayor (59,1%).

La conducta empleada para realizar esta violencia sexual es la fuerza física (usada en el 49,1% de los casos), aunque se acerca mucho a la figura de la intimidación (43,8%); en la utilización de sustancias tóxicas o aprovechando esa situación, especialmente por el consumo de alcohol en el 7,1%. Conforme a las estadísticas realizadas dentro de las violencias sexuales sobre víctimas adultas la agresión sexual es el delito más frecuente (60,3%), seguido de los abusos sexuales que fueron el 11,1%, y el asesinato el 3,2% dentro de esta tipología²⁴ (*ANEXO I*). El 36,8% de los delitos de abuso sexual y el 55,8% de las agresiones sexuales se castigaron

²⁴ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2021). *Estudio sobre sentencias del Tribunal Supremo dictadas en 2020 (...), op cit.*

con penas de entre 10 y 15 años de prisión; mientras que en el 44,4% de los delitos de abuso y agresión sexual se ha castigado con penas de entre 16 y 25 años.

Las penas que, además de la privación de libertad, con más frecuencia se aplican son: la prohibición de aproximación y comunicación con la víctima, además de la inhabilitación absoluta y la libertad vigilada. El CGPJ en el referido informe alega que la respuesta de los órganos judiciales es adecuada conforme a la tipificación y la proporcionalidad de las penas, sin embargo, detallan que sería conveniente aplicar como pena accesoria la privación de la patria potestad como garantía de protección del interés superior del menor, dada la especial vulnerabilidad de los menores en los delitos sexuales cometidos por sus progenitores, además de imponer el deber de participar en programas de educación sexual.

En lo que respecta a la dificultad probatoria que presentan los delitos contra la libertad sexual, que suelen perpetrarse en la clandestinidad, y en muchos casos en un entorno familiar en los que el medio utilizado por el autor para vencer la resistencia de la víctima es la intimidación psicológica, la prueba de cargo directa la suele constituir el testimonio de la víctima. Se utiliza bajo el criterio de ya sentada jurisprudencia²⁵, el triple test para valorar la fiabilidad del testigo víctima, que puede ser suficiente para enervar la presunción de inocencia. El TC en su sentencia 258/2008²⁶ refiere que "la declaración de la víctima, practicada normalmente en el acto del juicio oral, con las necesarias garantías procesales, puede erigirse en prueba de cargo y que, en consecuencia, la convicción judicial sobre los hechos del caso puede basarse en ella, incluso cuando se trate del acusador". El análisis del testimonio de la víctima se hace desde una perspectiva de credibilidad subjetiva, credibilidad objetiva y persistencia en la incriminación:

1. Ausencia de incredibilidad subjetiva: la incredibilidad subjetiva puede venir de una minusvalía (sensorial o psíquica)²⁷ o derivada de las relaciones acusador/acusado de las que se pudiera deducir la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad,

²⁵ Entre otras, STS 2673/2019, de 24 de julio, nº resolución 391/2019, nº recurso 10085/2019. Ponente Eduardo de Porres Ortiz de Urbina; SAP O 2703/2021, de 19 de julio, nº resolución 25/2021, nº recurso 10/2019. Ponente Alicia Martínez Serrano. FUNDAMENTO JURÍDICO PRIMERO; STSJ M 2923/2020, de 26 de marzo, nº resolución 112/2020, nº recurso 31/2020. Ponente Francisco Jose Goyena Salgado.

²⁶ STC 258/2007, de 18 de diciembre, recurso de amparo nº 2670/2004, FJ SEXTO.

²⁷ En STS 1639/2001, de 24 de septiembre se señala que cualquier persona puede declarar como testigos, ya sean menores de edad o con algún tipo de enfermedad, pero "otra cosa será el valor probatorio que el tribunal sentenciador dé a su testimonio". Las limitaciones que pueda tener en sus facultades psíquicas han de ser valoradas por el juez o tribunal correspondiente a tenor de lo que ve y oye y de las alegaciones de las partes" (SAP LO 20/2019, Ponente Fernando Solsona Abad. FUNDAMENTO JURÍDICO QUINTO)

venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2. Verisimilitud: constatar que existen pruebas objetivas que avalen más allá del propio testimonio de la víctima, como por ejemplo una declaración de parte por una persona ajena al proceso.
3. Persistencia en la incriminación: si el relato de la víctima no ha tenido contradicciones en lo esencial y ha sido coherente, sin ambigüedades. Al ser la única prueba que se enfrenta a la negativa del acusado, que le protege el principio de inocencia, para evitar su indefensión hay que cuestionar eficazmente la declaración de la víctima, poniendo hincapié en las contradicciones que revelen la posible mentira.

Por lo que la prueba esencial que fundamente la condena puede ser básicamente un testimonio, el de la víctima, siendo totalmente compatible con la presunción de inocencia y suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva²⁸.

²⁸ STS 183/2017, de 25 de enero, nº resolución 29/2017, nº recurso 1249/2016. Ponente Antonio del Moral García. FUNDAMENTO JURÍDICO CUARTO.

3 PROTECCIÓN PENAL DE LA LIBERTAD SEXUAL.

3.1 Antecedentes y evolución legislativa.

La rúbrica del Título VIII (“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”) procede de la reforma del CP en 1989, ya que desde 1848 hasta entonces se calificaban dichos delitos “contra la honestidad”.

La reforma se basó en dos ámbitos: los *sujetos*, donde el sujeto pasivo en 1848 del delito de violación únicamente podía ser la mujer y el sujeto activo el hombre; y la *conducta típica*, que hacía referencia al término “yaciendo”, lo cual era considerado por la doctrina mayoritaria como “penetración heterosexual vaginal”²⁹.

La gravedad del delito provenía en primer lugar de la virginidad de la mujer, ya que “quedaba marcada al perder su doncellez” y en segundo lugar por el riesgo de embarazo, de ahí que la violación se concibiese como un delito de peligro abstracto, y por ello tanto la penetración anal como las conductas homosexuales no se consideraban de tanta gravedad.

Con la reforma de 1989 se equipara la condición de hombre y mujer, y se amplía la conducta típica definiéndola como “acceso carnal”, incluyendo tanto las penetraciones anales como bucales, como así defendieron autores como Enrique Orts Berenguer³⁰.

Se introduce en dicha reforma la violación entre cónyuges, cuestión que aun en la actualidad suscita debate como se observa en la STS 254/2019³¹ en la que se recuerda que no existe el débito conyugal en el matrimonio, condenando por violación si se fuerza a la pareja, y en el mismo sentido la reciente STS 64/2021³². En la primera de ellas, por ejemplo, el marido alegaba expresiones tales como “es tu obligación” mantener relaciones sexuales, “que es Domingo y toca”, que “no servía para nada” y que “lo suyo no era trabajar y tenía abandonada la casa y la niña” penetrándola vaginalmente e intentándolo analmente.

En el antiguo CP la honestidad era el núcleo central del bien jurídico a proteger, de ahí que la prostitución y la provocación fueran atenuantes, cuestión que hoy en día no tiene

²⁹ CARUSO FONTAN, M., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006

³⁰ ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

³¹ STS 245/2019, de 21 de mayo, siendo el ponente el Magistrado Vicente magro Servet, formando parte del Tribunal Miguel Colmenero, Pablo Llarena, Susana Polo y Eduardo Porres.

³² STS 64/2001 (ECLI:ES:TS:2021:64), de 13 de enero de 2021, de la Sala de lo Penal; nº de recurso 891/2019, cita pág. 14.

discusión, ya que la libertad sexual es patrimonio de toda persona sin que se pueda negar por su moral.

Con el cambio de la denominación de “abusos deshonestos” a “agresiones sexuales” junto con los “abusos sexuales” se transformó la rúbrica del Título VIII ampliando a “Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual”, conformándose estos como los bienes jurídicos.

El núcleo del desvalor de la conducta típica ya no es la manifestación sexual en sí, sino que se vulnere la decisión autónoma de la víctima, otorgando así a toda persona el derecho a manifestarse libremente en su sexualidad³³.

Jurisdicionalmente se ha evolucionado integrando la perspectiva de género antes expuesta en el apartado primero, y de ello se hace eco nuestro TS en numerosas sentencias entre la que destaca la STS 882/2020 que expresamente declara³⁴: “la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin”.

3.2 Bien jurídico protegido

Como hemos referido con anterioridad, el concepto del bien jurídico que ha de protegerse en los delitos sexuales ya no es la honestidad de la mujer sino la indemnidad y libertad sexual³⁵ de la persona.

La libertad podría considerarse como uno de los bienes jurídicos más importantes después de la vida y la salud, y con seguridad sea el más susceptible de ser atacado en la vida cotidiana³⁶. Centrándonos en la libertad sexual, se puede entender como aquella parte de la libertad respecto al ejercicio de nuestra propia sexualidad y de la disposición del cuerpo, y nuestro CP ofrece a este bien jurídico una protección penal específica.

³³ GAVILÁN RUBIO, M., “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la reciente jurisprudencia”. *Revista De Derecho, Empresa Y Sociedad (REDS)*, número Enero-Junio, ISSN: 2340-4647, 2018, pág. 83

³⁴ STS 882/2020, de 14 de mayo, nº resolución 145/2020, nº recurso 10613/2019. Ponente Vicente Magro Servet.

³⁵ GOENAGA OLAIZOLA, R., “Delitos contra la libertad sexual”. *Revista Eguzkilore*, número extraordinario 10, nº 95-120, 1997, pág.1.

³⁶ MUÑOZ CONDE, F. y LÓPEZ PEREGRÍN, M., *Derecho penal. Parte General*. 22 edición, Tirant lo Blanch, 2021.

La libertad y la indemnidad sexual del Título VIII se entienden como bienes jurídicos autónomos dentro de los delitos sexuales, situándolos en un contexto valorativo de reglas que disciplinan el comportamiento sexual de las personas en sus relaciones con otras personas, en palabras de Muñoz Conde³⁷, se le podría denominar como “moral sexual” ya que es “aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas”.

El bien jurídico protegido es la libertad sexual tanto en los delitos de agresiones como de abusos sexuales, siempre que el sujeto pasivo sea una persona mayor de edad. Si el sujeto pasivo por el contrario fuese menor de edad o persona discapacitada necesitada de especial protección, lo que se protegería sería su indemnidad sexual, es decir: el normal desarrollo de su libertad sexual, sin que sea impuesto de manera traumática por un adulto.

La libertad sexual, como cualquier otro, ha de ser determinado individualizadamente a partir del examen de cada delito³⁸, pues a partir del estudio de los respectivos hechos punibles será cuando se esté en condiciones de precisar qué es lo que se lesiona cuando incurre en uno de ellos.

3.3 Elementos típicos³⁹.

3.3.1 Agresiones sexuales.

En el Capítulo I del Título VIII se regulan las denominadas agresiones sexuales, contenidas en el art. 178 CP el tipo básico, y en los arts. 179 y 180 CP sus cualificaciones.

3.3.1.1 Tipo básico del artículo 178 CP.

El tipo básico del artículo 178 CP reza lo siguiente:

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

³⁷ *Idem.*

³⁸ ORTS BERENQUER, E., *Delitos contra la libertad sexual, op cit.*

³⁹ MUÑOZ CONDE, F. y LÓPEZ PEREGRÍN, M., *Derecho penal. Parte General, op cit.*

En la reciente SAP de Barcelona 9346/2021, de 23 de julio⁴⁰ se detallan los elementos que deben concurrir en el delito de agresión sexual, entre los que se encuentran la acción que atenta contra la libertad sexual, el elemento subjetivo y el uso de la violencia o intimidación.

A) En lo que se refiere a los sujetos, tanto como activo y pasivo, de este tipo el CP es totalmente neutro, pudiendo serlo cualquier persona, tanto hombre como mujer. Pero siempre tienen que ser mayores de edad, puesto que los menores en este artículo no están protegidos bajo el bien jurídico de “la libertad sexual”, sino que deberíamos acudir al Capítulo II bis, artículos 183 y siguientes CP.

B) En el tipo básico se hace referencia al concepto de “atentar contra la libertad sexual”, lo cual podría exigir consecuentemente un contacto corporal entre el sujeto activo y el pasivo, sin embargo, se ha visto una interpretación diferente en la STS 1397/2009⁴¹ donde explica que este delito de agresión se puede consumir y atentar contra la libertad sexual de otra persona sin que se exija que el sujeto toque o manosee a su víctima, siendo irrelevante cómo se ejecute tal conducta, en palabras del Supremo: “La acción de atentar contra la libertad sexual de otro, existe cuando se la somete a comportamientos sexuales no queridos por ella como también es el tener que desnudarse, y mostrar sus partes íntimas al agresor” (FJ OCTAVO, apartado 4.1). De igual forma la STS 311/2020⁴², que condenó al sujeto activo como agresor sexual por forzar a sus víctimas a masturbarse para él en videoconferencia, todo ello mediante el uso de la intimidación.

