

# Alegato contra un derecho penal sexual identitario

José Luis Díez Ripollés

*Universidad de Málaga*

---

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Alegato contra un derecho penal sexual identitario. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-10, pp. 1-29.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-10.pdf>

RESUMEN: El artículo se ocupa de analizar dos recientes propuestas españolas de reforma de la regulación penal de los delitos sexuales, ambas impulsadas por grupos políticos del espectro político de izquierdas. El estudio atiende a los argumentos que aportan sobre la necesidad y sentido de las reformas propuestas, y a las más importantes modificaciones legales propuestas. Las dos iniciativas legislativas, aunque en distinta medida, reivindican la necesidad de una perspectiva feminista en la formulación legal de estos delitos. El autor realiza un análisis crítico del contenido de esos textos prelegislativos en la medida que son un nuevo paso en la configuración de un derecho penal identitario el cual antepone la protección de colectivos a la de individuos. A tales efectos, no respetan debidamente relevantes principios penales, simplifican o pasan por alto determinados fenómenos sociales, banalizan depuradas concepciones dogmáticas y, finalmente, se identifican con la política criminal tradicional en estos últimos años, la de exasperación de las penas.

PALABRAS CLAVE: Delitos sexuales, derecho penal identitario, feminismo penal, agresiones sexuales, exasperación de penas.

TITLE: **An argument against identitarian criminal law on sex crimes**

ABSTRACT: This paper analyzes two recent Spanish drafts on the reform of sex crimes criminal law, both promoted by leftist political parties. The study takes into account the rationales given for the need and meaning of the proposed legal modifications, as well as the main amendments tabled. Both legal initiatives claim in differentiated way for the necessity of a feminist perspective in the regulation of these crimes. The author proceeds to a critical analysis of those drafts, as he consider them a further advance in the building of a group-identity related or identitarian criminal law, which puts the protections of legal interests of certain groups ahead of those of individuals. Consistently, these drafts do not duly observe significant criminal law principles, simplify or overlook relevant social phenomena, trivialize refined jurisprudence terms and, finally, identify themselves with the current criminal justice policy focused on the aggravation of criminal sanctions.

KEYWORDS: Sex crimes, identitarian criminal law, penal feminism, sexual assaults, aggravation of sanctions.

Fecha de publicación: 30 junio 2019

Contacto: [ripolles@uma.es](mailto:ripolles@uma.es)

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. Justificación de las reformas. 3. Algunas decisiones básicas. 3.1. La aproximación o equiparación de las diferentes modalidades de atentado a la libertad. 3.2. La edad del consentimiento de los menores. 3.3. La configuración de los comportamientos sexuales. 3.4. Circunstancias de agravación. 4. Y... acabáramos. Las penas previstas. 5. Conclusiones.*

---

## 1. Introducción

El presente estudio aspira a valorar dos recientes propuestas de reforma de los delitos sexuales que han centrado su atención en las conductas de agresión y abuso sexual contenidas en los actuales artículos 178 a 183 quater del código penal.

La primera de ellas se contiene en una proposición de ley más amplia presentada por el Grupo parlamentario de Unidos Podemos y sus asociados que lleva por nombre *Proposición de ley de Protección integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales* (en lo sucesivo, Proposición), dada a conocer en su última versión oficial el 15 de octubre de 2018<sup>1</sup>.

La segunda consiste en un denominado *Anteproyecto de Ley orgánica de modificación del código penal para la protección de la libertad sexual de las ciudadanas y los ciudadanos* (en lo sucesivo, Anteproyecto), que responde a un encargo del Ministerio de justicia a la Sección penal de la Comisión general de codificación, y que esta entregó a su comitente, el Ministerio de justicia, a fines de 2018<sup>2</sup>.

Pretendo hacer una directa valoración de las propuestas de reforma contenidas en ambos documentos, sin perjuicio de hacer asimismo referencia, sin ánimo de exhaustividad, a algunos pronunciamientos doctrinales recientes sobre ellos o estrechamente relacionados con su contenido<sup>3</sup>.

## 2. Justificación de las reformas

2.1. La Proposición contiene una extensa Exposición de motivos, debido al amplio espectro de intervenciones públicas que pretende abordar la iniciativa legislativa. También recoge un Título preliminar en el que precisa el objeto y ámbito de aplicación de la ley propuesta, y formula algunos principios rectores y numerosas definiciones. A partir de esos materiales es fácil entresacar las ideas motrices que justifican las reformas que propone de los delitos sexuales.

El concepto de libertad sexual que asume puede deducirse de diversas referencias y de una definición expresa. Podemos intentar sintetizar todo ello diciendo que

<sup>1</sup> Véase el texto oficial completo en Boletín oficial de las Cortes generales. Congreso de los diputados. XII legislatura. Serie B. nº 318-1, 15 de octubre de 2018.

<sup>2</sup> Se dispone de texto con membrete del Ministerio de justicia, obtenido de miembros de la citada Comisión y distribuido entre expertos interesados.

<sup>3</sup> En gran medida formulados con motivo del debate doctrinal sobre la conocida como sentencia de La Manada dictada por la Sección segunda de la Audiencia provincial de Navarra el 20 de marzo de 2018.

estima que la libertad sexual es un derecho humano y bien jurídico especialmente relevante, que consiste en el derecho a ejercer la autodeterminación sexual actual o potencial. Es decir, la libertad de decidir sobre el ejercicio de la propia sexualidad, tanto en su esfera positiva como negativa, sin otro límite que el respeto a los derechos de terceros. Este derecho a la libertad sexual implica garantizar un derecho a la seguridad personal al elegir las experiencias sexuales de las que se quiere gozar, sin injerencias coactivas, discriminatorias o violentas de terceros, así como salvaguardar el libre desarrollo de la formación de la propia sexualidad<sup>4</sup>.

En ese contexto, considera la violencia sexual una manifestación de la violencia machista, de modo que la violencia sexual no es un fenómeno individual ni coyuntural, sino social y estructural. Es un medio para ejercer la dominación de los hombres sobre las mujeres y para reafirmar el orden patriarcal. De ahí que para construir unas relaciones sexo-afectivas libres y consentidas sea imprescindible basarse en el feminismo y adoptar una perspectiva de género. Más adelante afirmará en el articulado (art. 1.2) que el hecho de que las violencias sexuales incidan de manera desproporcionada sobre las mujeres es una manifestación de la discriminación múltiple, situación de desigualdad y relaciones de poder de género en las que se ven inmersas.

Por otro lado, la práctica sexual no consentida es una de las formas más extremas de ofensa y humillación personal, atentatoria a la dignidad personal, y los efectos físicos, psicológicos y emocionales producto de las violencias sexuales pueden afectar seriamente e incluso impedir, especialmente en menores, la realización de un proyecto vital personal<sup>5</sup>.

Un poco más adelante (arts. 2.2 y 4.2) define la violencia sexual como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido, entre los que se incluyen agresiones y acoso sexuales, acecho, acoso, extorsión sexual y engaño pederasta, mutilación genital femenina, infección intencionada de enfermedades de transmisión sexual, matrimonio forzado, trata para explotación sexual, explotación sexual, esclavitud sexual, y violencias sexuales simbólicas.

Establece igualmente que el centro de todas las políticas y medidas impulsadas por la ley propuesta habrán de ser los derechos de las víctimas, en particular la evitación de su revictimización y victimización secundaria (art. 3.5), a cuyos efectos en el diseño, aplicación y evaluación de estas políticas públicas se garantizará la participación de las víctimas de violencias sexuales y de entidades del movimiento feminista y de la sociedad civil (art. 3.6). Siguen igualmente definiciones de lo que ha de entenderse por género, violencia de género, relaciones de poder de género, estereotipo de género, violencias machistas, y otras<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Véanse apartado II de la Exposición de motivos, y arts. 1.1 y 4.1.

<sup>5</sup> Véanse apartados I y II de Exposición de motivos.

<sup>6</sup> Véase art. 4 del título preliminar. Quizás sea interesante recoger, pues parece dar por resuelto un asunto que ocupa desde hace decenios a los penalistas, su definición de *daño social*: Vulneración de derechos humanos que

En un pasaje de la Exposición de motivos afirma que el *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, firmado en Estambul en 2011<sup>7</sup>, define la violencia sexual delictiva a partir de la falta de consentimiento, sin que se exija la presencia de violencia o intimidación<sup>8</sup>. En consecuencia, propone eliminar la distinción entre el delito de agresión y el de abuso sexual, calificando como delito de agresión sexual toda conducta que atente contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona (sic). Fundamenta la equiparación en que así se atenúan problemas probatorios y se evita la revictimización y la victimización secundaria. Hace asimismo otras propuestas de derecho penal sustantivo<sup>9</sup> que veremos más adelante<sup>10</sup>.

2.2. El Anteproyecto, centrado exclusivamente en los actuales delitos de agresiones y abusos sexuales, es más parsimonioso a la hora de fundar las reformas que propone<sup>11</sup>.

Una primera idea motriz es la de que nuestra regulación en este ámbito precisa ser acomodada a las previsiones contenidas en el convenio del Consejo de Europa firmado en Estambul en 2011. Con todo, parece considerar que nuestro código solo incumple las previsiones del citado convenio en relación con una necesaria agravación en los casos en que la víctima sea pareja o expareja del agresor.

La segunda idea motriz da a entender que la propuesta del Anteproyecto se inserta en una línea argumental legislativa continua, que parte del ajuste que el nuevo código penal de 1995 hizo de estos delitos a la protección de la libertad sexual y que llega hasta la reforma de 2015, pasando por la de 1999. De acuerdo con esa evolución el Anteproyecto, como las dos últimas reformas mencionadas, pretende tutelar frente a nuevas prácticas agresivas.

Una finalidad acompañante reiterada en diversos pasajes es la de que la actual regulación no hace visible ante la sociedad la gravedad de estas conductas ni le transmite adecuadamente el carácter coactivo y agresivo de toda conducta sexual que se impone a otra persona contra su voluntad, de manera que quede claro que es delito toda conducta sexual realizada sin el consentimiento de la persona agredida. Este objetivo está directamente detrás de la supresión del concepto de abuso sexual y su equiparación con el resto de agresiones sexuales, así como de la agrupación, bajo el término de violación, de cualesquiera penetraciones sexuales no consentidas.

Dos ideas adicionales subyacen a la reforma del Anteproyecto: La primera, que

afecta sobre la autoconstrucción de las personas y el mapa relacional en que se desarrolla su vida cotidiana. Para su evaluación en el contexto de las violencias sexuales se tendrá en cuenta el impacto que sobre la víctima y sus redes de apoyo ha tenido dicha forma de violencia (art. 4.12).