C) Respecto al elemento subjetivo o intencional, un ánimo libidinoso que represente la finalidad lasciva del acto, es decir, que la acción esté dotada de connotación sexual, lo cual permite distinguir conductas con finalidad distinta como por ejemplo puede ser una exploración médica. El agresor actúa con la finalidad de obtener por tanto una satisfacción sexual, por lo que se requiere el dolo y no se admite la comisión culposa.

En lo que concierne al dolo existen múltiples acepciones, en palabras de Muñoz Conde⁴³, es aquella “conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito”, y en la jurisprudencia del TS se define como aquella “intención maliciosa que aparece como síntesis

⁴⁰ SAP B 9346/2021, de 23 de julio, nº resolución 260/2021, nº recurso 12/2020. Ponente Miguel Ángel Ogando Delgado.

⁴¹ STS 1397/2009, de 29 de diciembre, nº recurso 10722/2009. Ponente Adolfo Prego de Oliver Tolivar.

⁴² STS 311/2020, de 15 de junio, nº recurso 3777/2018. Ponente Eduardo De Porres Ortiz De Urbina.

⁴³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Editorial Tirant lo Blanch, 2015, pág. 283.

de un proceso anímico abarcador del conocimiento que el sujeto ha de tener”⁴⁴. Es un requisito, a pesar de inmaterial, que debe quedar acreditado en virtud del art. 24.2 CE, pudiendo ocasionar problemas de prueba en la práctica. Por ejemplo, en la STS 908/2021⁴⁵ la defensa alega que la conducta del autor carecía de ánimo lascivo (en el caso concreto, un abuelo que tocaba a sus dos nietas, llegando a introducir un dedo en la vagina de una de ellas) y que sólo eran muestras de cariño. En la STS 957/2016⁴⁶ se explica cómo si los actos no se presentan inequívocos, es habitual, para acreditar su carácter sexual, atender al ánimo lascivo o libidinoso del autor. A pesar de que no es un requisito subjetivo añadido al dolo. Distingue aquellos actos con marcado contenido sexual con los que se presume el ánimo libidinoso de aquellos en los que los actos no lo tengan, en cuyo caso de indagará la concurrencia del ánimo.

Sin embargo el TS en la referida sentencia 908/2021 nos recuerda, al igual que hace en la STS 719/2019⁴⁷, que no se requiere la concurrencia de este ánimo proyectado en el afán del autor en obtener satisfacción sexual, como tradicionalmente se venía exigiendo, ya que, a pesar de que este ánimo libidinoso sea un elemento ordinariamente presente en estas conductas, no forma parte de los elementos del tipo, “el legislador en los delitos de agresión y abuso sexual no incluye ningún móvil añadido al dolo elevado a la categoría de elemento subjetivo del injusto para su inclusión típica. Basta que el sujeto conozca la trascendencia de su acción, el significado sexual de su conducta.” (FJ PRIMERO, apartado segundo, tercer párrafo de la STS 908/2021).

D) En este delito el autor se prevale de la utilización de la violencia o la intimidación para poder doblegar la voluntad de la víctima. El tipo delictivo se da tanto si el actor utiliza la violencia o intimidación como si se aprovecha de la situación o la empleada por otras personas.

Respecto a la violencia, cuando se aplica “vis absoluta” o “vis física”, existe un uso de la fuerza, una imposición material o semejante que haga inútil la negativa de la víctima. No es necesaria la resistencia continuada de la víctima que puede tolerar, que no consentir, la agresión sexual para evitar mayores males. No hay un catálogo de actos violentos o

⁴⁴ MORA DÍEZ, P., “El ánimo lascivo como elemento subjetivo del tipo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, *SEPIN*, 2021, (disponible en https://blog.sepin.es/2021/09/animio-lascivo-elemento-delitos-libertad-indemnidad-sexual/#_ftnref2; fecha de consulta 14.01.2022).

⁴⁵ STS 908/2021, de 4 de marzo, nº resolución 201/2021, nº recurso 1184/2021. Ponente Ana María Ferrer García

⁴⁶ STS 5492/2016, de 19 de diciembre, nº resolución 957/2016, nº recurso 1137/2016. Ponente Andrés Palomo del Arco.

⁴⁷ STS 719/2019, de 4 de marzo, nº resolución 107/2019, nº recurso 10521/2018. Ponente Miguel Colmenero Menendez de Luarca. FJ PRIMERO, apartado segundo, tercer párrafo.

intimidatorios que sirvan para doblegar la voluntad de la víctima, sino que el tribunal juzgador deberá estar a cada caso concreto.

La intimidación o vis compulsiva o psíquica es utilizada por el autor mediante el uso de un clima de temor que anula la libre decisión de la víctima sobre su actividad sexual y toda capacidad de resistencia, una resistencia que ni puede ni debe ser especialmente intensa conforme a la doctrina del TS. Este terror tiene que anunciarse como un mal grave que infunda miedo a la víctima, haciéndole perder toda alternativa distinta a la de someterse a su voluntad.

La intimidación no ha de ser de tal grado que tenga caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada⁴⁸, “basta con que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina es el tipo de la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta”⁴⁹ (FJ DECIMOTERCERO). Por tanto, la intimidación, señala, debe ser “previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado”.

Un segundo rasgo definitorio jurisprudencialmente es que el mal amenazante no puede dependerse únicamente del valor que le dé la víctima: en circunstancias similares debe provocar las mismas circunstancias. Y es que “el miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente”⁵⁰.

El tercer rasgo es la relación causa-efecto entre el mal amenazante y la consecuencia que busca el actor. Es decir, una relación de inminencia que descarte amenazas de males respecto de los que el actor no tenga capacidad de control o causación. Sin embargo, hay supuestos de sujeción prolongada en contextos intimidatorios graves que hagan pensar a la víctima la realización del mal si no se doblega. Es el caso de la intimidación ambiental: el anuncio de un mal grave que se sustente en comportamientos externos que transmitan a la

⁴⁸ STS 216/2019, de 24 de abril de 2019, nº recurso 972/2018. Ponente Julian Artemio Sanchez Melgar. FJ SÉPTIMO.

⁴⁹ STS 355/2015, de 28 de mayo, recurso nº10014/2015. Ponente Candido Conde-Pumpido Touron. STS que cita a su vez la STS 609/2013, de 10 de julio.

⁵⁰ STS 447/2021, apartado 1.10, página 22.

víctima un miedo estructural, que le generen tal temor que descarte cualquier otra alternativa. Ejemplos de intimidación ambiental podrían ser agresiones grupales, las producidas en sitios aislados, si los autores tienen una complejidad superior, etc.

En la STS 2200/2019⁵¹, caso conocido popularmente como “La Manada”, y de igual forma en otras sentencias de agresiones grupales como “La Manada de Sabadell”, establecen respecto a la intimidación ambiental que “es suficiente que el autor del delito, con sus propios actos, configure una situación ambiental integrada por una serie de circunstancias que la víctima valora como algo que hace inútil una posible oposición por su parte”, y que en caso de actuar en grupo, cada uno es considerado como autor por el acto carnal hecho por el mismo, y cooperador necesario respecto a los actos de los demás que haya favorecido por su presencia. El hecho de actuar en grupo o estar presente forma un cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poderse resistir.

En la ya mencionada STS 447/2021⁵², se hace relevancia de un concepto como es la “ciber intimidación”, donde se produce lo que el tribunal califica como una agresión sexual en un escenario ofensivo marcado por la distancia entre victimario y víctima, sin por ello desnaturalizar la acción en términos de tipicidad.

Este delito se rige por las reglas generales de la participación, por lo que cabe la inducción, la complicidad y la cooperación necesaria.

3.3.1.2 Tipo cualificado del artículo 179 CP.

El art. 179 CP castiga como reo de violación con la pena de prisión de 6 a 12 años:

“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.”

Este artículo requiere los mismos elementos que el tipo básico del art. 178 CP, pero añadiendo que la agresión sea por acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o la introducción de miembros corporales u objetos.

La jurisprudencia estima que el delito de violación se consuma incluso cuando la penetración “no traspase la zona vestibular que tiene por frontera el himen, ya que atenta con

⁵¹ STS 2200/2019, de 4 de julio, nº resolución 344, nº recurso 396/2019. Ponente Susana Polo García. Conocido popularmente como Caso La Manada. FUNDAMENTO JURÍDICO SEXTO.

⁵² STS nº 447/2021, de 26 de mayo, concretamente respecto a la ciberintimidación en el apartado 1.4 y 1.5 del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, en único motivo, página 19 y ss.

plenitud de efectos contra la libertad sexual de la mujer cuando tiene capacidad para ejercer este derecho y, en cualquier caso, lesiona o agrava su intangibilidad sexual y su intimidad, siendo evidente que inclusive anatómicamente el ámbito que determinan el *labium majus* y el *labium minus* forma con la vagina una unidad.”⁵³

Ante la pregunta de ¿hasta dónde debe producirse la introducción para que se considere penetración? La STS 2140/2021⁵⁴ ofrece una respuesta exponiendo por vez primera el concepto de la “horizontalidad femenina”. Ni la jurisprudencia ni el tipo penal exige una penetración absoluta, aun siendo parcial se debe ir por la vía del art. 179 CP por haber superado esa horizontalidad, que la define como: “la zona superficial referida al mero tocamiento externo, suponiendo la superación de la barrera de la horizontalidad, por leve que sea ese acceso o contacto, una penetración. No se puede exigir sino el “acceso suficiente” para entender que ya se irrumpe en la zona sexual de la mujer por leve que sea” (FJ SEGUNDO). Un caso concreto como puede ser la introducción de los dedos en la vagina, se exige la introducción física, no concurriendo por ejemplo cuando sea en la parte externa por fricción o tocamiento al no concurrir una superación de la horizontalidad.

Por lo tanto, este mínimo de introducción del pene (*inmissio penis*) en la cavidad vaginal, anal o bucal, no requiere de la eyaculación para que se consume (aunque este factor sirve para facilitar en la práctica la prueba). En los supuestos de desistimiento por eyaculación prematura, se considera desistimiento involuntario, no constituyendo una interrupción voluntaria.

Si el autor pretende un acceso carnal del art. 179 CP, pero antes de conseguirlo desiste voluntariamente, no se le podrá castigar por tentativa de violación, pero sí en el tipo básico del 178 CP si ha llegado a existir algún tipo de contacto corporal sexual y no ha habido consentimiento.

3.3.1.3 Tipos cualificados del artículo 180 CP.

Según el art. 180 CP, actualizado el 5 de junio de 2021, los tipos cualificados por constituir unas circunstancias agravantes especiales recogidos taxativamente, provocan una

⁵³ SAP B 9346/2021, de 23 de julio, nº resolución 260/2021, nº recurso 12/2020. Ponente Miguel Ángel Ogando Delgado.

⁵⁴ STS 2140/2021, 27 de Mayo de 2021, nº resolución 454/2021, nº recurso 10238/2020. Ponente Vicente Magro Servet. Sala Segunda de lo Penal.

pena de prisión de entre 5 y 10 años por las agresiones sexuales, y de 12 a 15 años para las violaciones. Estas circunstancias son las siguientes:

1.^a Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. Esta violencia proviene de aquella que se ejerce en la agresión, y no propiamente en los actos sexuales. Es decir, ese extra de antijuridicidad que lleva a cabo en el *modus operandi* con acciones especialmente degradantes menospreciando así la dignidad de la víctima. La “conurrencia de un grado de brutalidad, humillación o vejación superior al que de por sí existe en toda violación”⁵⁵

2. ^a Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas⁵⁶. El fundamento de esta agravación se da por la mayor vulnerabilidad de la víctima y la merma en sus capacidades defensivas, lo que facilita la ejecución del tipo. La actuación conjunta no tiene porqué ir unida obligatoriamente a la ejecución del contacto sexual, ya que la violencia o intimidación forma parte de la agresión sexual.

En el caso de que lo cometan sólo dos personas, un autor y un cooperador, podría entenderse en principio que llevaría aparejada esta agravación al cooperador también, sin embargo, estaríamos vulnerando el principio *non bis in idem*, pues “el cooperador realiza su aportación a un hecho que ya resulta agravado por algo distinto que su propia aportación. Al autor le sería de aplicación la agravación, pues es imaginable un autor sin cooperador, pero no resulta así para el cooperador, que siempre supone la existencia de un autor”⁵⁷. En estos casos donde actúan solo dos personas, una en concepto de autor y otra como cooperador, esta agravante solo será para el primero.

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. Tiene en cuenta la particular indefensión en la que se encuentra la víctima que facilita al autor cometer el delito.

⁵⁵ STS 3496/2017, de 2 de octubre, nº resolución 643/2017, nº recurso 10245/2017. Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. FJ PRIMERO

⁵⁶ Un 15% de los delitos contra la libertad sexual se han cometido con dos o más personas (ANEXO I), lo que supone una cifra cercana a 1 de cada 6, detectándose según dice el CGPJ en su ya mencionado *Estudio sobre sentencias del Tribunal Supremo dictadas en 2020 por delitos contra la libertad sexual*, que es una cifra que va en ascenso.

⁵⁷ STS 2200/2019, de 4 de julio, nº resolución 344, nº recurso 396/2019. Ponente Susana Polo García. Caso La Manada. Página 103

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. El autor se aprovecha de una relación preexistente para cometer la agresión sexual, pero no es suficiente que exista esa relación, sino que se tiene que haber prevalido de esa situación.

La relación de superioridad se refiere a la cercanía familiar, un abuso de confianza (que no un abuso de superioridad, ya agravado en el art. 22 CPP) que supone para el sujeto activo frente al sujeto pasivo.

Respecto a la convivencia, va en la misma línea, no se debe aplicar automáticamente la cualificación sólo por el hecho de convivir, sino que es necesario que haya prevalimiento de esa convivencia.

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.

Cuando el ataque sexual se ejecuta usando la violencia con medios *especialmente* peligrosos. No se considerará que atente contra los bienes jurídicos protegidos si utiliza el arma como un simple instrumento intimidatorio implícito en la agresión sexual⁵⁸, ya que podría darse también un supuesto de vulneración del principio *non bis in idem*, si se califica como acción intimidatoria la agresión sexual y se agrava también por el uso de este *modus operandi*.

Si concurriesen dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo 180 se impondrán en su mitad superior.

Las agravantes de las agresiones sexuales sólo podrán computarse con alguna de las genéricas del art. 22 cuando no se dé lugar al *bis in idem*.

⁵⁸ STS 5040/2004, de 12 de julio, nº resolución 939/2004. Ponente Francisco Monterde Ferrer. FJ SEGUNDO.

3.3.2 *Abusos sexuales.*

Recogidos en el Capítulo II del Título VIII, a diferencia de la agresión sexual, este tipo delictivo se basa en la no concurrencia de violencia ni intimidación, pero tiene en común que en todo caso el ataque a la libertad sexual es no consentido (o consentimiento viciado), o contra la indemnidad sexual de menores o personas con discapacidad.

En la práctica las diferencias y los límites entre el tipo del 178 y del 181 son difíciles de demarcar, con especiales problemas respecto a la prueba.

3.3.2.1 *Tipo básico del artículo 181 CP.*

Art. 181.1 CP: “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 castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses”.

Este tipo básico tipifica conductas siempre que concurren requisitos de carácter negativo: que no haya violencia, ni intimidación ni consentimiento. El tipo se consuma con la realización del acto corporal de naturaleza sexual no consentido.

El concepto de acto “contra la libertad o indemnidad sexual”, al igual que en el tipo del art. 178CP, presentan dificultades interpretativas, por lo que habrá que estar también al contexto cultural y las circunstancias del caso en concreto. El tipo penal del abuso sexual se configura con dos requisitos⁵⁹: primero un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico o cualquier otra materialización de connotación sexual; y segundo el elemento subjetivo o tendencial con la expresión del ánimo. Por ejemplo, en la STS 1982/2017⁶⁰ se condenó por abuso sexual a un hombre por ponerle las manos en la cintura, acariciarle el pelo e intentar besar a la víctima, alegando la sentencia que no es necesario que el contacto se proyecte sobre zonas erógenas o sobre determinadas zonas del cuerpo de mayor significado sexual.

Se consideran abusos sexuales no consentidos aquellos donde el consentimiento se ha obtenido viciadamente o de forma inválida. El CP recoge taxativamente en los arts. 181.2 y

⁵⁹ STS 2664/2018, de 11 de julio de 2018, nº resolución 345/2018, nº recurso 2518/2017. Ponente Andrés Martínez Arrieta. FJ PRIMERO

⁶⁰ STS 1982/2017, de 19 de mayo, nº resolución 364/2017, nº recurso 1716/2017. Ponente José Ramón Soriano Soriano. FUNDAMENT OJURÍDICO PRIMERO.

181.3 CP los siguientes actos no consentidos: a) aquellos realizados sobre personas privadas de sentido, b) abusando de un trastorno mental, c) en los que anule la voluntad de la víctima (mediante fármacos, drogas u otra idónea a tal efecto), y d) además de aquellos en los que el consentimiento viciado se obtiene prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta.

Se desprende que en este tipo delictivo el consentimiento está viciado por causas legales señaladas por el legislador, mientras que en la agresión sexual la voluntad de la víctima queda neutralizada por la violencia o intimidación. Sin embargo, en los dos tipos delictivos la víctima o era incapaz de negarse o estaba en una posición que coartaba su libertad.

La falta de consentimiento puede apreciarse en una práctica cada vez más extendida denominada como “stelathing” (sigilosamente), y que implica que el hombre se quite el preservativo durante la relación sexual sin que la otra parte se dé cuenta. La víctima consiente, pero únicamente el acto sexual, no la retirada del profiláctico, por lo que atenta directamente contra su indemnidad sexual, que “consintió el acto sexual únicamente con las debidas garantías para evitar embarazos no deseados o enfermedades de transmisión sexual”⁶¹.

En la SAP CC 934/2020⁶² se apreció abuso sexual por un vicio esencial en el consentimiento derivado de un error sobre la identidad de la persona con la que mantenía una relación sexual, haciendo nulo el consentimiento y por tanto inexistente: en este caso la víctima estaba en la cama bocabajo y toleró el encuentro sexual pensando que era otra persona.

En los supuestos de error sobre el consentimiento se considera como error sobre un elemento integrante de la infracción penal y son atípicos, ya que la comisión imprudente no se prevé.

En el abuso sexual no procede hablar de desistimiento voluntario cuando se produce por la concurrencia de obstáculos insuperables, es decir, el desistimiento no se puede calificar como libre cuando el sujeto está renunciando a su propósito por la aparición de impedimentos que no controlaba⁶³. En la STS 3140/2006 se observa cómo el autor desiste tras un primer intento de besar a la víctima, en el que ésta le rechaza y el otro vuelve a intentarlo, pero insiste

⁶¹ SJI Salamanca 1/2019, de 15 de abril, nº resolución 155/2019, nº recurso 37/2019. Ponente Juan Rollan García.

⁶² SAP CC 934/2020, de 24 de septiembre, nº resolución 209/2020, nº recurso 10/2019. Ponente Valentín Pérez Aparicio. FUNDAMENTO JURÍDICO SEGUNDO.

⁶³ STS 3140/2006, de 22 de mayo, nº resolución 575/2006, nº recurso 762&2006. Ponente Luis Roman Puerta Luis. FJ SEPTIMO

el acusado, no consiguiéndolo por la oposición de ésta. Que la motivación del desistimiento del autor sea la conducta de la víctima implica que no es desistimiento voluntario del art. 16.2 CP.

También a destacar sobre los “tocamientos fugaces” y su jurisprudencia, y es que con anterioridad se consideraban como “vejaciones injustas” y se ha evolucionado al abuso sexual (tocamientos, besos...) ⁶⁴. El TS cambió su criterio sobre esta tipificación a partir de la STS 861/2017 ⁶⁵, de 8 de marzo, donde entendía que todo contacto corporal no consentido con connotación sexual integra el delito de abuso sexual. Así se penalizan conductas que podrían ser preparatorias de otras más graves, cumpliendo con ello una función de prevención delictiva a la vez que se protege más y mejor a la víctima.

En la STS 441/2021, de 10 de febrero ⁶⁶ se puede observar cómo debido al “evidente y marcado contenido sexual” de los tocamientos del acusado (le besó en la mejilla y le tocó el pecho a la menor de edad), visto el ánimo tendencial de los hechos probados fue “animado por el deseo de satisfacerse sexualmente”, por lo que se le condena por un delito de abuso sexual.

Para finalizar, hacer una precisión y es que, a pesar de la similitud, no se puede confundir la agresión sexual mediante intimidación con el abuso por prevalimiento ⁶⁷. La STS 1787/2013, de 12 de abril ⁶⁸ nos recuerda la diferencia:

“El referido prevalimiento 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.

Se distingue de la intimidación que caracteriza al delito de agresión sexual, en que en éste el sujeto pasivo no puede decidir, pues la intimidación es una forma de coerción

⁶⁴ LOPEZ MARCHENA, M., “Análisis de la evolución jurisprudencial sobre los tocamientos fugaces en el delito de abuso sexual”, *IBERLEY*, 2021 (disponible en <https://www.iberley.es/revista/analisis-evolucion-jurisprudencial-sobre-tocamientos-fugaces-delito-abuso-sexual-551>; fecha de consulta 15.11.2021).

⁶⁵ STS 861/2017, de 8 de marzo, nº resolución 147/2017, nº recurso 1647/2016. Ponente Luciano Varela Castro.

⁶⁶ STS 441/2021, de 10 de febrero, nº resolución 106/2021, nº recurso 1383/2019. Ponente Ángel Luis Adrián Hurtado.

⁶⁷ GAVILÁN RUBIO, M., “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la reciente jurisprudencia”, *op cit.*

⁶⁸ STS 1787/2013, de 12 de abril, nº resolución 305/2013, nº recurso 1532/2012. Ponente Julián Artemio Sánchez Melgar.

ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado, constituido por la libertad o indemnidad sexuales en los delitos de agresión sexual, de manera que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado. En el prevalimiento, la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente, o en otras palabras, que la situación de superioridad manifiesta a la que se refiere el art. 181.3 del Código Penal, es aquella que suministra el sujeto activo del delito, como consecuencia de una posición privilegiada, y que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima, que presiona al sujeto pasivo, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual”.

3.3.2.2 Tipos cualificados del artículo 181 CP.

El tipo cualificado del art. 181 CP se recoge en el apartado 4, donde impone la pena de prisión de cuatro a diez años “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”.

Se trata de la misma cualificación que en el de la violación del art. 179 CP de las agresiones sexuales.

En el caso de que la víctima sea especialmente vulnerable o exista una situación de convivencia, relación de parentesco o superioridad, existen subtipos agravados en el art. 181.5 CP, donde se aplicará la pena en su mitad superior.

3.4 Agravante de discriminación por motivos de género del artículo 22.4 CP.

Si la víctima lo ha sido por ser mujer y además ha sido agredida por haberla considerado el agresor un ser inferior, el género tiene que ser uno de los elementos que aumenten la antijuridicidad de la acción, siendo éste el fundamento de la agravante.

Tal y como habíamos adelantado, con la reforma de la LO 1/2015 por la que se modifica la LO 10/1995 (CP), se introduce por vez primera el término género a nuestro CP mediante el agravante del art. 22.4 CP, que reza lo siguiente:

“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”.

La razón por la que se incorpora como motivo de discriminación⁶⁹ es que el género, entendido de acuerdo con el Convenio nº 210 el Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (y no así al concepto de violencia de género expresado en la LMPIVG), son “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”⁷⁰. Son acciones distintas a las que abarca el término “sexo”, siendo este otro motivo de agravante introducido por la L.O. 5/2010, de 22 de junio.

Hemos de tener en cuenta que la agravante no afecta únicamente a un sexo con respecto al otro, esto es, que pueden ser tanto hombre como mujer el sujeto pasivo y el sujeto activo del delito cometido al que se aplique la agravante de discriminación por razón de género.

Esta circunstancia se puede solicitar en casi cualquier tipo delictivo que no vulnere el bis in idem, en la práctica los delitos por los que se ha solicitado la agravante por razón de género han sido en los delitos más graves⁷¹: asesinato y homicidio (11 y 2 casos respectivamente) y por tentativa de homicidio/asesinato (10 casos), lo que supone el 64% de las sentencias entre el 2016 y el 2018, seguidos de las agresiones sexuales (6 casos), detención ilegal (3 casos), lesiones agravadas (2 casos), amenazas (2 casos) y delitos contra la intimidad, daños, allanamiento de morada e incendio (1 caso). Y es que, en nuestro sistema penal, la tipificación de algunas conductas en situaciones de violencia sobre la mujer (p. ej. maltratos, lesiones de menor entidad, coacciones, acoso, violencia habitual...) sobre las que no se podría aplicar el agravante genérico, han incidido en comportamientos penales de menor gravedad,

⁶⁹ Preámbulo, epígrafe XXII de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁷⁰ Artículo 3 c) del Convenio de Estambul.

⁷¹ En datos hasta octubre de 2018 según el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2018). *Análisis de aplicación de la agravante por razón de género en sentencias dictadas entre 2016 y mayo de 2018*. Grupo de expertos en violencia doméstica y de género del CGPJ, en su página 17.

dejando fuera actuaciones más graves como el homicidio o el asesinato que tiene que verse amparado bajo este agravante genérico de género.⁷²

No se puede confundir el agravante por razón de género con la *agravante por razón de sexo*, ya que son cuestiones que, aunque parecen iguales, son distintas. Hay autores⁷³ que ven innecesaria la inclusión del “género” al entender que con el término “sexo” no existía ningún vacío legal. Sin embargo, el sexo, es una cuestión puramente biológica que es determinado por unos rasgos fisiológicos distintos entre el hombre y la mujer, mientras que el género es una construcción social que predetermina unos rasgos conductuales marcados por una sociedad patriarcal⁷⁴. En definitiva, no hay que identificarlos puesto que la discriminación por razón de sexo tiene motivaciones misóginas y la discriminación por razones de género tiene motivaciones machistas. Así, el “género” tiene sustantividad propia, siendo incompatible la discriminación por sexo en cuanto a la violencia de género⁷⁵. A la hora de elegir qué agravante genérica aplicar, deberá determinarse cuál es el motivo de discriminación por la que se aplica. En este agravante la sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima, ni por la propia biología, “sino por unos hechos más graves que el legislador considera por ser una manifestación específicamente lesiva de violencia y desigualdad”⁷⁶.