<sup>7</sup> Véase Consejo de Europa, *Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, 11 de mayo de 2011, Serie Tratados del Consejo de Europa, nº 210.

<sup>8</sup> Véase apartado III in fine de Exposición de motivos.

<sup>9</sup> Las propuestas de derecho procesal penal que hace la Proposición quedan fuera de análisis en este trabajo.

<sup>10</sup> Véase apartado IV de Exposición de motivos.

<sup>11</sup> Véanse apartados I a III del anteproyecto.

es imprescindible adoptar en estos delitos la perspectiva de género, algo que se recuerda con motivo de los casos en que la víctima es pareja o expareja. La segunda, que debe profundizarse en el respeto del principio de proporcionalidad.

Esta última idea explica, al decir del Anteproyecto, que las conductas de actuación conjunta en cualquier atentado sexual se agraven con la misma intensidad que cuando se trata de conductas violentas o intimidatorias; que se asegure que todos estos delitos estén castigados con pena de prisión, lo que implica tanto eliminar la pena alternativa de multa prevista para los actuales delitos de abuso sexual sin penetración como triplicar el límite mínimo de la pena de prisión ahora prevista para estas conductas; que la anulación de la voluntad de la víctima pase de ser elemento del tipo básico a agravante específica; y que se condicione en estos delitos la obtención de beneficios penitenciarios al cumplimiento de una parte significativa de la condena de prisión impuesta<sup>12</sup>.

2.3. Es de agradecer a ambas iniciativas legislativas que expongan con claridad el fundamento de las reformas propuestas, lo que permite, antes de entrar en el contenido de las modificaciones sugeridas, hacer una valoración de su enfoque político-criminal.

Ante todo, cabe congratularse del amplio concepto de libertad sexual empleado por la Proposición, que incorpora una valoración positiva de la sexualidad, como fuente de autorrealización personal, y no solo, como es habitual en derecho penal, como origen de experiencias negativas. En contra de lo que suele pensarse, el derecho penal, mediante tipos no específicos, también puede jugar un papel en la eliminación de obstáculos para un deseado ejercicio de la sexualidad<sup>13</sup>. Del mismo modo, prescinde de conceptos tan sesgadamente moralizadores como indemnidad o intangibilidad en relación con la sexualidad de los menores, reconduciendo esta al ámbito de la libertad sexual potencial o en formación<sup>14</sup>. Lo que acertadamente se refleja en la eliminación de la mención a la indemnidad en el epígrafe del Título VIII propuesto.

Sin embargo, en cuanto la Proposición se ocupa de la sexualidad involuntaria, de las violencias sexuales, lo que hace desde el primer momento, esa libertad sexual deja de tener referencias individuales y se pasa a entender en clave colectiva, inserta en un contexto identitario. Ya no se trata de la autorrealización personal, sino de un enfrentamiento entre dos grupos antagónicos, hombres y mujeres, estructuralmente enfrentados debido a la sociedad patriarcal vigente, en la que el primero ejerce su dominación sobre el segundo. La conclusión es que no habrá libertad sexual mientras no se adopte un enfoque feminista y una perspectiva de

<sup>12</sup> También se alude a limitar la pena máxima de 12 a 15 años de prisión a los supuestos especialmente graves. Más adelante analizaremos en qué medida se logra tal pretensión.

<sup>13</sup> Véase al respecto Díez Ripollés, JL, "Título VIII", en Díez Ripollés, JL, Romeo Casabona, C, coords. *Comentarios al código penal. Parte especial. II*, 2004, Valencia: Tirant, pp. 224-225.

<sup>14</sup> Véase igualmente Díez Ripollés, *ibidem*, pp. pp. 233 y ss.

género. La necesidad que siente la Proposición de introducir numerosas definiciones sobre lo que puede considerarse el acervo feminista avala esta actitud.

Podría pensarse que esta visión identitaria está justificada en la medida en que la Proposición tiene una vocación transformadora social, y que las medidas que propone superan ampliamente el estrecho ámbito del derecho penal, incidiendo sobre ámbitos sociales muy diversos. La pretendida modificación de actitudes, estereotipos y relaciones sociales exigiría una aproximación holística, sociológica, al problema de la violencia sexual. Sin negar la conveniencia de lo acabado de decir, lo cierto es que ese acercamiento totalizador tiene un definido sesgo ideológico y que, además, se aplica sin miramientos también al derecho penal sexual<sup>15</sup>.

Por lo demás, la especial significación lesiva y humillante, así como obstaculizadora de cualquier proyecto vital personal, que atribuye la Proposición a las prácticas sexuales no consentidas otorga a la sexualidad una cualidad preeminente frente a otros presupuestos de la autorrealización personal igual de importantes, lo que facilita la penetración de enfoques moralistas en su consideración.

La Proposición, por otra parte, se aplica decididamente a expandir extensiva e intensivamente el concepto de violencia sexual, haciendo pasar como tal conductas que, en los textos internacionales a que se remite, singularmente el Convenio de Estambul, se consideran violencia contra la mujer, pero no violencia sexual<sup>16</sup>. Especialmente llamativas resultan las denominadas violencias sexuales simbólicas, en ningún lugar de la Proposición definidas.

Ni qué decir tiene que la Proposición adopta sin ambages la decisión de acomodar la política penal de lucha contra la violencia sexual al marco conceptual de las víctimas y sus asociaciones, sobre todo feministas. De ahí que la facilitación de la prueba y la prevención de la victimización secundaria de las víctimas pasen a primer plano.

Tanto la Proposición como el Anteproyecto justifican de modo específico la reforma penal propuesta en la necesaria adecuación de nuestro derecho penal sexual al Convenio del Consejo de Europa repetidamente citado. Sin embargo, hay que esforzarse para encontrar previsiones o ausencia de previsiones de nuestro actual derecho penal sexual sustantivo que contradigan el citado Convenio<sup>17</sup>. Desde luego, y en contra de lo que insinúa la Proposición, el Convenio no impide diferenciar entre las diferentes modalidades de atentado contra la libertad sexual<sup>18</sup>. Y, frente a

<sup>15</sup> Acale Sánchez, M, “Tratamiento penal de la violencia sexual: La forma más primaria de violencia de género”, en Faraldo Cabana, P, Acale Sánchez, M, drs. *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, Valencia: Tirant, p. 80 también vincula toda violencia sexual, en sus dos componentes, con relaciones de poder y placer de dominación de los hombres sobre las mujeres.

<sup>16</sup> Véanse arts. 33 a 40 del Convenio del Consejo de Europa, cit.

<sup>17</sup> Véase también Acale Sánchez, M, “Tratamiento...”, cit, p. 91.

<sup>18</sup> Por el contrario, en el sentido de la Proposición, Faraldo Cabana, P, Ramón Ribas, E, “La sentencia de La manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España”, en Faraldo Cabana, P, Acale Sánchez, M, drs. *La Manada*, cit, p. 290; más matizadamente Acale Sánchez, M, “Tratamiento...”, cit, ibidem.

lo que afirma el Anteproyecto, podrá ser conveniente pero no obligado introducir un tipo agravado o una agravante específica para los casos en que la víctima sea pareja o expareja del agresor, dada la presencia en nuestro ordenamiento de la agravante genérica del art. 22.4<sup>19</sup>. Por otra parte, en ningún lugar del Convenio figura la exigencia de que las penas en estas conductas hayan de ser siempre privativas de libertad, decisión que, sin embargo, adopta el Anteproyecto.

En realidad, en materia sustantiva, además del reducido ámbito de aplicación de nuestras agravantes de actuación conjunta y reincidencia internacional frente a lo establecido en el Convenio, la contradicción más clara con él es la de que nuestro ordenamiento no equipara el tratamiento de la penetración oral mediante introducción de objetos o miembros corporales al resto de penetraciones. Como es sabido, esa regulación existió entre 1989 y 1999, pero, con buenos motivos, se suprimió; ni la Proposición ni el Anteproyecto parecen dispuestos, con buen criterio, a cumplir el Convenio en este punto.

Por lo demás, el Anteproyecto da a entender que el derecho penal sexual ha gozado de una evolución lineal y coherente, basada en la protección de la libertad sexual, entre 1995 y la reforma que él propone, lo que es un intento sorprendente de enmascarar la verdadera realidad de lo sucedido. Afirmar que las sucesivas reformas acaecidas, con expresa mención de las de 1999 y 2015, se han confinado a prestar atención a nuevas prácticas agresivas, supone ocultar que desde la primera reforma del derecho penal sexual que sufrió el nuevo código, en fecha tan temprana como 1999, seguida de las de 2003, 2010 y 2015, se ha producido, con la excepción de unas pocas previsiones legales, una contrarreforma continuada. Todas esas reformas se han distanciado, cada vez un poco más, de un derecho penal sexual estructurado en torno a la protección de la libertad sexual individual, y han abierto el camino, con renovada energía, a la resurrección de un derecho penal sexual con fuertes connotaciones moralizadoras. El que esa moral social no tenga por qué ser, como antaño, una moral religiosa, lo expresa bien el manifiesto reconocimiento por el Anteproyecto de que no cabe entender estos delitos si no es desde una perspectiva de género.

Llaman la atención, por otro lado, algunas opciones político-criminales adoptadas por el Anteproyecto. En primer lugar, su decidido entendimiento del derecho penal como un instrumento comunicacional y promocional, encargado de modificar valores sociales a través de la amenaza de la pena. Expresamente afirma que eso está detrás de su decisión de eliminar la distinción entre agresiones y abusos, y de recuperar el término violación. Se prefiere renunciar a distinciones conceptualmente pertinentes o aprovechar conceptos sesgados ideológicamente, si el mensaje transformador de conductas sociales llega mejor. La banalización y consecuente deslegitimación del derecho penal que ello conlleva no merece mayor consideración.

En segundo lugar, la reivindicación por el Anteproyecto del principio de propor-

<sup>19</sup> Por lo demás el Convenio limita significativamente en estos casos el ámbito de los sujetos activos.

cionalidad se plasma en una casi generalizada agravación de conductas y elevación de penas, en la expulsión de cualquier pena que no sea la privativa de libertad, y en la reducción de beneficios penitenciarios. Justamente lo contrario de lo que se precisa en estos momentos, dado el proceso de desmesurado endurecimiento de la respuesta punitiva que, desde cotas ya altas en 1995, se ha ido registrando en los últimos lustros<sup>20</sup>.

Pues bien, sobre estos fundamentos vamos a analizar en los epígrafes que siguen las propuestas de reforma que ambas iniciativas legislativas impulsan y que, como ya se ha dicho, confluyen en eliminar o difuminar la distinción entre los diferentes atentados a la libertad sexual de los actuales delitos de agresión y abuso sexual.