En la SAP de Castellón nº 232/2016, de 11 de octubre, de la Sección Segunda se diferencia entre la agravante de actuar por razones de género o según el sexo del autor:

“Una primera interpretación podría diferenciar los supuestos de discriminación por razones de sexo y de género llevando a cabo una distinción en la víctima objeto de la tutela. En el primer caso, podría ser considerado sujeto pasivo de una discriminación por razón de sexo

⁷² En el ANEXO III se puede observar el gráfico de la calificación penal por los que se aplicó esta agravante.

⁷³ BORJA JIMÉNEZ, E., *La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4º*, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 119-123: “con la inclusión de la agravante de discriminación por razones de género no se va a ampliar la protección de los derechos de la mujer frente a la criminalidad machista, pues los mismos supuestos agravados que puedan considerarse con la nueva ley, tenían de igual forma cobertura con la antigua. La explicación de la inclusión de la referencia es meramente simbólica, en el sentido de que se quiere representar una vez más la decisión política de otorgar una protección diferenciada de los derechos de la mujer frente a esta violencia machista.

⁷⁴ GÓMEZ CONESA, A., “Análisis crítico del agravante por razones de género del art. 22.4 CP”, *DIARIOLALEY*, 2021 (disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/07/20/analisis-critico-del-agravante-por-razones-de-genero-del-art-224-cp>; fecha de consulta 24.01.2022).

⁷⁵ ALONSO ÁLAMO, M., *Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género*. CPC, 2008, págs. 19-52: “la expresión violencia de género se reserva para aquella violencia ejercida sobre las mujeres por el mero hecho de serlo que hunde sus raíces en la estructura patriarcal dominante en la historia; por tanto, en razones histórico-culturales y no de sexo en sentido biológico”.

⁷⁶ STS 591/2019, de 26 de febrero, nº resolución 99/2019, nº recurso 10497/2018. Ponente Luciano Varela Castro. FUNDAMENTO JURÍDICO TERCERO.

un hombre frente a una mujer o un grupo de mujeres (por ejemplo, agresión de un varón, por ser varón, por parte de un colectivo de feministas radicales). La agravación por razones de género cubriría exclusivamente los casos de conductas machistas, esto es, las llevadas a cabo por varones frente a mujeres con la intención, consciente o subconsciente, de expresar su dominio y su trato hacia ellas como seres humanos inferiores”

El fundamento de la agravante de género, en palabras del TS⁷⁷, radica en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos delictivos por una motivación de superioridad frente a la mujer y como medio para demostrar que la considera inferior, cometiéndose una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, “sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer”, por lo que se amplía la protección hacia la mujer al no requerirse que exista una relación entre el autor y la víctima.

Hasta hace poco se consideraba que esta agravante se abstraía en la circunstancia mixta de parentesco, sin embargo, en la referida STS 3757/2018 se hace referencia por vez primera en que es perfectamente compatible con el *agravante de parentesco* del art. 23 CP, ya que éste último exige el carácter estable de la relación independientemente del sexo de éstos; una convivencia estable o parcial que no es preceptiva en la agravante por razones de género. Según el análisis realizado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)⁷⁸ esta agravante de parentesco es la más utilizada en los supuestos de violencia de género (se aplicó en el 92% de los casos), y en los casos de violencia doméstica en el ámbito de la pareja sólo en el 50%, siendo del 100% cuando la víctima era un menor.

La justificación del incremento de pena en la *circunstancia agravante mixta de parentesco* está en el plus de culpabilidad que supone “la ejecución del hecho delictivo contra personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado”⁷⁹. Esta agravante se contempla tanto para los supuestos de vínculo conyugal o de la análoga relación de afectividad, como para aquellos en los que se ha roto dicho vínculo, pero no se incluye automáticamente en todo tipo de relaciones, sino sólo

⁷⁷ STS 3757/2018, de 19 de noviembre, nº resolución 565/2018, nº recurso 10279/2018. Ponente Julián Artemio Sánchez Melgar, pág. 8.

⁷⁸ CGPJ (2018). *Análisis de aplicación de la agravante por razón de género (...)*, op cit. pág. 12.

⁷⁹ STS 3621/2016, de 7 de julio, nº resolución 610/2016, nº recurso 10936/2015. Ponente Carlos Granados Pérez. FUNDAMENTO JDCO TERCERO

aquellas relaciones sentimentales en las que concurra o haya concurrido un componente de compromiso de vida en común con cierta estabilidad, lo que se manifiesta por la convivencia.

Con la introducción del género en el 2015, la mayoría de la doctrina entendía que la circunstancia de parentesco se iba a desplazar en favor de ésta⁸⁰, sin embargo, considero al igual que parte de la doctrina, que son perfectamente compatibles ya que el fundamento y la motivación es distinta, y nos encontraríamos ante un concurso de agravantes y no así con un concurso de normas, por lo que no se infringiría la prohibición de incurrir en *bis in idem*. Así se indica en la SAP Santa Cruz de Tenerife 1/2017⁸¹, que la agravación por violencia sobre la mujer y de género se agrava en algunas conductas penales generalmente de menor entidad (maltratos, lesiones, amenazas, coacciones...) pero han dejado fuera conductas más graves como las lesiones más graves, el homicidio o el asesinato; por lo que se debe defender la compatibilidad de parentesco, motivada en vínculos familiares y de afectividad, con la agravación basada por el hecho de ser cometido con la condición de la víctima como mujer por razones de su género.

En conclusión, las motivaciones son distintas: en el de parentesco por la existencia de carácter objetivo de una relación estable de pareja, presente o pasada, y en el de género que el autor lo haya cometido contra la víctima por el hecho de ser mujer y sentirse superior a ella por ese único motivo.

Otro agravante con el que se podría confundir sería el *agravante por abuso de superioridad*⁸² (también denominada como *alevosía de segundo grado* o *alevosía menor*), que se da cuando la defensa de la víctima queda patentemente debilitada por la superioridad personal, instrumental o medial del agresor, que se ve asistido de una mayor facilidad para cometer el delito, representando la desigualdad de fuerzas. Requiere de los siguientes

⁸⁰ DÍAZ LÓPEZ, J., A., “La reforma de la agravante genérica de discriminación”, *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid*, 2015 (disponible en <https://litigacionpenal.com/reforma-agravante-generica-discriminacion/>; fecha de consulta 31.01.2022).

Borja Jiménez, antes citado, indica igualmente que “habrá que concluir que a partir de la entrada en vigor de la reforma, los hechos punibles perpetrados por el hombre frente a su pareja o ex-pareja, sea o haya sido legal o de hecho, se agravarán conforme al art. 22.4ª y no por el 23, que debiera haber sido reformado para evitar la duplicidad de regulaciones” (cit. pág. 122).

⁸¹ SAP Santa Cruz de Tenerife 1/2017, nº resolución 64/2017, nº recurso 90/2016. Ponente José Félix Mota Bello.

⁸² Esta agravante según el CGPJ en su Análisis de aplicación de la agravante por razón de género antes citada, se aplicó en el 6% de las sentencias de homicidio/asesinato a mujeres en el ámbito de pareja o expareja. Sin embargo, se aplicó en el 50% de las sentencias dictadas por homicidio/asesinato de un hombre a manos de su pareja o expareja.

requisitos⁸³: objetivos (superioridad medial o personal), subjetivos (que el agresor conozca este desequilibrio y se aprovechen de ello), de resultado (la superioridad debe minorar las posibilidades de defensa sin llegar a eliminarlas, puesto que si no estaríamos ante la alevosía) y un requisito excluyente (la superioridad no puede ser inherente al delito por ser, por ejemplo, un elemento típico).

El requisito objetivo de superioridad es el que puede guardar relación con la agravante, es decir, se requiere una notoria desproporción de fuerzas entre el sujeto pasivo y el activo, por lo que hay que determinar si esa superioridad se puede entender inherente a aquella superioridad física del hombre respecto a la mujer. Pues bien, a pesar de que el TS ha llegado a considerar como alguno de los motivos la diferencia de sexos (STS de 25 de septiembre de 1986), deben concurrir el resto de los requisitos y no se puede apreciar, ya que estaríamos vulnerando el principio de igualdad del art. 14 CE, no siendo posible determinar con carácter general esa superioridad física por razón del sexo.

Hay otros dos motivos por los que la discriminación por razones de género no implica la situación de inferioridad del agravante de superioridad:

Tal y como hemos expresado a lo largo del presente, aunque se entendiese que existe una superioridad física del hombre frente a la mujer, no afectaría a la causa de discriminación, ya que no se basa en el sexo sino en el género.

Y, en segundo lugar, ambos agravantes tienen distintas identidades de fundamento, evitando así la prohibición del *bis in idem*, siendo totalmente compatibles ya que la agravación de género no procede del desequilibrio de fuerzas entre los sujetos ni en la mayor debilidad del sujeto pasivo (donde sí que concurriría el abuso de superioridad), sino de que el autor ha decidido cometerlo por la condición personal del sujeto pasivo.

En la STS 3164/2018⁸⁴ se fija el criterio para la aplicación de este agravante de género. Se explica que posee un carácter subjetivo presidido por el aspecto de dominación o machismo que se desprende de la mecánica comisiva del delito, constatándose en el hecho probado que se ataca a la mujer por el mero hecho de serlo, vulnerando su derecho a la igualdad. En la referida sentencia el agresor profería expresiones como “si no eres mía no eres de nadie”, admitiéndose la agravación por la manifestación de dominio del hombre sobre la mujer,

⁸³ STS 1896/2021, de 6 de mayo de 2021, nº resolución 391/2021, nº recurso 10754. Ponente Julián Artemio Sánchez Melgar.

⁸⁴ STS 3164/2018, de 25 de septiembre, nº resolución 420/2018, nº recurso 10235/2018. Ponente Miguel Colmenero Menendez de Lurca.

siendo posible el agravante de parentesco si se da la convivencia en la pareja y estabilidad, puesto que tendría carácter objetivo como hemos visto con anterioridad⁸⁵.

En la SAP de Cuenca nº 4/2018, de 6 de febrero de 2018 en el que el autor despertó a la víctima con un cuchillo con expresiones como “¿Ves qué fácil es para mí matarte?”, aprovecho el clima de dominio y temor para mantener relaciones sexuales, accediendo por temor a la reacción del acusado. El tribunal por esas expresiones, por llevar a cabo el delito en un clima de desigualdad, de vulnerabilidad y de violencia generado por el agresor, aplica el agravante.

La aplicación de este agravante en la ya referida STS 591/2019, se establece que no es necesario un dolo (intención) específico de querer humillar, sino que basta únicamente con que la situación sea humillante. La defensa en esta sentencia donde el autor agredió sexualmente y golpeó a su expareja, sostenía que su ánimo era satisfacer su ánimo libidinoso, pero no una dominación por razón de género como así afirmaba la acusación. El TS sentó que para la estimación del agravante basta con que “el hecho probado de cuenta de la relación típica prevista en los tipos penales antes citados de tal suerte que el delito se entienda como manifestación objetiva de la discriminación característica de la misma. Y, en lo subjetivo, bastará la consciencia de tal relación unida a la voluntad de cometer el delito”, cambia así la doctrina del TS (véase STS 4353/2018, de 20 de diciembre, nº resolución 677/2018), puesto que se relativiza la referencia subjetiva al subjetivo propósito del autor, centrándose en el elemento objetivo.

Se requiere para la aplicación de esta agravante genérica que, desde el punto de vista objetivo, que el hecho probado reproduzca elementos que sustenten el injusto: porque sitúen a la mujer víctima en una situación de subordinación que perpetúe contextos de discriminación históricos y socialmente asentados, es decir, “en un contexto de dominación cuyo papel le ostenta el varón, dentro de un rol de superioridad”⁸⁶; y desde un punto de vista subjetivo, que el autor asuma de forma voluntaria y consciente ese comportamiento.

El elemento objetivo que tienen que concurrir es que el sujeto pasivo debe estar integrado en alguno de los grupos que reúnan ese conjunto de factores endógenos que motiven al sujeto activo en su actuación, y que se detallan en el art. 22.4º CP, todo ello aun cuando el legislador utiliza términos neutros dirigidos a prevenir la discriminación, excluyen

⁸⁵ MAGRO SERVET, V. “Análisis de la Doctrina Jurisprudencial reciente en violencia de género”. *Diario La Ley, Sección Dossier, Wolters Kluwer*, número 9278, 2018, págs. 12-13.