### 3. Algunas decisiones básicas

#### 3.1. *La aproximación o equiparación de las diferentes modalidades de atentado a la libertad*

3.1.1 La Proposición ya ha manifestado con claridad en su Exposición de motivos que todas las conductas sexuales sin consentimiento de la otra persona han de considerarse agresiones, con el objetivo de lograr así ciertos efectos procesales, en concreto facilitar la prueba de los hechos y evitar la revictimización y victimización secundaria de la víctima<sup>21</sup>.

En consecuencia, elimina el contenido del actual Capítulo II del Título VIII, *De los abusos sexuales*, y traslada todo su contenido, con modificaciones, al Capítulo I del Título VIII, *De las agresiones sexuales*. El art. 178 propuesto pasa a considerar reo de agresión sexual a todo aquel que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento (*sic*)<sup>22</sup>, y a continuación precisa que son actos de agresión sexual los de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación, abuso de situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima o de manera sorpresiva, o sobre personas privadas de sentido, de cuyo trastorno mental se abuse o cuando tengan anulada su voluntad por ingestión de sustancias. La pena prevista en todos estos casos es la misma.

Además de equiparar en términos generales los actuales contenidos de los tipos básicos de agresiones y abusos sexuales, cabe destacar en primer lugar que potencia el actual supuesto de prevalimiento en los términos siguientes: Sustituye la acción de prevalerse por la de abusar; no exige que la situación de superioridad sea manifiesta; se añaden dos nuevas situaciones de abuso, la de necesidad y la de vulnera-

<sup>20</sup> Llamam la atención, con inquietud, sobre el continuo endurecimiento punitivo de estos delitos en las sucesivas reformas, y sobre el sesgo moralizante especialmente perceptible en la reforma de 2015, además de sobre el uso de una técnica cada vez más enrevesada, las SsTS. 26-5-2014 (*Tol 4357071*), 30-6-2014 (*Tol 4438017*), 28-5-2015 (*Tol 5185905*). En el mismo sentido, desde el ámbito judicial, Ramírez Ortiz, JL, “Sociedad en red, igualdad, proceso y derecho penal. La sentencia de la Manada”, *Jueces para la democracia*, 2018, n. 92, pp. 17-19.

<sup>21</sup> Véase supra.

<sup>22</sup> Similar formulación defectuosa de la conducta básica, en el Anteproyecto.



bilidad. Esta última situación de abuso, siempre que sea cualificada, ya constituye una circunstancia de agravación de los actuales agresiones y abusos sexuales.

Asimismo, el actual supuesto básico de abusos sexuales mediante la anulación de la voluntad de la víctima por ingestión de sustancias pasa a ser una circunstancia de agravación, pues el tipo básico se limita a exigir que el acto sexual se realice teniendo anulada la víctima su voluntad. Asimismo, se menciona expresamente como agresión sexual la actuación sorpresiva, que suele entenderse incluida en los actuales actos atentatorios contra la libertad sexual sin consentimiento del art. 181.1 CP.

En todo caso, un tipo atenuado permitirá rebajar sustancialmente la pena de todas estas conductas, incluso sustituyendo la pena de prisión por la de multa, si, valorando las circunstancias concurrentes, el hecho no es suficientemente grave.

3.1.2. El Anteproyecto también ha señalado en su fundamentación que hay que eliminar el concepto de abuso sexual. El carácter coactivo y agresivo que tiene toda conducta sexual que se impone a otra persona contra su voluntad amerita que tal conducta quepa en la figura básica de agresiones.

A tales fines, procede al traslado del contenido del actual Capítulo II del Título VIII, *De los abusos sexuales*, al Capítulo I del mismo Título, de modo semejante a la Proposición, y pasa a agrupar todos los supuestos bajo el concepto de agresión sexual. Sin embargo, aunque hay muchas semejanzas con la Proposición, se aprecian algunas diferencias: Toda agresión sexual en la que se emplee violencia o intimidación da lugar a un tipo agravado, lo que fundamenta diciendo que lo exige el principio de proporcionalidad dada la especial gravedad de esas conductas; la acción de prevalerse también se sustituye por la de abusar y no se exige que la situación de superioridad sea manifiesta, pero solo se incluye un nuevo supuesto, el de situación de vulnerabilidad, que ya no precisa ser cualificada como en la actual circunstancia de agravación. Respecto a la mención expresa de actuaciones sorpresivas y el endurecimiento del trato dispensado al aprovechamiento de la anulación de la voluntad de la víctima no hay diferencias con la Proposición. Tampoco la hay en la previsión de un tipo atenuado si estas conductas no alcanzan la suficiente gravedad, si bien en este caso no se abre paso a la pena de multa.

3.1.3. Los actuales delitos de agresión y abuso sexuales se entiende que se estructuran en torno a cuatro niveles de contradicción a la libertad sexual, pese a que no todos ellos merecen una consideración punitiva diferenciada. En primer lugar, los realizados venciendo la *voluntad contraria* de la víctima, lo que exige la utilización de violencia o intimidación. En segundo lugar, los cometidos aprovechándose de un *consentimiento inválido* de ella, lo que sucede con víctimas menores de 16 años *ope legis* o con personas de cuyo trastorno mental se abusa. En tercer lugar, los que se sirven de un *consentimiento viciado* de la víctima, el cual se obtiene prevaliéndose de una situación de superioridad, abusando de una posición privilegiada o mediante una conducta engañosa. En cuarto lugar, los que se realizan *sin* que la

víctima haya manifestado su *consentimiento*, entre los que se encuentran los llevados a cabo sobre persona privada de sentido, sobre persona a la que previamente se le ha anulado la voluntad mediante la ingesta de ciertas sustancias, y, en general, todos aquellos realizados sobre persona que no ha aceptado inequívocamente el acto sexual. Mientras las conductas violentas e intimidatorias, así como las realizadas sobre menores, tienen una penalidad mayor, el resto de atentados contra la libertad están sujetos a la misma penalidad salvo algunos supuestos de consentimiento viciado con víctima entre 16 y 18 años, que están agravados<sup>23</sup>.

La diferenciación señalada permite captar con precisión la diferente intensidad del atentado a la libertad sufrido. Ello es determinante para evaluar la lesividad de cada conducta en sí misma y en relación con otros supuestos cercanos, facilita el respeto del principio de seguridad jurídica a la hora de formular los diversos tipos delictivos, y permite observar el principio de proporcionalidad en el tratamiento punitivo de las diversas conductas<sup>24</sup>.

Sin embargo, la Proposición propugna mantener exclusivamente un diferente trato penal de las conductas realizadas sobre menores, equiparando punitivamente todas las demás, que son calificadas sin distinción como agresiones sexuales<sup>25</sup>. En suma, estima que merecen el mismo tratamiento las conductas que se han servido de violencia o intimidación para vencer una voluntad contraria que las que se han aprovechado de que la persona, sorprendida, aún no ha decidido si desea interactuar sexualmente. Las razones por las que se debe renunciar a distinguir no tienen que ver, desde luego, con el compromiso por un derecho penal cada vez más ajustado a los hechos enjuiciados y a los intereses implicados y, por tanto, más justo. Se trata de aligerar las dificultades probatorias a la hora de obtener una condena por estos hechos y, en consecuencia, de velar por que las presuntas víctimas, generalmente mujeres, no se

<sup>23</sup> Véase ampliamente sobre estas distinciones, Díez Ripollés, JL, “Arts. 178-183”, en Díez Ripollés, JL, Romeo Casabona, C, coords. *Comentarios*, cit, pp. 288 y ss, 303 y ss.

<sup>24</sup> Aprobadoramente sobre la diferenciación entre las diversas modalidades de atentado a la libertad sexual, con estos y otros argumentos, Muñoz Conde, F, “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso La Manada”, *Revista penal*, n. 43, pp. 292-299; Cuerda Arnau, ML, “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación v. consentimiento viciado”, en Faraldo Cabana, P, Acale Sánchez, M, eds. *La Manada*, cit, pp. 109, 113-114. Reivindica también enérgicamente el mantenimiento de estas distinciones, Grupo de estudios de Política criminal, *Comunicado sobre la actual regulación de las agresiones y abusos sexuales*, 25 de mayo de 2019, Sesión plenaria celebrada en Jaén.

<sup>25</sup> Se manifiestan sustancialmente en el mismo sentido, Acale Sánchez, M, Faraldo Cabana, P, “Presentación”, en Faraldo Cabana, P, Acale Sánchez, M, eds. *La Manada*, cit, pp. 26-28; Faraldo Cabana, P, “Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales”, *ibidem*, pp. 61, 64; Acale Sánchez, M, “Tratamiento...”, cit, pp. 83-84, 91-93; de Vicente Martínez, R, “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, *ibidem*, pp. 193, 204-206; Faraldo Cabana, P, Ramón Ribas, E, “La sentencia...”, cit, pp. 256-258, 288-294.

Acale Sánchez, M, Faraldo Cabana, P, “Presentación”, cit, pp. 25-26, afirman incluso que los delitos sexuales están excesivamente configurados en torno al consentimiento, lo que concentra la atención sobre la víctima y no sobre el autor; ello solo puede superarse si se parte de que toda conducta en que no conste el consentimiento se ha de entender como realizada contra la voluntad de la víctima. En contra de que sea delito toda conducta en que no conste un consentimiento expreso, Muñoz Conde, F, “La vinculación...”, cit, p. 296; Lascuráin Sánchez, JA, “¿Qué es una violación?”, *Diario El País*, 24-11-18.

vean inmersas durante la averiguación de los hechos en situaciones que cuestionen de manera desconsiderada su cualidad de víctima.

A mi juicio, la necesidad de diseñar estrategias e instrumentos procesales, y consolidar rutinas judiciales, que eviten la victimización secundaria de las víctimas durante el procedimiento no autoriza a desmontar la matizada regulación material de estos comportamientos, con los beneficios que conlleva, ni a reducir las exigencias probatorias<sup>26</sup>. Lo contrario supone renunciar a un derecho penal ponderado y garantista, a cambio de asegurar una más fácil persecución de ciertas conductas.

La justificación por el Anteproyecto de su decisión de eliminar la distinción entre agresiones y abusos sexuales se funda en razones distintas a las de la Proposición. Se mueve en términos puramente comunicativos. Se trata de hacer saber a la sociedad la gravedad de todas estas conductas, a todas las cuales califica, incorrectamente, como coactivas y realizadas contra la voluntad de la víctima. En suma, se está dispuesto a desdibujar diferencias comportamentales significativas y a abandonar distinciones típicas relevantes a cambio de lograr un efecto socialmente pedagógico. Supone utilizar el derecho penal, el instrumento más poderoso del estado, para promover cambios en las concepciones sociales, aunque eso sea a costa de estigmatizar y castigar del mismo modo a sujetos que han realizado comportamientos muy diversos<sup>27</sup>.

En realidad, el Anteproyecto no es capaz de llevar hasta el final el propósito que anuncia y, coherente con sus pretensiones solo expresivas, finalmente atribuye un tratamiento más agravado a las agresiones sexuales en las que se emplea violencia o intimidación<sup>28</sup>. Esa actitud tiene sin embargo un coste, como veremos más adelante: las penas se elevan respecto a la situación actual.

Cabe preguntarse, por otro lado, si la existente estructura típica diferenciada podría considerarse un contramodelo frente a otras propuestas que, con más acierto, renuncian a hacer tantas precisiones en los atentados a la libertad. Se menciona en concreto la regulación de la prostitución de adultos o de la trata de seres humanos, e incluso algunos preceptos de los delitos de genocidio y lesa humanidad<sup>29</sup>.

En primer lugar, hay que recordar que el Convenio del Consejo de Europa fir-

<sup>26</sup> En el mismo sentido Muñoz Conde, F, “La vinculación...”, cit, p.296.

<sup>27</sup> En realidad, quizás la pretensión del Anteproyecto no sea tan ambiciosa como la que le atribuimos aquí y en el apartado 2.3 supra. Pudiera ser que estuviéramos ante un proceder meramente simbólico, encaminado a ganarse la aprobación, o calmar las inquietudes, de una opinión pública fuertemente influida en estos momentos por ciertos movimientos sociales. Y que la propuesta prelegislativa se conformara, a estos efectos, con ciertos cambios terminológicos, ampliaciones típicas y, eso sí, elevaciones de pena. Véase al respecto Ramírez Ortiz, JL, “Sociedad en red...”, cit, pp. 14, 15-18. Barquín Sanz, J, “De violadores y ladrones”, *Diario Ideal*, 5 de mayo de 2019, con especial mención a la improcedente recuperación del término violación.

<sup>28</sup> Está muy cercano a la postura finalmente adoptada por el Anteproyecto, Ramón Ribas, E, “La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales”, en Faraldo Cabana, P, Acale Sánchez, M, drs. *La Manada*, cit,, pp. 167-168.

<sup>29</sup> Véanse Acale Sánchez, M, Faraldo Cabana, P, “Presentación”, cit, pp. 27-28; Faraldo Cabana, P, Ramón Ribas, E, “La sentencia...”, cit, p. 290.

mado en Estambul no exige la equiparación de trato de las conductas atentatorias a la libertad sexual<sup>30</sup>.

Por otro lado, la agrupación de la mayoría de los atentados contra la libertad sexual, incluso a veces junto a infracciones delictivas de otra naturaleza, en una misma previsión legal de los delitos contra la comunidad internacional se debe a que la conducta delictiva en concreto realizada se enmarca en un interés a proteger más amplio, algo que se puede apreciar también fácilmente en otros delitos, como los de terrorismo<sup>31</sup>. De hecho, en alguna medida lo mismo puede decirse de los delitos de prostitución, en los que, además, el enfoque indiferenciado de los tipos básicos se ve neutralizado por la remisión a los tipos genéricos de agresiones y abusos de los concretos atentados contra la libertad sexual cometidos sobre la persona prostituida<sup>32</sup>; eso sin tener en cuenta que en la prostitución de discapacitados y menores hay un tipo específico para cuando se logra con violencia o intimidación. Algo similar sucede con el delito de trata de seres humanos, de relativamente reciente introducción, el cual también contiene una cláusula de remisión a los delitos en concretos realizados con la trata y subsecuente explotación<sup>33</sup>.

En realidad, la precisión conceptual que se aprecia en nuestro código en relación con los atentados contra la libertad sexual muestra un progreso técnico-jurídico especialmente respetuoso de la seguridad jurídica y de las garantías que también ha tenido lugar en otros delitos de fuerte tradición, como los delitos contra el patrimonio individual<sup>34</sup>, y que está pendiente de ser logrado en otros grupos de delitos, como algunos de los arriba mencionados.

Eso no quiere decir que no proceda reflexionar sobre el trato punitivo dispensado a algunos supuestos concretos de atentado contra la libertad sexual, que quizás merecieran cierta autonomía típica y punitiva, como ya sucede especialmente con los atentados con violencia o intimidación, o con los realizados sobre menores. Estoy pensando en conductas que eluden el consentimiento de la víctima mediante la previa anulación de su voluntad o sentido<sup>35</sup>.

En todo caso, resulta llamativa la potenciación que ambos textos prelegislativos hacen del actual prevalimiento, *bestia negra* al parecer de la actual estructura típica de estos delitos, y que habría desencadenado en gran medida la necesidad de su reforma. Con otro nombre, el de abuso, pero incluyendo de manera más laxa la actual referencia a la situación de superioridad y añadiendo otras situaciones, los supuestos en que existe una desigualdad entre agresor y víctima, que da pie a un

<sup>30</sup> Véase lo dicho más arriba supra apartado 2.3, y art. 36 del citado Convenio.

<sup>31</sup> Véanse arts. 573 bis, 607, 607 bis CP.

<sup>32</sup> Véase también Muñoz Conde, F, “La vinculación...”, cit, p. 297.

<sup>33</sup> Véanse arts. 177 bis, 187, 188 CP.

<sup>34</sup> Véase también Muñoz Conde, F, “La vinculación...”, cit, pp. 297-298.

<sup>35</sup> Véanse consideraciones en la misma línea en Faraldo Cabana, P, “Evolución...”, cit, p. 32, 64; Faraldo Cabana, P, Ramón Ribas, E, “La sentencia...”, cit, pp. 291; Grupo de estudios de Política criminal, *Comunicado...*, cit.

consentimiento viciado de esta última, adquieren mayor espacio típico que en el derecho vigente<sup>36</sup>.

Eso sin olvidar la sorprendente necesidad que han sentido ambas iniciativas legislativas de prever un tipo atenuado de todas estas conductas, formulado en términos muy genéricos y con una capacidad atenuante de la responsabilidad muy potente: descenso a la pena inferior en grado e incluso paso a pena de multa en lugar de la de prisión. Es difícil eliminar la sospecha de que con ese precepto los propios proponentes reconocen implícitamente los excesos regulatorios en que han incidido, y los intentan paliar aun a costa de crear una notable inseguridad jurídica<sup>37</sup>. Eso es coherente con el empleo comunicativo, promotor de conductas deseables, del Anteproyecto, que prefiere decir algo bien alto, aunque luego subrepticamente se desdiga, pero no es tan comprensible en la Proposición<sup>38</sup>.

### 3.2. *La edad del consentimiento de los menores*

La Proposición no considera necesario modificar el límite de edad del consentimiento válido para cualquier tipo de acción sexual, situado desde 2010 en los 16 años<sup>39</sup>. De hecho, a la hora de eximir de responsabilidad penal al autor cuando muestre unas características personales similares a las de menor, introduce una formulación más restrictiva<sup>40</sup>. Sin embargo, en la fundamentación de su iniciativa legislativa, como ya hemos señalado, ha defendido un concepto de libertad sexual positivo, ligado a la autorrealización personal, que precisamente por ello necesita de una enérgica defensa frente a interacciones sexuales no consentidas. Y esa idea la reitera en relación con los menores, cuya especial protección se justifica en que

<sup>36</sup> Debe destacarse que un buen arsenal de críticas respecto al tratamiento diferenciado de las conductas atentatorias contra la libertad sexual se funda en una, a mi juicio, exagerada descalificación de la interpretación por la jurisprudencia de estos tipos. Con frecuencia se le imputa incorrectamente que procede de manera generalizada a difuminar la distinción entre intimidación y prevalimiento mediante una distinción solo cuantitativa entre ambos medios de comisión o a construir las agresiones sexuales exclusivamente en torno a una resistencia efectiva y relevante de la víctima. Véanse en ese sentido, Acale Sánchez, M, Faraldo Cabana, P, “Presentación”, cit, pp. 25; Faraldo Cabana, P, “Evolución...”, cit, pp. 63-64; Faraldo Cabana, P, Ramón Ribas, E, “La sentencia...”, cit, pp. 257-259, 291-295.

Por lo demás, algunos de estos autores apoyan decididamente ese desdibujamiento de los conceptos de intimidación y prevalimiento: Véanse Ramón Ribas, E, “La intimidación...”, cit, pp. 139-160; Faraldo Cabana, P, Ramón Ribas, E, “La sentencia...”, cit, pp. 257-261. Claramente en contra de esta propuesta, Cuerda Arnau, ML, “Agresión y abuso sexual...”, cit, pp. 113-114, 124-131; Muñoz Conde, F, “La vinculación...”, cit, pp. 292-293; más moderadamente sobre el valor del prevalimiento, Ramírez Ortiz, JL, “Sociedad en red...”, cit, p. 19, 21.

<sup>37</sup> Indefinición que tendrá que contrarrestar, lógicamente, ... la discreción judicial.

<sup>38</sup> Apoya la creación de un tipo privilegiado, tras justificar el trato punitivo igual de agresiones y abusos justamente por razones comunicativas y expresivas, Ramón Ribas, E, “La intimidación...”, cit, p. 166.

<sup>39</sup> Véase art. 2.3 de la Proposición, y propuesta de arts. 181 y ss en la Proposición.

<sup>40</sup> Tanto por las exigencias que establece como por los supuestos que abarca. Véase redacción propuesta de art. 181.1 inciso segundo en la Proposición.

Por lo demás, no considera necesario revisar, desde la concepción positiva de la libertad sexual que maneja, ni el actual art. 183 bis CP ni la agravante, de fuertes trazos moralistas, fundada en que el menor tiene menos de cuatro años, la cual mantiene en propuesto art. 181.2. Las diversas correcciones que introduce en el delito de embaucamiento de menores del actual art. 183 ter CP merecen valoraciones contrapuestas en ese sentido.

se ha de asegurar que desarrollen libremente su propia sexualidad en el marco de su proyecto vital personal<sup>41</sup>. Es más, la propuesta desaparición de la mención a la indemnidad en el epígrafe del Título VIII, que ya solo se referiría a los *Delitos contra la libertad sexual*, es una decisión coherente con lo anterior.

Tampoco el Anteproyecto considera preciso modificar el límite de edad del consentimiento sexual de los menores, ni, a diferencia de la Proposición, eliminar la referencia a la indemnidad en el epígrafe del título VIII<sup>42</sup>.