⁸⁶ SÁNCHEZ MELGAR, J., *Derecho Penal 2021*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2021, epígrafe 31: La agravante de género.

del contenido a quienes forman parte del grupo dominante⁸⁷ (por ejemplo, cuando el legislador se refiere a las razas o el sexo, están dirigiendo su tutela a las mujeres o a las personas de raza negra, y no así a los hombres o a los blancos).

Tras un repaso jurisprudencial, con frecuencia cuando la agravante se produce en una relación de pareja, se suele referir a actos de control donde el autor controla por ejemplo sus relaciones sociales, sus gustos, la forma de vestir, su autonomía económica, y actos de humillación con expresiones tales como “no sirves para nada” y similares. Cuando la agravante se produce fuera del ámbito de la pareja, son generalmente de índole sexual, por desconocidos que cosifican a la mujer de tal forma que realizan actos humillantes de naturaleza sexual.

Podemos observar cómo en la STS 67/2019⁸⁸ todas las acciones del autor están dentro de una relación de dominación, consecuencia de la decisión de la mujer de solicitar el divorcio solicitado por esta al haberla aislado su marido paulatinamente de su familia y entorno. Se hace hincapié en que, siguiendo la jurisprudencia anterior, las circunstancias deben quedar claramente en los hechos probados, estando acreditados por tanto con prueba válida y suficiente, valorada en sentencia. La sentencia reseña el comportamiento del marido en la “negación de la libre autodeterminación de la víctima para separarse o divorciarse e incluso de su mera autonomía económica, es la que sanciona la agravante de discriminación por razones de género, en modo alguno identificable con la agravante de desprecio de sexo” (FJ SEXTO).

En la STS 223/2019, de 29 de abril y la STS 442/2019, de 8 de octubre se ve desestimado el fundamento del agravante por entenderse que no había prueba que avalase el componente fáctico que se requiere (un caso parecido al anterior en donde el marido intentó matar a su mujer por las desavenencias ocasionadas por la separación, habiéndole proferido graves amenazas de muerte).

En la STS 1664/2020, de 28 de mayo⁸⁹ se refleja en los hechos probados que “durante el curso de esa relación, el encausado, además de controlar el teléfono móvil así como las amistades que mantenía la señora M. y la forma en la que se vestía o maquillaba, la ha agredido, de forma sistemática, mediante patadas y puñetazos y valiéndose de palos de escoba, asimismo la amenazaba con “reventarla” y “matarla” y la insultaba diciéndole que era

⁸⁷ LAURENZO COPELLO, P., “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Revista Jueces para la democracia. Información y Debate*, ISSN 1133-0627, número 34, 1999, pág. 19.

⁸⁸ STS 67/2019, de 15 de enero, nº resolución 707/2018, nº recurso 10353/2018. Ponente Andrés Palomo del Arco.

⁸⁹ STS 1664/2020, de 28 de mayo, nº resolución 257/2018, nº recurso 3207/2018. Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

una “guarra”, una “puta”, una “zorra” y que “no valía para nada””, ejemplo claro donde se aplica el agravante de género.

Respecto a una sentencia netamente de carácter sexual⁹⁰ por existir una agresión sexual, otro delito de lesiones y un robo con violencia e intimidación en las personas, se hace alusión a que el legislador cuando tipificó el delito de violación no tomó en consideración el género. En este caso concreto los hechos se producen en un contexto de relaciones sexuales a cambio de un precio, sin embargo, el autor no pretendía retribuir en ningún momento los servicios, sumado además a un ataque violento para conseguirlo. Estos hechos perpetúan los tradicionales roles de dominación, de superioridad del varón sobre la mujer, cosificándola al tratarla como un mero objeto, con expresiones tales como “te enteras ya de cómo va esto”, bofeteándola y penetrándola anal y vaginalmente. En este caso el supuesto de humillación finaliza con la eyaculación en la boca de la víctima tras lo que le propina un puñetazo, ocasionando además del tipo de la violación, un acto de subyugación machista al someter sexualmente a la mujer que la reduce a un mero objeto para su desahogo sexual.

Refieren que el elemento subjetivo (es decir, el ánimo de dominación o humillación) no se requiere, sin embargo, sí que se requiere el elemento objetivo: que “prescindiendo de las razones específicas del autor, que los hechos sean una expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así efecto motivador” (FJ TERCERO).

La no dependencia del elemento subjetivo en la aplicación del agravante se refiere a dos justificantes de peso:

Primeramente, por cuestiones probatorias, y es que es realmente difícil demostrar que el fuero interno del autor se origine por una construcción social que genere un pensamiento de que la mujer sea inferior a él. Por la dificultad probatoria la acusación particular en muchos casos no la llega a solicitar, ya que hay que proponer medios de prueba que acrediten el ánimo de dominación del acusado como pueden ser: conversaciones telefónicas entre la víctima y el agresor, o entre víctima y familiares, testificales de amigos, del entorno de la víctima...

Y en segundo lugar porque estaríamos ante un Derecho penal de autor en el que se agravaría la responsabilidad penal en función de la ideología o personalidad del autor del delito. Por lo que se tiene que sustentar la conducta de superioridad frente a la mujer por el hecho de ser mujer en circunstancias objetivas y en acciones externas.

⁹⁰ STS 444/2020, de 14 de septiembre, nº resolución 2904/2020, nº recurso 10098/2020. Ponente Ana María Ferrer García

El TS así lo ha entendido en su STS 3757/2018 al denominar como “sometimiento continuado” el que ejerce el autor sobre la víctima, anulando su voluntad que queda reflejada en su intención (someterla por razón de su género), pero la forma de demostrarlo será por los hechos sucedidos en el contexto de dominación y no así en su fuero interno.

Finalizando este repaso jurisprudencial, la STS 458/2021, de 3 de noviembre⁹¹ mantiene que el derecho penal es de hecho, y no así de autor, ya que no puede juzgar únicamente los pensamientos, pero que sin embargo “las acciones son más reprochables cuando se cometen y justifican por un motivo abyecto, como lo es perpetrar el delito por (...) razones de género”. En esta sentencia se aplica la agravante al considerar que existe una motivación discriminatoria en su conducta ya que agredió a la víctima “por ser mujer y con intención de hacer patente su sentimiento de superioridad.

Es importante destacar que la práctica de la prueba para demostrar que concurre dicha circunstancia genérica tiene dificultades, ya que hay que acreditar la intención de cometer el delito contra la mujer, por el mero hecho de ser mujer y como acto machista, por lo que hay que tener prudencia en su aplicación y que sea determinante para cometer el delito, ya que si no se estarían vulnerando los derechos del acusado. Y es que si en todo acto sexual in consentido, tanto abuso como agresión, está implícito el desvalor de cosificar o de anular la voluntad de la víctima, no tiene porqué responder a motivaciones de género, y es que esta última requiere algún componente descriptivo y acreditado que justifique su aplicación, y es que cabría plantearse, dice la Sentencia 96/2018 Sección 2ª AP de Castellón de 15 de marzo, si es inherente al tipo penal de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, porque entonces conforme al art. 67 CP no debería ser aplicada dicha agravante.

En la SAP de Badajoz 5/2018, de 5 de febrero por ejemplo se detallan como pruebas: haber sido condenado por algún delito de violencia de género, que haya testigos que señalen el carácter agresivo y machista del autor, y el control coercitivo al que sometía a la víctima.

En la instrucción y enjuiciamiento de los delitos donde se aplica el agravante, es importante la colaboración de terceros ajenos al proceso (familiares, personas cercanas, amigos...) que puedan aportar información directa y útil a la hora de ponderar la aplicación de la agravante, lo que servirá también como indicador para establecer las medidas de protección necesarias a favor de la víctima.

⁹¹ STS 458/2021, de 3 de noviembre, nº resolución 571/2020, nº recurso 10427/2020. Ponente Julián Sánchez Melgar. FUNDAMENTO JURÍDICO QUINTO.

Conforme al estudio mayoritario de las sentencias referidas, las penas accesorias que más se imponen en las sentencias condenatorias son de prohibición de aproximación y comunicación a las víctimas o perjudicados (en un 80% de las sentencias con esta agravante se aplica dicha pena accesoria) (*ANEXO III*).

Para concluir respecto a este agravante de género, se debe tener en cuenta que es incompatible con la agravación específica de los artículos vinculados con la violencia de género y otros tipos penales donde ya se aprecia la razón de género, tipos introducidos por la referida LO 1/2004, donde se vulneraría la prohibición *non bis in ídem* ya que supondría penalizar al autor por un mismo hecho (el ánimo de mostrar la superioridad del hombre frente a la mujer por el mero hecho de serlo): arts. 148.4º, 153.1, 171.4, 172.2 CP; vulneraría igualmente su aplicación en los arts. 510, 511 y 512 CP, ya que detallan expresamente en su articulado “por razones de género”.

4 PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL Y MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL.

Se va a acometer una reforma del texto penal que afecta a los delitos contra la libertad sexual mediante la que será la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual (ya que aún es todavía Proyecto de Ley Orgánica). Esta reforma se ha hecho necesaria por el constante y preocupante incremento de las agresiones sexuales⁹² que evidencian un problema estructural que sufre nuestra sociedad como son las conductas de dominio.

Dicha L.O. recoge de forma integral medidas respecto a la prevención y detección de violencias sexuales, la formación de profesionales, y concretamente la atención a las víctimas para que promuevan su autonomía y se les facilite el acceso a la justicia y a la reparación. Una cuestión importante que se intenta abordar en esta reforma es la revictimización: mientras que la victimización primaria es la consecuencia derivada de un delito, la victimización secundaria o revictimización es la respuesta que da el sistema a una víctima, reviviendo la situación traumática y asumiendo nuevamente su papel de víctima. Con esta L.O. se intenta dar solución modificando el art. 709 CP en cuanto a que “el Presidente podrá adoptar medidas para evitar que formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada, en particular a la indemnidad sexual, que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado.”

De igual forma, se modifica el art. 83 apartado segundo CP para establecer la obligación de imponer en la pena asistencia a programas de reeducación cuando se acuerde la medida de suspensión de la ejecución, además de acordarse en todo caso la prohibición de acercamiento a la víctima y su entorno y la prohibición de residir. Otra medida que es importante reseñar es la inclusión de ayudas económicas del art. 36 y 40 de la presente ley con cargo a los Presupuestos Generales del Estado en donde la forma de acreditar que una víctima lo ha sido de un delito contra la libertad sexual será por medios tales como una resolución judicial que declare la existencia de violencia sexual, no necesariamente una sentencia condenatoria, informes del Ministerio Fiscal donde existan indicios de violencia, informes de los servicios sociales, de servicios especializados, o por cualquier otro título siempre que esté previsto en la legislación sectorial que regule el acceso a cada uno de los derechos y los recursos.

⁹² Según el Balance de Criminalidad presentado por el Ministerio del Interior a finales de 2021, pág. 2, se han incrementado en un 9,2% las agresiones sexuales.

Centrándonos en el objeto del presente trabajo, las modificaciones de mayor importancia y trascendencia que se van a realizar en la reforma del CP son respecto al consentimiento y a la modificación y eliminación de los tipos penales de la agresión y abuso sexual.

El Título VIII cambiará su nomenclatura a “Delitos contra la libertad sexual”, eliminando por tanto todo término referente a la indemnidad sexual.

4.1 Unificación de los abusos en las agresiones sexuales.

En la actualidad y con el presente CP, el delito de agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, ya sea de forma violencia o intimidatoria, mientras que, en el delito de abuso sexual, el consentimiento se obtiene de forma viciada o aprovechándose del estado de incapacidad de la víctima para obtener dicho consentimiento.

Tras la sentencia de La Manada hubo multitud de reacciones populares contra la misma que pusieron en el centro del debate la regulación actual de los delitos contra la libertad sexual, en concreto las agresiones sexuales y los abusos. El debate se produjo, no tanto por la pena a imponer, sino por la denominación: que (solo) se denominase “abuso sexual” y no “violación”. Hay autores que abogan por la eliminación del término “violación” tal y como hizo el CP español de 1995 hasta el año 1999 para acercar el CP a los destinatarios, y es que las reformas normativas en un tema como el presente responden a tensiones político-criminales que distan de estar resueltas en nuestras sociedades contemporáneas⁹³, especialmente desde la segunda ola del feminismo en la década de 1960, hasta la actualidad, donde se dio vida a los movimientos sociales que lucharon por las transformaciones de la regulación penal en materia sexual.

Pues bien, el delito de violación con la presente reforma ya no se reservará a aquellos casos donde concurra violencia o intimidación, sin importar el empleo de determinados medios, sino que la gravedad del delito recaerá en la falta de consentimiento.

El artículo 178 CP relativo con anterioridad a las agresiones sexuales se reformula para absorber el antiguo art. 181 CP, que queda como sigue:

“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

⁹³ CARRASCO JIMÉNEZ, E., *Aspectos y problemas del delito de violación*. Librotecnia, 2010, pág. 12.

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”.

La ley elimina la distinción entre abuso y agresión, poniendo especialmente el foco en el consentimiento y no así en los medios o cómo se produzca el ataque contra la libertad sexual, en virtud de lo establecido en el Convenio de Estambul, y es que toda conducta sexual realizada sin consentimiento será en todo caso agresión sexual.