3.2.1. La pretensión, validada por ambas iniciativas legislativas, de que los menores de 16 años deben ser mantenidos al margen de cualquier tipo de interacción sexual, por nimia que sea, a no ser que tenga lugar entre iguales en edad y desarrollo o madurez, supone un notable obstáculo para sentar las bases de una aproximación positiva a la sexualidad como fuente de autorrealización personal. Ante todo, porque desconoce la realidad del desarrollo y aprendizaje sexuales en términos biológicos y en términos sociales. Se someten a amenaza punitiva conductas sexuales de muy diversa significación e interacciones personales de contenido sexual extendidas y socialmente aceptadas. Además, dificulta iniciativas pedagógicas, en el sentido más amplio, que fomentan un reconocimiento paulatino de la sexualidad del menor en el marco de un armónico desarrollo de su personalidad. No cuesta trabajo apreciar que lo que late tras este desmesurado límite de edad es una actitud de recelo o directo rechazo a la sexualidad, trufada de connotaciones moralistas<sup>43</sup>.

### 3.3. *La configuración de los comportamientos sexuales*

Tanto la Proposición como el Anteproyecto se refieren a la acción sexual como se hace actualmente en el delito de abuso sexual, acto que atente contra la libertad sexual, aunque en algún otro lugar ambos aluden a *actos de contenido sexual* -art. 178.2 propuesto-.

Por su parte, la Proposición elimina cualquier referencia al término violación. Con todo, considera que cualquier atentado contra la libertad sexual que consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de otros miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, en términos prácticamente idénticos a los actuales, merece una agravación cualificada –art. 180.1.1ª propuesto-.

Por el contrario, el Anteproyecto mantiene un tipo agravado con todos los supuestos de penetración acabados de mencionar, conductas que, además, califica de violación –art. 179 propuesto-. Ya ha dicho en la fundamentación que una penetración por cualquiera de las modalidades indicadas es un comportamiento sexual que merece caracterizarse autónomamente. De hecho, no considera suficiente denomi-

<sup>41</sup> Véanse apartados 2.1 y 2.3.

<sup>42</sup> Por lo demás, revisa el art. 183 bis p. 2 CP, pero con efectos ampliatorios del tipo. Y asume sin problemas la agravante de menor de edad de cuatro años.

<sup>43</sup> En sentido similar, Ramírez Ortiz, JL, “Sociedad en red...”, cit, pp. 18, 19; Grupo de estudios de Política criminal, *Comunicado...*, cit.

nar al Capítulo I del Título VIII *De las agresiones sexuales*, y lo epigrafía *De la violación y otras agresiones sexuales*.

3.3.1. Las decisiones adoptadas por las dos propuestas legislativas que estudiamos se caracterizan mejor por lo que no hacen que por lo que hacen.

De todos modos, algo que sí hacen es sentar las bases para una progresiva ampliación de lo que sea la acción sexual de los actuales agresiones y abusos sexuales. La introducción del término *actos de contenido sexual* -junto al ya existente de actos atentatorios contra la libertad sexual-, unido al hecho de que se siga exigiendo solo en dos supuestos que tales actos se lleven a cabo *sobre* la víctima (privada de sentido o trastornada mentalmente)<sup>44</sup> facilita que en las agresiones y abusos se incluyan conductas sexuales que no impliquen contacto corporal, sea entre autor y víctima sea de víctima o autor sobre sí mismos. La desmesurada ampliación de tipos a que ello puede dar lugar es fácil de imaginar.

Por lo demás, la penetración sexual y, por consiguiente, el enfoque genital sigue manteniendo el protagonismo en ambos textos prelegislativos<sup>45</sup>. Por lo que se refiere al Anteproyecto, se progresa en esa idea: El concepto de *violación* se extiende a todos los supuestos de penetración en adultos y ocupa un lugar autónomo en el epígrafe del capítulo I; además, todas las penetraciones se agrupan en un tipo agravado. En cuanto a la Proposición, se aprecia un moderado intento de aminorar la relevancia del acceso carnal: Las penetraciones dejan de tenerse en cuenta en un tipo agravado autónomo para pasar a ser una circunstancia específica de agravación más<sup>46</sup>.

Pero tanto en un caso como en otro es significativo que no se cuestione la notable ampliación conceptual que el propio concepto de penetración o acceso carnal ha ido experimentando en las últimas décadas<sup>47</sup>. Una verdadera voluntad de escoger como guía predominante en la configuración de estos delitos el hecho de que son comportamientos no consentidos, en lugar de la naturaleza del comportamiento

<sup>44</sup> Con todo, la Proposición sí que incluye novedosa y acertadamente el término *sobre* en los casos en que las víctimas son menores (art. 181 propuesto).

<sup>45</sup> Véanse críticamente, Díez Ripollés, JL, “Título VIII”, cit, pp. 215-216, “Arts. 178-183”, cit, p. 281; Acale Sánchez, M, Faraldo Cabana, P, “Presentación”, cit, p. 28; Faraldo Cabana, P, “Evolución...”, cit, pp. 62-63; Ramírez Ortiz, JL, “Sociedad en red...”, cit, p. 18. Previene sobre las consecuencias negativas de configurar un derecho penal sexual *genitalizado* o *falocéntrico*, Grupo de estudios de Política criminal, *Comunicado...*, cit.

<sup>46</sup> Aboga decididamente por la agrupación de todas las penetraciones sexuales no consentidas bajo el *nomen iuris* de violación, de Vicente Martínez, R, “El delito de violación...”, cit, pp. 182-183, 188, 193, 204-206. Considera que, bien debe extenderse a todas las penetraciones no consentidas el término violación, bien suprimir el término en todas, Lascurain Sánchez, JA, “¿Qué es una violación?”, cit. Rechaza que todo acceso carnal no consentido deba calificarse como violación, Cuerda Arnau, ML, “Agresión y abuso sexual...”, cit, pp. 109, 115.

<sup>47</sup> Algunas autoras no cuestionan las reformas que tuvieron lugar en los años 70 y 80 del pasado siglo para incluir entre los sujetos pasivos a los hombres y entre los sujetos activos a las mujeres, pero sí lamentan ciertos efectos que produjeron: Ocultaron que la mayoría de las víctimas son mujeres y los agresores hombres, perjudicaron a las mujeres sujetos activos y beneficiaron a los hombres sujetos pasivos, y en último término no contribuyeron a la igualdad ni a la consolidación de una perspectiva feminista. Véanse Faraldo Cabana, P, “Evolución...”, cit, pp. 32, 51, 55, 61-62; Acale Sánchez, M, “Tratamiento...”, cit, pp. 77-78

sexual no consentido, pasa por revertir la desnaturalización del concepto de penetración que se ha registrado en los últimos tiempos<sup>48</sup>. Y nada de eso sucede<sup>49</sup>, más allá de que ambas propuestas hagan caso omiso, afortunadamente, de la exigencia del Convenio de Estambul de que se incluyan también las penetraciones orales de órganos u objetos<sup>50</sup>.

### 3.4. *Circunstancias de agravación*

No me voy a detener en el análisis del conjunto de propuestas que las dos iniciativas legislativas realizan respecto a las circunstancias susceptibles de agravar las conductas básicas de agresiones (agresiones y abusos) sexuales. Creo que es razonable decir que, con alguna excepción, su nueva formulación o localización implican una extensión de las agravaciones a conductas a las que ahora no llegan. Ello sin perjuicio de que estimo acertado trabajar en un catálogo lo más unificado posible de las circunstancias específicas de agravación para el conjunto de estos comportamientos<sup>51</sup>. Me voy a centrar en dos agravaciones, una que se potencia y otra que se introduce novedosamente.

3.4.1. Las dos iniciativas legislativas consideran procedente que cualquier agresión o abuso *realizado conjuntamente* por dos o más personas sea agravado. La diferencia básica respecto a la regulación vigente reside en que esta solo prevé la agravación por actuación conjunta en la modalidad violenta o intimidatoria, las actuales agresiones sexuales.

La Proposición, al extender la agravación a todos los casos de agresión y abuso sexual actuales, pone especial énfasis en que esa realización conjunta se ha de realizar aprovechándose de una situación de superioridad manifiesta y en un contexto de intimidación, y destaca que los intervinientes han podido realizar todos o parte de los actos sexualmente agresivos.

El Anteproyecto considera que la actuación conjunta debe limitarse a agravar los actuales casos de abuso sexual, de modo que cuando estos últimos se ejecuten por dos o más personas deben tener una pena equivalente a las conductas violentas o

<sup>48</sup> Naturalmente, otra posibilidad es seguir ampliando el concepto hasta que pierda su especificidad. Pero no parece que esta sea una alternativa realista.

En el sentido del texto Ramírez Ortiz, JL, “Sociedad en red...”, cit, p. 18.

<sup>49</sup> Véase una reciente defensa de esas ampliaciones conceptuales, precisando que no es necesario que esos objetos o miembros corporales se entiendan como sustitutivos del pene ni que sean aptos o no para el ejercicio de la sexualidad, en de de Vicente Martínez, R, “El delito de violación...”, cit, pp. 195-203

<sup>50</sup> Véase art. 36.1.a del citado Convenio.

<sup>51</sup> Aproximación de las agravaciones de agresiones y abusos sexuales que debe estar atenta a que se asegure un correcto funcionamiento del principio de prohibición del *bis in idem* entre tipos básicos y circunstancias específicas de agravación, y entre las mismas circunstancias específicas. El Anteproyecto se manifiesta en general preocupado por este asunto –véase propuesto art. 180.1-. En menor medida, la Proposición –propuesto art. 180.1.3<sup>a</sup>-. Véase también el apoyo a la unificación pero su preocupación en términos de difuminación de contornos típicos, elevación desproporcionada de penas y respeto del *ne bis in idem*, en Grupo de estudios de Política criminal, *Comunicado...*, cit.



intimidatorias. Además, incluye una adicional circunstancia de agravación por actuación conjunta, en los mismos términos, aplicable en este caso a esos mismos abusos sexuales ahora vigentes y a las conductas violentas o intimidatorias.

3.4.1.1 Lo primero que llama la atención de estas dos propuestas son los errores técnico-jurídicos en los que incurrir.

Por lo que se refiere a la Proposición, condiciona la agravante al aprovechamiento de una situación de superioridad manifiesta, modalidad de atentado a la libertad ya prevista en tipo básico (*abuso de una situación de superioridad*, aunque no manifiesta), que ha de ir acompañada de un contexto objetivamente intimidante, cuando el tipo básico incluye también una modalidad intimidatoria. A primera vista uno podría pensar que la agravación de actuación conjunta parece entonces querer-se restringir a las modalidades intimidatoria y de abuso de superioridad del tipo básico, es decir, que la agravante no rige para el resto de modalidades de atentado a la libertad, desde la violenta a la sorpresiva o simplemente sin consentimiento. Pero un análisis más detenido sugiere que lo que verdaderamente se busca es que la actuación conjunta agrave cuando quienes la realizan se aprovechen de una situación de superioridad y de un contexto intimidatorio que merezcan tal calificativo en términos objetivos, a saber, al margen de la experiencia personal que la víctima<sup>52</sup> tiene de esa situación o contexto. Parece pensarse que, así interpretada, la agravación podría ser aplicada a todas las modalidades del tipo básico<sup>53</sup>.

En cuanto al Anteproyecto, valora la presencia de la actuación conjunta en los atentados a la libertad sexual de un modo poco comprensible. Por un lado, considera que la ejecución del acto atentatorio a la libertad sexual por dos o más personas es tan grave como la ejecución del citado acto con violencia o intimidación, lo que lleva en ambos casos a un importante salto de pena equivalente a la pena superior en grado. Pero cuando se acumulan violencia o intimidación y actuación conjunta

<sup>52</sup> ¿También los autores?.

<sup>53</sup> Pero esta interpretación tropieza con algunos problemas: El primero, que la agravación se funda en un mayor contenido de injusto que ya no tiene que ver con la mayor afeción a la libertad producida realmente en la víctima, sino con una presunción de que ha tenido lugar, la cual se funda en una determinada valoración social del sexo en grupo. El segundo, que en los supuestos intimidatorios y de abuso de superioridad, en el tipo básico habrá que atender a su concurrencia en términos objetivos y subjetivos en el autor, mientras que en la agravación parece que los aspectos subjetivos serán irrelevantes o deberán ser entendidos de modo distinto al tipo básico, algo contradictorio, sin entrar en los problemas de violación del *bis in idem* implícitos.

Por otra parte, desconcierta la previsión de una atenuación al supuesto agravado –propuesto art. 179.2– para los casos en que alguno de los intervinientes, de los que en el supuesto agravado se ha recogido la obviedad de que pueden realizar *todos o parte* de los actos constitutivos de la agresión sexual, haya contribuido a esta de modo escasamente importante. Todo parece indicar que los redactores de la Proposición dan por bueno que estos delitos se entienden habitualmente como de propia mano, que en la agravación quieren dejar claro que no lo son y por ello recalcan que pueden realizar en todo o en parte los actos agresivos sexuales, y que al final están dispuestos a aceptar que lo son en alguna medida y de ahí que prevean una atenuación para conductas de escasa importancia. Demasiadas vueltas frente a la realidad de que jurisprudencia y doctrina, de forma ampliamente mayoritaria, hace tiempo que rechazan la consideración de estos delitos como de propia mano.

esta última parece tener menos contenido de injusto pues solo da lugar a la pena en su mitad superior<sup>54</sup>.

Pero, al margen de estas lamentables carencias técnicas, cabe preguntarse si la actuación en grupo debe constituirse como un elemento agravante en todas las modalidades de atentado a la libertad sexual<sup>55</sup>. Si entendemos que la realización del hecho por dos o más personas supone un incremento del injusto, cabe pensar que este se debe, bien a una mayor facilidad de comisión bien a una mayor intensidad del daño al bien jurídico producido.

Por lo que se refiere a la primera idea, ciertamente la actual regulación es insatisfactoria, pues modalidades de comisión como el prevalimiento de situación de superioridad o, si se decide añadir, de necesidad o vulnerabilidad, así como de abuso de trastorno mental, pueden ser notablemente facilitadas por la intervención de varias personas, y deberían contar con esta agravación. Sin embargo, no se alcanza a ver cómo se puede facilitar la comisión del delito debido a que actúan varias personas en casos de víctima privada de sentido o con voluntad anulada<sup>56</sup>, ni cómo se justifica una sustancial elevación de la pena en casos de actuación sorpresiva o con mera ausencia de consentimiento.

Si, por el contrario, se funda en la segunda idea, hay que recordar que si han sido dos o más personas las que han atentado contra la libertad sexual de la víctima, cada una de ellas responderá independientemente de los delitos por ella cometidos sobre la víctima. Se podría objetar que lo que se quiere valorar es el daño adicional que se causa a la dignidad de la víctima al ser abusada o agredida colectivamente, referencia merecedora de ser tenida en cuenta, pero eso pertenece a otras circunstancias específicas de agravación, la de que los hechos tengan un carácter particularmente degradante o vejatorio, ya tenida en cuenta en ambas iniciativas legislativas, por cierto, con un ámbito de aplicación acertadamente mayor que en el código vigente<sup>57</sup>.

Y, por supuesto, no se aportan referencias criminológicas o de otro tipo que avalen la procedencia de la agravación en cada uno de esos casos. Todo indica que se trata de una modificación legal anecdótica, en el sentido de inspirada por algún caso reciente jurisprudencial.

<sup>54</sup> Ello sin mencionar que la circunstancia específica de agravación de actuación conjunta, aunque aparentemente aplicable a todas las modalidades de agresiones y abusos sexuales actuales, en realidad solo rige para los casos de violencia o intimidación pues en todos los demás supuestos ya habrá sido aplicado el tipo agravado de actuación conjunta, y no podrá volver a aplicarse la circunstancia específica homónima dado el *ne bis in idem*.

<sup>55</sup> Advierte de que esa extensión debe hacerse con precaución, por los desproporcionados efectos exasperadores de pena que puede producir, Grupo de estudios de Política criminal, *Comunicado...*, cit.

<sup>56</sup> Desde luego también procede la agravación en casos en los que se procede a anular la voluntad de la víctima –art. 181.2 CP-, o incluso mediante engaño o abuso de posición de influencia sobre un menor –art. 182 CP-, pero a estos supuestos las iniciativas legislativas que estudiamos, o los sacan del tipo básico o los suprimen.

<sup>57</sup> Véanse arts. 180.1.2º propuesto de la Proposición y 180.1.1ª propuesto del Anteproyecto.

De nuevo<sup>58</sup>, alguna inquietud resta en los proponentes de ambas iniciativas legislativas cuando sienten la necesidad de prever un tipo atenuado, que permite prácticamente anular en el Anteproyecto, e incluso ir más allá en el caso de la Proposición, la agravación por actuación conjunta en función de la gravedad del hecho y las circunstancias concurrentes<sup>59</sup>.

3.4.2. Las dos iniciativas legislativas también agravan las agresiones y abusos sexuales cometidos cuando la víctima sea o haya sido *pareja del agresor*.

La Proposición incluye a la pareja en la agravación ya existente cuando la víctima sea ascendiente, descendiente o hermano, y elimina para todos los supuestos el que haya de mediar un prevalimiento de esa relación<sup>60</sup>.

En el caso del Anteproyecto se crea una agravación específica para cuando la víctima sea una pareja mujer, no incluyendo los casos en que sea hombre, lo que ha fundado previamente en el hecho de que la agravación responde a una perspectiva de género; además, en esta agravación no se exige que medie prevalimiento, requisito que sí mantiene respecto a la agravante referida a ascendientes, descendientes y hermanos<sup>61</sup>.

3.4.2.1. La equiparación de las conductas sexuales no consentidas en la pareja a las conductas incestuosas, como propugna directamente la Proposición, o la valoración incluso de las primeras como más graves, lo que da a entender indirectamente el Anteproyecto, supone una aproximación desenfocada al problema. Entre las relaciones sexuales en la pareja y las relaciones sexuales con padres, hijos, nietos y hermanos hay una diferencia sustancial: Las relaciones de pareja, salvo situaciones muy excepcionales, se caracterizan por que una de las interacciones que más las define, si no la que más, es la relación sexual entre los dos miembros de la pareja. Por el contrario, en las relaciones familiares al margen de la pareja, si hay una interacción que se presupone que ha de estar ausente en todo momento es justamente la relación sexual. La pretensión de tratar igual la interacción sexual en ambos casos es, en términos generales, improcedente.

Si a continuación nos ocupamos de las relaciones sexuales en la pareja no consentidas, no creo que merezca la pena detenernos en argumentar que deben considerarse penalmente antijurídicas en todo caso<sup>62</sup>. Sin embargo, el hecho ya mencionado, es decir, que el mantenimiento de relaciones sexuales es una de las interacciones en principio habitual en una pareja obliga a ser cuidadosos a la hora

<sup>58</sup> Véase supra apartado 3.1.

<sup>59</sup> Véanse arts. 179.3 propuesto de la Proposición y 178.2 propuesto del Anteproyecto.

<sup>60</sup> Véase art. 180.1.4<sup>a</sup> propuesto de la Proposición.

<sup>61</sup> Véase art. 180.1.4<sup>a</sup> y 7<sup>a</sup> propuestos del Anteproyecto, así como Apartado III párrafo cuatro de su fundamentación.

<sup>62</sup> Sobre debates ya superados relacionados con el alcance del denominado *débito conyugal*, véase Díez Ripollés, JL, "Título VIII", cit, pp. 257-259; del mismo, *La protección de la libertad sexual*, Barcelona: Bosch Casa editorial, 1985, pp. 55-57.

de graduar la gravedad del comportamiento no consentido realizado. Ante todo porque, a medida que se descende en la gravedad del atentado a la libertad, sin olvidar tampoco la entidad del comportamiento sexual ni su carácter ocasional o reiterado, puede ser que el comportamiento pierda incluso su carácter contrario a la libertad sexual, pues se pueda contar con un consentimiento presunto. Y si ese no es el caso, no cabe excluir que la víctima lo experimente como menos lesivo contra su libertad sexual. Pensemos en acciones sorpresivas o para las que no consta el consentimiento que sean de escasa entidad y ocasionales, como besos o tocamientos fugaces. Incluso alguna acción sexual de cierta entidad ya realizada en otras ocasiones sobre la pareja privada temporalmente de sentido sin que entonces haya manifestado su oposición al conocerla. Se podrá aceptar, desde luego, que si no hay consentimiento, al menos presunto, la conducta merece ser tratada igual que la realizada fuera de la pareja<sup>63</sup>. Pero aquí estamos hablando de apreciar una agravación en todos estos casos, algo que parece fuera de lugar<sup>64</sup>.

A mi juicio, la agravación de las conductas sexuales en la pareja, a salvo de que concurren otras circunstancias agravantes ya previstas, estará justificada solo cuando ese intercambio sexual se realice en un claro contexto de dominación de un miembro de la pareja, por lo general el hombre, sobre el otro, generalmente la mujer. Ese dato transforma por completo el significado de las relaciones sexuales dentro de la pareja, que dejan de ser un componente esencial de una relación interpersonal con un significativo potencial autorrealizador, para convertirse en un instrumento privilegiado de humillación, degradación y negación de la dignidad personal. La agravación debería, por consiguiente, exigir expresamente la concurrencia de una efectiva dominación de género<sup>65</sup>.