Llama la atención que en la nueva definición del nuevo delito de agresión sexual con referencia a la ausencia de consentimiento y al atentado a la libertad sexual incurre en cierta redundancia, y es que si hubiera consentimiento no habría atentado a la libertad sexual.

Cambia el articulado de “el que atentare contra la libertad sexual” a “cualquier acto que atente contra la libertad sexual”, lo que implica incluir actos que impidan manifestaciones de la libertad sexual en su faceta positiva, lo que no parece ser la voluntad del legislador que debería ser más preciso, por ejemplo, un padre que intenta impedir que su hija tenga relaciones sexuales. Y es que “proteger penalmente la libertad sexual en su vertiente positiva sería una novedad contraria al principio de ultima ratio del Derecho penal, así como a los principios de necesidad y proporcionalidad”⁹⁴. Así debería haberse precisado la fórmula en el carácter sexual del acto que se impone en lugar de una alusión abierta a la vulneración de la libertad sexual.

Esta reforma no amplía la intervención penal en los delitos contra la libertad sexual, sino que agrupa dos conductas que con anterioridad eran constitutivas de dos delitos distintos bajo

⁹⁴ CONSEJO DE ESTADO (2021). *Dictamen 393/2021 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la garantía integral de la libertad sexual*. Ministerio de Igualdad. Consideración Quinta del Título VIII.

un único tipo delictivo. El antiguo delito de agresión sexual se explicita en el art. 178 apartado segundo.

En el nuevo art. 178.2 CP nos encontramos ante dos tipos de conductas de contenido sexual con el empleo de violencia o intimidación, apelando en este último caso a las diferencias que ya ha indicado la jurisprudencia entre prevalimiento e intimidación (persuasión coercitiva) y admitiendo formas como la intimidación ambiental⁹⁵.

La inclusión del art. 178 apartado tercero CP es una medida orientada a mejorar la individualización judicial de la pena, en la medida que éstas se aproximan al tipo básico del abuso sexual cuando no concurren las circunstancias del nuevo art. 180 CP. Se atenderá a la menor entidad del hecho y a las circunstancias del autor. La circunstancia de que haga referencia a un concepto jurídico indeterminado como es “menor entidad del hecho” deja al Tribunal en una posición donde realizar múltiples y variadas interpretaciones que pueden ocasionar problemas de seguridad jurídica y disparidad de criterios entre los diferentes Tribunales.

El artículo 179 CP relativo con anterioridad al agravante de la agresión sexual por violación, queda así:

“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 cuatro a doce años”.

En este apartado sorprende que se siga manteniendo el término latino “reo” cuando podría utilizarse el concepto más moderno de “responsable” como así hace en el art. 178 CP. Además, se ha ampliado la penalidad, que se situaba de 4 a 10 años de prisión y se ha aumentado al rango de 4 a 12 años de prisión. Se realiza un endurecimiento de las penas que, a largo plazo, no resulta ser un disuasivo para la comisión de actos delictivos⁹⁶; siendo, además, una pena que se acerca hasta rangos similares del tipo delictivo del homicidio del art. 138 CP (de hasta 15 años de prisión frente a los 12 del nuevo tipo de agresión sexual). No es conveniente agravar incesantemente su firmeza, el sistema de control social formal, es decir,

⁹⁵ MAGRO SERVET, V., “Análisis comparativo acerca de la inminente reforma del Código Penal en los delitos contra la libertad sexual”, *DIARIOLALEY*, 2021 (disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2021/07/09/analisis-comparativo-acerca-de-la-inminente-reforma-del-codigo-penal-en-los-delitos-contra-la-libertad-sexual> ; fecha de acceso 26.01.2022).

⁹⁶ CAVADA HERRERA, J.P., “Efectos el agravamiento de las penas frente a la comisión de delitos”. *Departamento de Estudios extensión y publicaciones*, número de enero, 2018.

el sistema penal, es limitado y su severidad no quiere decir que sea eficaz, como su fracaso no viene dado necesariamente por el incremento de las tasas de criminalidad.⁹⁷

El artículo 180 CP que tenía un rango de 5 a 10 años para las agresiones del art. 178 y de 12 a 15 años para las violaciones, se cambia de 2 a 8 años para el nuevo tipo de agresiones y de 7 a 15 años para las violaciones. Estableciendo novedades en las circunstancias agravantes específicas:

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

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.

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 181.

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.

5.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.

6.ª Cuando el responsable 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 lo dispuesto en el artículo 194 bis.

7.ª 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”.

La inclusión del apartado 4ª respecto a que la víctima sea o haya sido “esposa o mujer” se aparta del Convenio de Estambul que se refiere al “cónyuge o persona”; además, y en palabras del Consejo de Estado, no es correcto el carácter automático de esta agravación, que ya en el Convenio de Estambul se configura solo como una circunstancia potestativa, una función que ya viene cumpliendo la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP. Así esta

⁹⁷ ZAVALA VAN OORDT, L., “El derecho penal simbólico y la ineficacia del estado de emergencia constitucional para combatir la criminalidad”. *Dialnet*, número 33, 2017. Pág. 131.

agravante crea una excesiva rigidez, sin que se pueda adaptar a las circunstancias del caso concreto.

No se puede descartar la aplicación del agravante del art. 22.4 CP ya que el agravante específico que recoge es de la pareja o ex pareja, pero no la agravante de género en supuestos de agresión sexual a la mujer por el mero hecho de serlo (actos de dominación o machismo del hombre a la mujer), y no por el hecho de ser pareja o expareja. Habrá que probar la conducta del hombre como manifestación objetiva de discriminación hacia la mujer, evidenciando el delito “una relación machista, de grave y arraigada desigualdad social” (STS 591/2019) tal y como hemos reseñado en apartados anteriores.

En cuanto apartado 5º respecto al agravante por prevalimiento de convivencia, superioridad o parentesco, habrá que tener cuidado para evitar el *non bis in idem* con el art. 178.2, y es que ya se contempla en el tipo básico el “abuso de una situación de superioridad”.

Lo que supone realmente un avance es la introducción del apartado 7º al incluir la sumisión química con finalidad sexual como un supuesto agravado de agresión sexual en vez de ser un delito de abuso sexual tipificado en el art. 181.2CP⁹⁸. En el tipo básico el autor se aprovecha de la debilidad de la víctima para tener esa relación sexual, lo que cualifica esa agresión sexual es el aprovechamiento de ese estado que priva a la víctima a prestar el consentimiento; no siendo preciso que haya sido el autor quien le haya suministrado esos fármacos, sino que solo necesita “aprovecharse” de esa situación. Estaríamos ante el agravante del apartado 7º únicamente en el supuesto de también se los hubiera suministrado, lo cual puede originar un problema de prueba, y es que se tendrá que acreditar el origen de ese instrumento (fármaco, drogas, bebida...) para anular la voluntad de la víctima.

La reforma ha optado por un sistema de penas proporcional y progresivo, ateniendo a la gravedad y que dé respuesta a los diferentes hechos que puedan ocurrir. Recogerá desde las agresiones más leves como pueden ser tocamientos sorpresivos de desconocidos por vía pública, hasta los casos más graves como la violación o de actuación conjunta. Este marco penológico impondrá penas que irán desde la multa hasta penas de prisión de 12 años para violaciones agravadas y de hasta 15 años cuando concurren dos agravantes. Aunque en la práctica cada conducta contra la libertad sexual obtendrá una respuesta penal ajustada a los hechos, no se diferenciará el tipo penal conforme a su gravedad y todo acto contra la libertad sexual deberá ser considerado como “agresión”.

⁹⁸ Y es que el 66,7% de los delitos de las sentencias estudiadas por el CGPJ del TS del año 2020 en los delitos sexuales fueron cometidas bajo influencia de alcohol y/o drogas. (ANEXO I).

La cuestión que nos debemos plantear es si esta escala de ponderación de la gravedad es adecuada para valorar estos hechos. En esencia la pregunta es ¿se debería tener en cuenta la fuerza que ha empleado el autor para anular a la víctima? O, por el contrario, ¿se debería tener en cuenta como ponderación únicamente si ha consentido o no?

Si bien el término “violencia o intimidación” es una forma muy subjetiva de interpretar los hechos y puede dar lugar a equívocos como en la sentencia de La Manada que en un primer momento no entendieron que hubiese, se rectificó mediante la inclusión de la “intimidación ambiental”, la cual se ha detallado jurisprudencialmente y objetivado creando mayor seguridad jurídica en estos términos. Uno de los argumentos a favor de la eliminación de la violencia e intimidación es que en parte la ponderación de la gravedad del hecho recae en la víctima, dependiendo de su conducta, de si se resiste o no; sin embargo, el TS ya fijó en su reciente STS 882/2020⁹⁹ que no se puede admitir como alegato que “la actitud de la víctima” justifique en modo alguno los actos de agresión sexual de ninguna forma, ni “su forma de vestir o actuar”¹⁰⁰, en palabras del magistrado: “3- La decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin. 4.- Si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que "no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer", sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas (...). 5.- Las interpretaciones subjetivas del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de ésta última”.

Como se puede observar en la jurisprudencia actual, a pesar de que la violencia o la intimidación sea un criterio de ponderación, en ninguno de los actuales delitos contra la libertad sexual existe el consentimiento de la víctima: ya sea porque la víctima no lo da o porque el mismo está viciado. La motivación de esta reforma es por ser prácticamente una forma de protección indirecta hacia la mujer, y es que las formas mayoritariamente ejercidas de violencia son del hombre hacia la mujer, y esta reforma donde se centra en el consentimiento y no tanto en la capacidad de resistencia o de qué método utilicen frente a la

⁹⁹ STS 882/2020, de 14 de mayo, nº resolución 145/2020, nº recurso 10613/2019. Ponente Vicente Magro Servet.

¹⁰⁰ FJ SEGUNDO, apartado trece

víctima es una capacidad defensiva que se le otorga a la mujer; por lo que poner el consentimiento en el centro del tipo penal hace que la mujer pueda reafirmar su voluntad frente al autor. Se podría pensar por ello que centrando el debate en el consentimiento ya no existen dificultades, sin embargo, esto no es así como veremos en el siguiente epígrafe. Por ello, la figura del consentimiento que están intentando traer es importante, un consentimiento que debería ser libre, informado, específico y reversible.

4.2 Redefinición del consentimiento.

Hemos de hacer una especial mención al consentimiento, que es la figura central que rodea toda la reforma y que en definitiva es lo que determina el tipo. Se considera por tanto que existe agresión sexual siempre que no haya consentimiento en el acto sexual.

En el apartado 33 de la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, sobre la Estrategia de la Unión Europea para la Igualdad de género (2019/2169(INI)) se pide a la Comisión “medidas más enérgicas en relación con la legislación sobre delitos sexuales, y subraya que el sexo siempre debe ser voluntario; pide recomendaciones a la Comisión para que todos los Estados miembros para que modifiquen la definición de violación en su legislación nacional de forma que se base en la ausencia del consentimiento”¹⁰¹.

Es un modelo importado en otros países como Gran Bretaña o Suecia¹⁰² donde existe el denominado “yes modelo”. El anteproyecto que presentaron de esta reforma utilizaba una definición negativa de ausencia del consentimiento (“Se entenderá que no hay consentimiento cuando no se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara e inequívoca la voluntad de la persona”), lo que resultaba una doble negación que tuvo más críticas que alabanzas, y es que resultaba algo oscura su definición.

Así en el Proyecto se ha establecido de forma más clara recurriendo a una definición positiva y que se acerca al modelo establecido en el art. 36.2 del Convenio de Estambul que cita así: "El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre

¹⁰¹ Parlamento Europeo (2021). *La stratégie de l'Union en matière d'égalité entre les femmes et les hommes (Procédimento 2019/2169 (INI))*, extraído de la página web https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0025_ES.html. Bruselas, Parlamento Europeo, apartado 33.

¹⁰² En Inglaterra y Gales se aplica la Sexual Offences Act 2003 en donde la prestación del consentimiento se define en sentido positivo con referencia a la libertad y capacidad de la persona: “74. For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice”.

arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes". La argumentación en torno a este modelo de "solo sí es sí" se centra en reafirmar que actitudes como el silencio o la pasividad no implica consentimiento, que el no mostrar una resistencia no debe ser una excusa para actuar contra la voluntad de la víctima, y pretende así evitar dejar indefensas a aquellas mujeres que no llegan a manifestar expresamente su oposición.

Sin embargo esta nueva formulación del consentimiento no se aleja mucho en la práctica de los criterios jurisprudenciales interpretativos que se estaban siguiendo en relación a la "intimidación ambiental" o el consentimiento viciado en los abusos sexuales; e incluso en la jurisprudencia del TS (STS 2200/2019¹⁰³) ya se expresa que "el silencio de la víctima solo se puede interpretar como una negativa" al igual que en el sentido de que no es necesaria una "actitud heroica para que los agresores adviertan la negativa de la víctima a mantener relaciones sexuales"

El tipo exige que el consentimiento se tiene que vislumbrar mediante actos, gestos, expresiones o manifestaciones que hagan ver al sujeto que la otra parte "expresa de manera clara la voluntad", o sea, que consiente el acto sexual. De ahí que no quepa la presunción o deducción de consentimiento del autor, derivándose de ello que el silencio no puede entenderse como consentimiento.

El TS ya ha expresado que el hecho de haber aceptado la mujer en anteriores ocasiones y que hayan mantenido relaciones sexuales previas consentidas no sirve de consentimiento tácito para las posteriores.

Esta falta de consentimiento como elemento central del tipo es algo habitual en nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo en el art. 197 CP del delito contra la intimidad y revelación de secretos. Lo que deviene es la dificultad probatoria en cuanto a discutir la existencia o no del consentimiento que convertiría la conducta en perfectamente legítima. Todo ello tiene que conseguirse probar sin que la carga de la prueba se invierta, además de que no se puede infringir el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Por ello el problema más relevante con esta definición es de naturaleza probatoria, tal y como expresa la ya referida STS 44/2021, de 26 de mayo.

A pesar de partir siempre de la presunción de inocencia, se debe recordar que la sola declaración de la víctima sirve de prueba bastante para el tribunal como en apartados anteriores se ha referido se procede a realizar "el triple test" para valorar la fiabilidad del

¹⁰³ STS 2200/2019, de 4 de julio, nº resolución 344, nº recurso 396/2019. Ponente Susana Polo García. Caso La Manada. Pág. 49.

testigo-víctima, y si el tribunal llega a la convicción y de forma motivada lo razona, podrá desvirtuar la presunción de inocencia del acusado (STS 2136/2021¹⁰⁴, así como la doctrina del BGH o Tribunal Federal de Justicia Alemana). Así la víctima deberá acreditar conforme al caso concreto que no hubo actos exteriores, concluyentes e inequívocos que implicaran su consentimiento.

Con el modelo vigente del CP, el TS ya se expresó sobre el consentimiento expreso de la víctima en los delitos contra la libertad sexual en su ya referida STS 882/2020:

“1.- La decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin.

2.- Si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que «no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer», sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas, que es lo que aquí ocurrió con la presencia de los tres recurrentes.

3.- 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”.

Estudiando la jurisprudencia se puede observar cómo ya se exigía de manera esencial el consentimiento como base para la aplicación de los delitos contra la libertad sexual, y por lo tanto no se protege a la víctima más que con la anterior regulación.

¹⁰⁴ STS 2136/2021, de 19 de mayo, nº resolución 224/2021, nº recurso 10753/2021. Ponente Ángel Luis Hurtado Adrián.

5 CONCLUSIONES.

Si bien una sociedad igualitaria y respetuosa como en la que la mayor parte del tiempo creemos convivir no serían necesarios estos debates y estudios, lo cierto es que en la actualidad los delitos sexuales, y más concretamente los delitos sexuales contra las mujeres y los menores, son una grave lacra social.

A pesar de ser considerado como un tema tabú del que hablar durante muchos años y, menos aún, del que denunciar tanto para las víctimas como para el resto de la población, lo cierto es que, por el mero hecho de visibilizarlo, las denuncias por violencia sexual han aumentado un 138% en España en los últimos 30 años. Como sociedad estamos empezando a cuestionarnos el porqué de este tipo de delitos, la profunda raíz de desprecio hacia la otra parte que se esconde en esta tipología delictiva y que por ello debe regularse y legislarse de acuerdo con la gravedad y seriedad que le acompaña. Sin embargo, esta regulación no debe hacerse a golpe de grito social, sino que debe realizarse ofreciendo una seguridad jurídica plena a ambas partes del proceso que garantice sus derechos.

Ninguna persona, pero especialmente ninguna mujer por el mero hecho de serlo, debería preocuparse por si es agredida cuando sale en la noche, por si está en una casa donde no conoce a todo el mundo, por cómo vista o simplemente el tener que echar un vistazo atrás mientras anda por ese miedo interno que se ha creado de generación en generación por la producción y reproducción de la violencia sexual, y es que la solución no va acompañada de generar miedo en las posibles víctimas para que se protejan, sino educar a los potenciales agresores para que no delinca. Lo penal es siempre negativo y traumático por sus efectos, de ahí que se intente garantizar el principio de intervención mínimo. El crimen no es un problema meramente individual, sino que es una grave aflicción social, de ahí que no se deba legislar a base de punición únicamente, sino que se debe reconocer la prevención del crimen con educación, la resocialización del criminal con programas reeducativos sexuales y, desde luego, ofrecer una reparación a la víctima del daño causado.

Y es que el daño que se causa en la víctima es distinto a otros delitos, cuando hay violencia sexual se generan connotaciones diferentes derivadas de su importancia que tienen un impacto muy profundo en la salud tanto física como mental, a corto y largo plazo, ocasionando un trastorno en la vida de la víctima. Por ello las instituciones tienen el deber de, además de hacer un esfuerzo legislativo, instaurar la necesaria y diligente formación respecto a la perspectiva de género para que se aplique de forma efectiva en las diferentes instancias públicas y en las interpretaciones judiciales.

Una vez estudiada toda la configuración legislativa y jurisprudencial de los delitos sexuales se puede llegar a la conclusión de que existe una protección garante y efectiva a la víctima, en especial en los últimos años con el avance en las interpretaciones judiciales en torno al género. La primera jurisprudencia en torno a estos delitos no pretendía proteger a la víctima en absoluto, sino que amparaba a la propia familia, al hombre y al honor. Conforme se fue avanzando en derechos el legislador redactó de forma neutra un delito que con anterioridad castigaba a la mujer, lo que supuso un gran avance, pero la realidad de la sociedad no se veía amparada en los términos jurídicos que el legislador dio tales como “consentimiento”, “intimidación” o “violencia”, y tuvieron que ser los tribunales los que perfilaran con claridad y hasta la actualidad las diferentes formas de violencia que se pueden ejercer, y más importante aún, se observa en las sentencias un avance en torno a la perspectiva de género, intentando asentar jurisprudencialmente que el problema en torno a la violencia sobre la mujer no es meramente por la diferencia en los rasgos biológicos o sexuales, sino que existen unas diferencias creadas por constructos sociales que hacen creer a parte del género masculino que la mujer es inferior por el mero hecho de ser mujer.

Por esas diferencias creadas que hacen que la mujer forme parte de un grupo de discriminación, junto con otros grupos como son las personas de otra raza, de otra identidad sexual o incluso de otra religión, el legislador ha incluido de forma eficaz en su art. 22.4 CP un mecanismo que así lo reconozca, sin embargo, en la práctica se ha visto poco utilizado por la dificultad probatoria que conlleva.

La sociedad ha creído que, por una serie de sentencias polémicas en torno a la víctima y las agresiones sexuales, se debe reconsiderar la tipología penal que rodea a los delitos contra la libertad sexual y es que consideran que el sistema, y por tanto la justicia, sigue siendo patriarcal en detrimento de las mujeres. Sin embargo, la nueva reforma motivada por el clamor popular se ha desarrollado como un mero derecho simbólico, orientado a calmar a una sociedad que únicamente se ha centrado en la denominación del tipo delictivo (violación, abuso, agresión...) y no realmente en lo que implican los términos jurídicos a efectos prácticos.

Esta reforma afectará a la seguridad jurídica, a los derechos procesales del acusado y a todo el procedimiento judicial; y es que con esta redacción legislativa no se protege realmente mucho más a la víctima porque, si se aplica con corrección y atendiendo a criterios interpretativos objetivos, ésta tendrá que demostrar con el mismo ahínco que con anterioridad que su palabra es cierta: si antes tenía que demostrar que se había resistido para demostrar la agresión sexual o que no consintió en el abuso sexual, puesto que la falta de

consentimiento ya se entendía per se incluido en el tipo, ahora tendrá que demostrar únicamente que no dio consentimiento, sin importar realmente el medio comisivo, algo más difícil de probar y que crea más inseguridad jurídica en la figura del acusado, que puede sentir mermado su derecho de defensa ante una posible inversión de carga de la prueba.

6 BIBLIOGRAFÍA.

6.1 Libros y revistas.

1. ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas*. Madrid, Editorial Reus, 2019.
2. ACALE SÁNCHEZ, M., *Discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*. Madrid, Editorial Reus, 2006.
3. ALONSO ÁLAMO, M., *Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género*. CPC, 2008.
4. AVILÉS PALACIOS, L., "Justicia con perspectiva de género. Por qué y para qué". *Boletín De La Comisión De Violencia De Género. Juezas Y Jueces Para La Democracia*, número 5, 2018 (disponible en <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2018/02/BOLETIN-VDG-N5-2018.pdf>; fecha de consulta 1.01.2022).
5. BORJA JIMÉNEZ, E., *La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4ª*, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
6. CARRASCO JIMÉNEZ, E., *Aspectos y problemas del delito de violación*. Editorial Librotecnia, 2010.
7. CARUSO FONTAN, M., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2006.
8. CAVADA HERRERA, J.P., "Efectos el agravamiento de las penas frente a la comisión de delitos". *Departamento de Estudios extensión y publicaciones*, número de enero, 2018.
9. CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, "El Supremo obliga a repetir un juicio por violación porque no se aplicó la perspectiva de género", *DIARIOLALEY*, 2021 (disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDAytDA2MrJQK0stKs7Mz7M1AooYGhqZgAQy0ypd8pNDKgtSbdMSc4pTAWaB-WU1AAAAWKE>; fecha de acceso 07.01.2022).
10. DE ROSA TORNER, F., "Anteproyecto de Ley Montero del "sí es sí": Una iniciativa legislativa deficiente y equivocada", *CONFILLEGAL*, 2021 (disponible en <https://confilegal.com/20210301-anteproyecto-de-ley-montero-del-si-es-si-una-iniciativa-legislativa-deficiente-y-equivocada/>; fecha de consulta 13.01.2022).
11. DÍAZ LÓPEZ, J., A., "La reforma de la agravante genérica de discriminación", *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid*, 2015 (disponible en

- <https://litigacionpenal.com/reforma-agravante-generica-discriminacion/>; fecha de consulta 31.01.2022).
12. FARALDO CABANA, P., ACALE SÁNCHEZ, M., RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M., *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2018.
 13. GAVILÁN RUBIO, M., “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la reciente jurisprudencia”. *Revista De Derecho, Empresa Y Sociedad (REDS)*, número Enero-Junio, ISSN: 2340-4647, 2018.
 14. GOENAGA OLAIZOLA, R., “Delitos contra la libertad sexual”. *Revista Eguzkilo*, número extraordinario 10, nº 95-120, 1997, pág.1.
 15. GÓMEZ CONESA, A., “Análisis crítico del agravante por razones de género del art. 22.4 CP”, *DIARIOLALEY*, 2021 (disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/07/20/analisis-critico-del-agravante-por-razones-de-genero-del-art-224-cp>; fecha de consulta 24.01.2022).
 16. GUTIÉRREZ MAYO, E., “¿Son compatibles la circunstancia agravante de género y la circunstancia mixta de parentesco respecto de unos mismos hechos?”, *LEFEBVRE*, 2018 (disponible en <https://elderecho.com/compatibles-la-circunstancia-agravante-genero-la-circunstancia-mixta-parentesco-respecto-unos-mismos-hechos>; fecha de consulta 31.01.2022).
 17. IBERLEY, “Primera condena en España por «stealthing»”, *IBERLEY*, 2019 (disponible en <https://www.iberley.es/noticias/primera-condena-espana-stealthing-29578> ; fecha de consulta 12.12.2021).
 18. LAURENZO COPELLO, P., “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Revista Jueces para la democracia. Información y Debate*, ISSN 1133-0627, número 34, 1999, pág. 19.
 19. LOPEZ MARCHENA, M., “Análisis de la evolución jurisprudencial sobre los tocamientos fugaces en el delito de abuso sexual”, *IBERLEY*, 2021 (disponible en <https://www.iberley.es/revista/analisis-evolucion-jurisprudencial-sobre-tocamientos-fugaces-delito-abuso-sexual-551>; fecha de consulta 15.11.2021).
 20. MACHADO RODRÍGUEZ, C., “El consentimiento en materia penal”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Volumen XXXIII, número 95, julio-diciembre, 2012, págs. 29-49.
 21. MAGRO SERVET, V., “Análisis comparativo acerca de la inminente reforma del Código Penal en los delitos contra la libertad sexual”, *DIARIOLALEY*, 2021 (disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/07/09/analisis-comparativo-acerca-de-la-inminente-reforma-del-codigo-penal-en-los-delitos-contra-la-libertad-sexual> ; fecha de acceso 26.01.2022).