Por lo demás, el requisito de que se sufra una situación de dominación de género sustituye satisfactoriamente a la referencia al prevalimiento de la relación de pareja que, sorprendentemente, está ausente en ambas iniciativas legislativas sobre esta agravante. En las dos se conforman con que se dé la cualidad de pareja en la víctima, sin más exigencias, lo que acentúa su falta de fundamentación. Por lo que se refiere al Anteproyecto, no objeta que tal requisito deba exigirse para las relaciones

<sup>63</sup> Véanse mis consideraciones al respecto en Díez Ripollés, *ibidem*, donde no excluyo algunos supuestos de atenuación.

<sup>64</sup> Se podría responder que el mantenimiento de estos delitos como semiprivados, de modo que no se persiguen si no media denuncia previa de la víctima, palió en gran medida los riesgos de que se produzcan intervenciones penales excesivas. Pero me gustaría recordar, primero, que ya se pueden perseguir a partir de querrela del ministerio fiscal y, segundo, que la opción político-criminal de considerar a todos estos delitos perseguibles de oficio está sobre la mesa, y cuenta con buenos argumentos. Véase al respecto Díez Ripollés, JL, "Capítulo VI", en Díez Ripollés, JL, Romeo Casabona, C, *Comentarios*, cit. pp. 576-578.

Afirma, en relación con la posible aplicación de la agravante de parentesco, que las agresiones sexuales dentro del matrimonio son siempre más graves pues se violan adicionalmente los vínculos de solidaridad, socorro mutuo y cuidado de naturaleza civil, y recuerda que el consentimiento se ha de actualizar en cada caso, Acale Sánchez, M, "Tratamiento...", cit. pp. 88-90.

<sup>65</sup> En el mismo sentido, Grupo de estudios de Política criminal, *Comunicado...*, cit.

de parentesco, pero lo elimina en la relación, la de pareja, en la que, por lo ya señalado, se debe ser más matizado. En cuanto a la Proposición, suprime tal exigencia tanto en relaciones de parentesco como de pareja, con lo que se produce el, supongo, indeseado efecto de que se pasa a castigar el incesto en sí mismo, sin más aditamentos, es decir, por su carácter inmoral, desconectado de la averiguación de si tal parentesco facilita la comisión del delito sexual.

De nuevo alguien podría alegar que el Convenio de Estambul obliga a decisiones como las tomadas por estas iniciativas<sup>66</sup>, y de hecho así lo dice el Anteproyecto<sup>67</sup>. Sin embargo, aparte de que el Convenio mantiene una dicción algo confusa, pues, por un lado, insiste en que hay que asegurar que la pareja agresora se encuentre abarcada en los tipos básicos, y, por otro, que en caso de pareja víctima se produzca una agravación, nada dice respecto a las condiciones en que debe formularse tal agravación. La fórmula por mí propuesta creo que responde plenamente a los designios del Convenio.

Por lo demás, la decisión del Anteproyecto de excluir del ámbito de la agravación al hombre pareja víctima parece sesgada en términos de respeto al principio de igualdad, no solo en parejas heterosexuales sino igualmente en parejas homosexuales masculinas.

#### 4. Y... acabáramos. Las penas previstas

Las dos iniciativas legislativas, más allá de sus alegaciones de querer reajustar las figuras típicas, continúan de un modo desproporcionado la tendencia legislativa a elevar las penas, signo característico de las diversas reformas de los delitos sexuales que han tenido lugar desde la aprobación del código penal de 1995.

4.1. La Proposición entiende que la equiparación de las conductas de agresiones y abusos básicos ha de llevar a aplicar la pena, más grave, de las primeras a los segundos. De este modo, los *abusos sexuales básicos*, ahora considerados agresiones, pasan a tener prevista una pena de prisión de 1 a 5 años, en lugar de la actual de 1 a 3 años de prisión o multa de 18 a 24 meses. Eso sucede en un contexto, recordemos, en que la Proposición ha incluido nuevas conductas, ahora no previstas, dentro de esas conductas sexuales básicas<sup>68</sup>.

Si cualquiera de esos comportamientos se realiza mediante la *actuación conjunta* de dos o más personas las penas de los actuales abusos sexuales se incrementan notablemente. Hoy en día, esta agravación no está prevista para estas conductas<sup>69</sup>, por lo que seguirán teniendo una pena de 1 a 3 años de prisión o multa de 18 a 24 meses, a salvo de que se les pueda aplicar como agravante genérica la de alevosía o

<sup>66</sup> Véanse arts. 36.3 y 46.a del Convenio del Consejo de Europa, cit.

<sup>67</sup> Véase apartado III párrafo cuarto de su Fundamentación.

<sup>68</sup> Cótéjese art. 181.1 a 3 vigente con propuesto art. 178. 1 y 2.

<sup>69</sup> Una extensión, matizada, de esta agravación a las actuales conductas de abusos la hemos apoyado supra.

abuso de superioridad, lo que podría conducir a que la pena se moviera entre 2 y 3 años de prisión. La pena ahora propuesta pasa a ser la de prisión de 5 a 8 años, que podrá referirse a conductas sorprendivas o simplemente sin haber obtenido previamente el consentimiento –por ejemplo, tocamientos sexuales fugaces a una mujer en una discoteca realizados por dos hombres-, o manoseos de dos personas en una fiesta al aire libre sobre una mujer que no está en condiciones de manifestar su voluntad por tenerla anulada debido a una excesiva ingesta de alcohol. Sorprendentemente, en los casos más graves, es decir, cuando concurra violencia o intimidación, la pena será más baja que la actual, que es de 5 a 10 años<sup>70</sup>.

Ciertamente, tanto en los tipos básicos como en el tipo agravado de actuación conjunta están previstos *tipos atenuados*, que quedan a la apreciación discrecional por los jueces en atención a la menor gravedad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes<sup>71</sup>. Así, en el primer caso se puede llegar a una pena de 6 meses a 1 año de prisión o a una multa de 18 a 24 meses, pena de prisión que es inferior a la del tipo básico de abusos sexuales –que está, como acabamos de decir, ente 1 y 3 años de prisión o multa de 18 a 24 meses-. En el segundo caso, se podrá atenuar la pena inicialmente prevista de 5 a 8 años hasta una pena que, en el mejor de los casos, puede estar entre 1 año, 3 meses y 2 años, 6 meses. Esta pena se superpone en gran medida con la del tipo básico, es decir, sin agravantes, de los actuales abusos sexuales, a salvo que no está prevista la multa<sup>72</sup>. Por lo demás, cuando estemos ante conductas que impliquen violencia o intimidación, es injustificadamente baja.

La estructura que la Proposición da en su art. 180 a las *circunstancias específicas de agravación*, si se aplican a los tipos básicos, hará que la pena actualmente prevista para la penetración con violencia o intimidación, prisión de 6 a 12 años, se vaya a extender a cualesquiera *actos o contactos sexuales sin penetración y sin que medie violencia o intimidación*, siempre que sean agresiones degradantes o vejatorias, que la víctima sea vulnerable, que sea pareja o pariente, que se haga uso de armas o medios peligrosos, o que se haya anulado su voluntad. Es decir, cualquier contacto sexual sorpresivo, o sin darle a la víctima la oportunidad de manifestar su consentimiento, cualquier abuso de privación de sentido o de superioridad, aunque consistan en un contacto sexual de escasa entidad –besos, tocamientos...- lleva a penas de prisión de 6 a 12 años, que pueden moverse en una horquilla entre 9 y 12 años si se da más de una de esas circunstancias. Por ejemplo, si se hace de una manera vejatoria –mofándose o poniéndola en ridículo, públicamente...- sobre tu pareja o sobre una persona especialmente vulnerable.

<sup>70</sup> Véanse arts. 181.5 y 180.1.2<sup>a</sup> CP, y art. 179.1 propuesto.

<sup>71</sup> Véanse arts. 178.3 y 179.3 propuestos.

<sup>72</sup> Véase art. 181.1 CP.

Por otro lado, en virtud de las disposiciones del mismo precepto, las conductas de *penetración* atentatorias a la libertad sexual pero *sin violencia ni intimidación*, actualmente consideradas abusos agravados y castigadas con una prisión de 4 a 10 años pasarían a penarse con prisión de 6 a 12 años y, si concurriera alguna agravante más de las del art. 180 propuesto, con pena de 9 a 12 años de prisión. Actualmente los abusos con penetración agravados quedan en una pena de 7 a 10 años de privación de libertad<sup>73</sup>. Por el contrario, la *penetración con violencia o intimidación*, si concurre otra circunstancia agravante, tendría una pena inferior a la actualmente vigente, pues se quedaría en prisión de 9 a 12 años, cuando hoy en día está castigada con pena de 12 a 15 años<sup>74</sup>.

Si esas circunstancias específicas de agravación del art. 180 propuesto se refieren al *tipo ya agravado de actuación conjunta* las elevaciones de pena se potencian, pues haya o no penetración, medie o no violencia o intimidación, la pena de prisión va de 8 a 12 años, de 10 a 12 años si concurre otra circunstancia. En la actualidad, como sabemos, la actuación conjunta solo agrava las conductas en las que media violencia o intimidación, y la pena es prisión de 5 a 10 años si no media penetración, pero de 12 a 15 si ha habido penetración<sup>75</sup>. Solo en este último caso la pena propuesta por la Proposición es menor.

Si se ha decidido aplicar el *tipo atenuado de los tipos básicos* ya no cabe aplicar las circunstancias específicas de agravación, ni siquiera la de concurrencia de penetración. Solo en los casos en que la víctima sea vulnerable, pareja o pariente, se impone una pena más grave que la del tipo atenuado, pero bastante más baja que la que en principio se prevé cuando concurren circunstancias específicas de agravación en relación con los tipos básicos. Esta exclusión de las circunstancias específicas de agravación no rige para el *tipo atenuado del tipo agravado por actuación conjunta*, por lo que, aunque hayamos atenuado el supuesto de actuación conjunta, en cuanto concorra una circunstancia específica de agravación la pena se dispara hasta el intervalo de 8 a 12 años de prisión, de 10 a 12 años si concurre una segunda circunstancia agravante.

En cuanto a los actuales *abusos y agresiones sexuales a menores* de 16 años, la Proposición propone un aumento de pena moderado, la mitad superior de la pena prevista cuando la víctima es adulta, aunque esto ha de relativizarse por la fuerte elevación de penas que ha propuesto previamente en las conductas de adultos. Con todo, para los casos de escaso desarrollo mental o físico, trastorno mental del

<sup>73</sup> Véase art. 181.4 y 5 CP.