22. MAGRO SERVET, V. "Análisis de la Doctrina Jurisprudencial reciente en violencia de género". *Diario La Ley, Sección Dossier, Wolters Kluwer*, número 9278, 2018, págs. 12-13.
23. MORA DÍEZ, P., "El ánimo lascivo como elemento subjetivo del tipo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual", *SEPIN*, 2021, (disponible en https://blog.sepin.es/2021/09/animo-lascivo-elemento-delitos-libertad-indemnidad-sexual/#_ftnref2; fecha de consulta 14.01.2022).
24. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Editorial Tirant lo Blanch, 2015.
25. MUÑOZ CONDE, F. y LÓPEZ PEREGRÍN, M., *Derecho penal. Parte General*. 22 edición, Madrid, Tirant lo Blanch, 2021.
26. OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N., *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, 1ª edición, Madrid, Editorial Iustel, 2019.
27. ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
28. OTAZUA ZABALA, G. Y GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNOUD, A., *Justicia en clave feminista. Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial*. País Vasco, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2021.
29. PÉREZ HERNÁNDEZ, Y., "Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género". *Revista Mex. Social*, Volumen 78, número 4, octubre-diciembre, 2016 (disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032016000400741; fecha de consulta 11.12.2021).
30. SÁNCHEZ MELGAR, J., *Derecho Penal 2021*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2021.
31. ZAVALA VAN OORDT, L., "El derecho penal simbólico y la ineficacia del estado de emergencia constitucional para combatir la criminalidad". *Dialnet*, número 33, 2017, pág. 131.

6.2 Informes de expertos.

1. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2018). *Análisis de aplicación de la agravante por razón de género en sentencias dictadas entre 2016 y mayo de 2018*. Grupo de expertos en violencia doméstica y de género del CGPJ.
2. CONSEJO DE ESTADO (2021). *Dictamen 393/2021 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la garantía integral de la libertad sexual*. Ministerio de Igualdad.
3. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA (2020). *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual*. Publicaciones CES.

4. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2021). *Estudio sobre sentencias del Tribunal Supremo dictadas en 2020 por delitos contra la libertad sexual*. Observatorio contra la violencia doméstica y de género.
5. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2021). *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual*. Secretaría General del Consejo General del Poder Judicial.
6. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2021). *Informe voto particular que formula la vocal Pilar Sepúlveda García de la Torre discrepante parcialmente a las conclusiones centesimocuarta, centesimoquinta, centesimosexta, centesimoséptima, y centesimonovena del informe sobre con el Anteproyecto de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual aprobado por unanimidad, en el punto I- 19 del orden del día del pleno de fecha 25 de febrero de 2021*. Vocalías del Consejo General del Poder Judicial.
7. MINISTERIO DE IGUALDAD. (2021). *Resumen ejecutivo de la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019*. Ministerio de Igualdad.
8. MINISTERIO DEL INTERIOR (2021). *Balance de Criminalidad*. Ministerio del Interior.
9. MINISTERIO DEL INTERIOR (2019). *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España*. Secretaría de Estado de Seguridad.
10. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (2002). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Washington D.C., OMS.
11. PARLAMENTO EUROPEO (2021). *La stratégie de l'Union en matière d'égalité entre les femmes et les hommes (Procedimiento 2019/2169 (INI))*, extraído de la página web https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0025_ES.html. Bruselas, Parlamento Europeo.

6.3 Páginas web.

1. ÁLVAREZ, P., “Llega la ley de libertad sexual: el silencio no es un sí”, ELPAÍS, 2021 (disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-11-03/llega-la-ley-de-libertad-sexual-el-silencio-no-es-un-si.html>; fecha de consulta 01.02.2022).
2. ASOCIACIÓN MUJERES JUEZAS DE ESPAÑA, “La violencia sí tiene género: nuestro comunicado en el Día Internacional contra la Violencia Machista”, *Asociación Mujeres Juezas de España*, 2021, (disponible en <http://www.mujeresjuezas.es/2019/11/25/la-violencia-si-tiene-genero-nuestro-comunicado-en-el-dia-internacional-contra-la-violencia-machista/>; fecha de consulta 27.12.2021).
3. ASOCIACIÓN MUJERES JUEZAS DE ESPAÑA, “Sin perspectiva de género, el derecho penal no sirve a las mujeres”, *Asociación Mujeres Juezas de España*, 2021, (disponible en <http://www.mujeresjuezas.es/2021/02/08/sin-perspectiva-de-genero-el-derecho-penal-no-sirve-a-las-mujeres/>; fecha de acceso 08.02.2022).

4. BORRAZ, M., “Dos de las redactoras de la Ley de Libertad Sexual: Ha habido interés en trasladar que esto lo habían hecho cuatro locas”, *ELDIARIO.ES*, 2020 (disponible en https://www.eldiario.es/sociedad/entrevista_128_1041937.html; fecha de consulta 12.01.2022).
5. E. CUÉ, C., “La tensión por la ley de libertad sexual se recrudece incluso tras su aprobación”, *ELPAIS*, 2021 (disponible en <https://elpais.com/sociedad/2020-03-03/el-consejo-de-ministros-da-el-primer-paso-para-aprobar-la-ley-del-solo-si-es-si.html>; fecha de consulta 15.01.2022).
6. EUROPAPRESS, “El Consejo Fiscal avala el consentimiento expreso de la Ley de Libertad Sexual pero recomienda redactarlo en positivo”, *EL DERECHO-PENAL*, 2020 (disponible en <https://elderecho.com/el-consejo-fiscal-avala-el-consentimiento-expreso-de-la-ley-de-libertad-sexual-pero-recomienda-redactarlo-en-positivo>; fecha de consulta 13.01.2022).
7. EUROPAPRESS. “Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, *ELDERECHO*, 2021 (disponible en <https://elderecho.com/proyecto-de-ley-organica-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual>; fecha de consulta 13.01.2022).
8. HERRERA, E., “El Supremo ahonda en la perspectiva de género con dos sentencias que amplían el concepto de agresión sexual”, *ELDIARIO*, 2021 (disponible en https://www.eldiario.es/politica/supremo-ahonda-perspectiva-genero-sentencias-amplian-concepto-agresion-sexual_1_8002087.html; fecha de acceso 21.01.2022).
9. HIDALGO, M., “¿Qué es la nueva ley del "Consentimiento Afirmativo" y cómo afectará a los delitos de acoso o violación?”, *MUHIMU*, 2020 (disponible en <https://muhimu.es/violencia/ley-del-consentimiento-afirmativo/>; fecha de consulta 31.11.2021).
10. MÉDICOS DEL MUNDO “La violencia sexual es también violencia de género”, *Médicos del Mundo*, 2021 (disponible en <https://www.medicosdelmundo.org/actualidad-y-publicaciones/noticias/la-violencia-sexual-es-tambien-violencia-de-genero> ; fecha de consulta 24.12.2021).
11. PALOP, M., “La ley de libertad sexual nos sitúa en la vanguardia de Europa”, *ELDIARIO.ES*, 2020 (disponible en: https://www.eldiario.es/euroblog/libertad-sexual-situa-vanguardia-europa_132_1002064.html; fecha de consulta 12.01.2022).

6.4 Legislación.

1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281).
2. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313).

3. 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 201 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014, BOE-A-2014-5947).
4. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, (BOE núm. 77).
5. Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, de 26 de julio de 2021, (Boletín Oficial de las Cortes Generales número 121/62).
6. Proyecto de Ley Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad Autónoma de La Rioja, 24 de noviembre de 2021.

6.6. Jurisprudencia.

1. STC 258/2007, de 18 de diciembre, recurso de amparo nº 2670/2004.
2. STC Pleno 59/2008, de 14 de mayo, recurso de cuestión de inconstitucionalidad nº 5939-2005.
3. STS 5040/2004, de 12 de julio, nº resolución 939/2004. Ponente Francisco Monterde Ferrer.
4. STS 1397/2009, de 29 de diciembre, nº recurso 10722/2009. Ponente Adolfo Prego de Oliver Tolivar.
5. STS 1787/2013, de 12 de abril, nº resolución 305/2013, nº recurso 1532/2012. Ponente Julian Artemio Sánchez Melgar.
6. STS 355/2015, de 28 de mayo, recurso nº10014/2015. Ponente Candido Conde-Pumpido Touron.
7. STS 3621/2016, de 7 de julio, nº resolución 610/2016, nº recurso 10936/2015. Ponente Carlos Granados Pérez.
8. STS 5492/2016, de 19 de diciembre, nº resolución 957/2016, nº recurso 1137/2016. Ponente Andrés Palomo del Arco.
9. STS 861/2017, de 8 de marzo, nº resolución 147/2017, nº recurso 1647/2016. Ponente Luciano Varela Castro.
10. STS 1982/2017, de 19 de mayo, nº resolución 364/2017, nº recurso 1716/2017. Ponente José Ramón Soriano Soriano.
11. STS 247/2018, de 24 de may, nº recurso 10549/2017. Ponente Vicente Magro Servet.
12. STS 282/2018, de 13 de junio, nº recurso 10776/2017. Ponente Vicente Magro Servet.

13. STS 3164/2018, de 25 de septiembre, nº resolución 420/2018, nº recurso 10235/2018.
Ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.
14. STS 3757/2018, de 19 de noviembre, nº resolución 565/2018, nº recurso 10279/2018.
Ponente Julián Artemio Sánchez Melgar.
15. STS 67/2019, de 15 de enero, nº resolución 707/2018, nº recurso 10353/2018.
Ponente Andrés Palomo del Arco.
16. STS 216/2019, de 24 de abril de 2019, nº recurso 972/2018. Ponente Julian Artemio Sanchez Melgar.
17. STS 254/2019, de 21 de mayo de 2019, nº recurso 2611/2018. Ponente Vicente Magro Servet.
18. STS 2200/2019, de 4 de julio, nº resolución 344, nº recurso 396/2019. Ponente Susana Polo García. Caso La Manada.
19. STS 591/2019, de 26 de febrero, nº resolución 99/2019, nº recurso 10497/2018.
Ponente Luciano Varela Castro.
20. STS 719/2019, de 4 de marzo, nº resolución 107/2019, nº recurso 10521/2018.
Ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.
21. STS 1380/2019, de 25 de abril, nº resolución 217/2019, recurso nº 1653/2018.
Ponente Vicente Magro Servet.
22. STS 2673/2019, de 24 de julio, nº resolución 391/2019, nº recurso 10085/2019.
Ponente Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.
23. STS 311/2020, de 15 de junio, nº recurso 3777/2018. Ponente Eduardo De Porres Ortiz De Urbina.
24. STS 444/2020, de 14 de septiembre, nº resolución 2904/2020, nº recurso 10098/2020.
Ponente Ana María Ferrer García.
25. STS 882/2020, de 14 de mayo, nº resolución 145/2020, nº recurso 10613/2019.
Ponente Vicente Magro Servet.
26. STS 1664/2020, de 28 de mayo, nº resolución 257/2018, nº recurso 3207/2018.
Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
27. STS 64/2021, de 13 de enero de 2021, de la Sala de lo Penal; nº de recurso 891/2019.
28. STS 441/2021, de 10 de febrero, nº resolución 106/2021, nº recurso 1383/2019.
Ponente Ángel Luis Adrián Hurtado.

29. STS 2140/2021, 27 de mayo, nº resolución 454/2021, nº recurso 10238/2020. Ponente Vicente Magro Servet.
30. STS nº 447/2021, de 26 de mayo, nº procedimiento 3097/2019. Ponente Javier Hernández García.
31. STS 458/2021, de 3 de noviembre, nº resolución 571/2020, nº recurso 10427/2020. Ponente Julián Sánchez Melgar.
32. STS 908/2021, de 4 de marzo, nº resolución 201/2021, nº recurso 1184/2021. Ponente Ana María Ferrer García.
33. STS 1896/2021, de 6 de mayo, nº resolución 391/2021, nº recurso 10754. Ponente Julián Artemio Sánchez Melgar.
34. STS 2136/2021, de 19 de mayo, nº resolución 224/2021, nº recurso 10753/2021. Ponente Ángel Luis Hurtado Adrián.
35. STS 4148/2021, de 4 de noviembre, nº recurso 4725/2019. Ponente Susana Polo García.
36. STSJ ICAN 1/2017, de 7 de marzo. Ponente Gloria Poyatos Matas. Sala de lo Social.
37. STSJ M 2923/2020, de 26 de marzo, nº resolución 112/2020, nº recurso 31/2020. Ponente Francisco Jose Goyena Salgado.
38. STSJ ICAN 936/2021, de 27 de julio, nº recurso 867/2021. Recurso de suplicación. Ponente Gloria Poyatos Matas.
39. SAP Santa Cruz de Tenerife 1/2017, nº resolución 64/2017, nº recurso 90/2016. Ponente José Félix Mota Bello.
40. SAP de Cuenca 4/2018, de 6 de febrero.
41. SAP O 2703/2021, de 19 de julio, nº resolución 25/2021, nº recurso 10/2019. Ponente Alicia Martínez Serrano
42. SAP B 9346/2021, de 23 de julio, nº resolución 260/2021, nº recurso 12/2020. Ponente Miguel Ángel Ogando Delgado.
43. SJI Salamanca 1/2019, de 15 de abril, nº resolución 155/2019, nº recurso 37/2019. Ponente Juan Rollan García.