<sup>74</sup> Véase art. 180 CP.

Por lo demás, algunas conductas registran ascensos de pena aún más llamativos. La modalidad de atentado a la libertad que consiste en anular la voluntad de la víctima, que, cuando no conlleva penetración, se castiga con pena de 1 a 3 años de prisión o multa, y cuando se produce la penetración se castiga con prisión de 4 a 10 años –art. 181.2 y 4 CP–, la Proposición quiere penarla, con independencia de si hay penetración o no, con prisión de 6 a 12 años, que será de 9 a 12 años si concurre alguna otra circunstancia agravante.

<sup>75</sup> Véase art. 180.1.2ª CP.

menor, o si es menor de cuatro años llega a la superior en grado, que podría llegar a ser, en el peor de los casos, de 18 años de prisión en lugar de los actuales 15 años<sup>76</sup>.

Finalmente, la Proposición no propone abrogar la exclusión de los delitos sexuales del régimen más beneficioso de *libertad condicional* del art. 90.3 CP, pero, eso sí, lo reduce a supuestos con pena abstracta superior a 5 años de prisión<sup>77</sup>.

4.2. El Anteproyecto procede a elevar las penas de los *tipos básicos* de los actuales abusos y agresiones sexuales. La pena del tipo básico de los primeros, ahora consistente en prisión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses pasa a ser pena de prisión de 1 a 3 años, sin posibilidad de aplicar en su lugar pena de multa. La pena de las conductas en las que media violencia o intimidación, ahora castigadas en el tipo básico con prisión de 1 a 5 años, pasa a ser prisión de 3 a 5 años en el tipo agravado en el que se encuentran.

Ese mismo tipo agravado prevé penas de prisión de 3 a 5 años para cualesquiera conductas sexuales sin violencia ni intimidación, entre las que están tocamientos fugaces sorpresivos o sobre persona con voluntad anulada por ingesta de droga pero *realizados conjuntamente* por dos o más personas, lo que contrasta, al no existir ahora esa agravación en los actuales abusos, con la pena de 1 a 3 años de prisión o multa que se le impondría con el derecho vigente<sup>78</sup>. En contraste, si esa actuación conjunta se realiza empleando violencia o intimidación, la pena que ahora se le impondría, que va de 5 a 10 años, estaría según el Anteproyecto en un intervalo entre 4 y 5 años<sup>79</sup>.

Se crea para todos estos supuestos un *tipo atenuado* facultativo, que queda, pues, a la discrecionalidad judicial, aunque debiendo atender a la menor gravedad del hecho y valorando las circunstancias concurrentes. Su aplicación hará que la pena de las conductas básicas sin mediar violencia o intimidación pueda moverse entre 6 meses y 1 año de prisión, inferior a la actual del tipo básico de abusos, aunque sin disponer de la pena de multa, que sí está disponible ahora para el tipo básico de abusos sin necesidad de apreciar una atenuación. Si la conducta básica sexual está mediada por el empleo de violencia o intimidación y le queremos aplicar el tipo atenuado llegaremos a una pena de 1 año 6 meses a 3 años, con un límite mínimo superior al actual del tipo básico de agresiones sin atenuaciones y un límite máximo inferior, pues sería una pena de 1 a 5 años. Si estamos ante cualquier comportamiento sexual realizado conjuntamente, la pena atenuada será de 1 año 6 meses a 3 años si no ha mediado violencia o intimidación, cuando en la legislación vigente sería de 1 a 3 años o multa, y si concurre violencia o intimidación la pena atenuada

<sup>76</sup> Véanse art. 181 de la Proposición y 183.4.a CP.

<sup>77</sup> Véase 90.3 de la Proposición.

<sup>78</sup> Véanse art. 178.1 y 2 del Anteproyecto y arts. 178 y 181.1 a 3 CP.

<sup>79</sup> Véanse arts. 178.2 y 180.1.2ª del Anteproyecto, y arts. 181.1 a 3, 178 y 180.1.2ª CP.



será de 2 años 3 meses a 3 años mientras que con la legislación vigente sería mayor, de 5 a 10 años<sup>80</sup>.

Si el comportamiento sexual conlleva *penetración*, la pena en las conductas ahora contenidas en los abusos sexuales y que el Anteproyecto trata como agresiones queda igual, esto es, prisión de 4 a 10 años, a salvo que haya actuación conjunta en cuyo caso se trata igual que si fuera realizada con violencia o intimidación, es decir, conlleva una pena de 6 a 12 años, lo que contrasta con la pena que ahora resultaría de 4 a 10 años de prisión. Por lo demás, la pena de penetración con violencia e intimidación queda también igual que en la actualidad, 6 a 12 años de prisión. Si en estos últimos casos se actúa conjuntamente se llega a una pena de 9 a 12 años de prisión, que es inferior a la que resultaría ahora, de 12 a 15 años<sup>81</sup>. No hay tipo atenuado para los supuestos de penetración.

Las *circunstancias específicas de agravación* parten de tres niveles de punición previos: Los abusos/agresiones sexuales sin violencia ni intimidación ni penetración, los abusos/agresiones sexuales con violencia o intimidación, o actuación conjunta, sin penetración; y los abusos/agresiones sexuales con penetración, diferenciando entre los dos grupos anteriores.

Eso hace que cualquier acto sexual sorpresivo, sin consentimiento o sobre persona con voluntad anulada por ingesta de alcohol puede llevar a penas de prisión de 2 a 3 años si, por ejemplo, la víctima es tu pareja o persona especialmente vulnerable, o de 3 a 3 años 9 meses si concurre alguna agravante más; en el derecho vigente llevaría a pena de prisión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses en el caso de la pareja, y de 2 a 3 años de prisión o multa de 21 a 24 meses si fuera persona especialmente vulnerable. Si esa misma conducta se realiza conjuntamente por dos o más personas llevará a una pena de 4 a 5 años de prisión, o de 5 a 6 años 3 meses de prisión si concurre más de una agravante; actualmente conllevaría una pena de prisión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses, o de 2 a 3 años de prisión en el caso de víctima especialmente vulnerable. Si se trata de cualquier conducta sexual pero mediando violencia o intimidación se impondrá una pena de prisión de 4 a 5 años si concurre una de las agravantes citadas como ejemplo, y de 5 a 6 años 3 meses si concurren dos o más; en la actualidad nos quedaríamos en una pena de 1 a 5 años en el caso de la pareja, de 5 a 10 años si concurriera especial vulnerabilidad, y de 7 años 6 meses a 10 años si concurrieran dos de las agravantes del art. 180 CP, por ejemplo, especial vulnerabilidad y actuación conjunta; de nuevo casos significativos de violencia e intimidación se castigan más en la actualidad que en el Anteproyecto<sup>82</sup>.

Cuando la conducta sexual es de penetración, si no hay violencia ni intimidación ni actuación conjunta las penas irán de 7 a 10 años de prisión con una agravante,

<sup>80</sup> Véanse arts. 178.3 y 180.1.2ª del Anteproyecto, y arts. 181.1 a 3, 178 y 180.1.2ª CP.

<sup>81</sup> Véanse arts. 179 y 180.1.2ª del Anteproyecto, y arts. 179, 180.1.2ª y 181.4 CP.

<sup>82</sup> Véanse arts. 178.1 y 2, 180.1 y 2 del Anteproyecto, y arts. 178, 180.1.3ª y 2, 181.1 y 5 CP.

pudiendo llegar a penas de 10 a 12 años 6 meses si hay dos o más agravaciones; ahora la pena va de 4 a 10 años de prisión en el caso de la pareja, y de 7 a 10 años si hay especial vulnerabilidad de la víctima, sin que sufra aumento por la concurrencia de una segunda agravante. Si la penetración es con violencia o intimidación, o actuación conjunta, el Anteproyecto lleva a penas de 9 a 12 años con una de esas u otras agravaciones, y de 12 a 15 años de prisión con dos o más agravaciones; el código vigente impone penas de 6 a 12 años en el caso de la pareja, de 12 a 15 años si hay especial vulnerabilidad u otra agravante del art. 180, y de 13 años 6 meses a 15 años con dos de esas agravaciones<sup>83</sup>.

El Anteproyecto, a diferencia de la Proposición, no hace repercutir las elevaciones de penas en adultos en las penas de los *tipos de menores de 16 años*, actualmente ya muy altas.

La reforma que el Anteproyecto propone del art. 192.4 CP conduce a que la aplicación de los *permisos y beneficios penitenciarios* se demore hasta el momento en que se cumpla la mitad de la condena en todos los delitos sexuales, limitación específica que ahora no existe. En sentido contrario, convierte en facultativa la decisión ahora obligatoria de no conceder el *tercer grado* a los autores de delitos sexuales contra menores hasta que no cumplan la mitad de la condena, y también convierte en facultativo, y no en obligatorio como ahora, la exclusión de los delinquentes sexuales del régimen más beneficioso de *libertad condicional* del art. 90.3 CP, que en todo caso solo regiría para penas impuestas superiores a 5 años y no a 3 años como ahora<sup>84</sup>.

4.3. Pido disculpas al lector por subapartados tan aburridos como los dos precedentes, pero creo que nos ilustran suficientemente sobre las conclusiones que paso a sacar.

No creo exagerado afirmar que la más importante novedad de las dos iniciativas legislativas estudiadas es la importante elevación del nivel de punición de los delitos sexuales que llevan a cabo. Sin embargo, este asunto apenas ha sido destacado en la fundamentación de ambas propuestas, lo que es especialmente pertinente decir de la Proposición.

Las penas de los tipos básicos de abusos sexuales se elevan en ambas iniciativas. La Proposición les impone las penas, más altas, de las actuales agresiones, y el Anteproyecto excluye como pena alternativa para ellos la de multa. Además el Anteproyecto pena las actuales agresiones sexuales más, pues les impone un límite mínimo de pena que triplica el actual. Estas elevaciones son más significativas si pensamos que entre los abusos se han incluido nuevos comportamientos antes no tipificados o tipificados de modo secundario, y que se renuncia a discriminar entre ese elenco ampliado de abusos sexuales, entre los que la Proposición introduce incluso a los supuestos violentos e intimidatorios.

<sup>83</sup> Véanse arts. 179 y 180 del Anteproyecto, y arts. 179, 180.1. y 2, 181.4 y 5 CP

<sup>84</sup> Véase art.192.4 del Anteproyecto, y arts. 192.4, 36.2 y 90.3 CP.

Esa decisión rigorista se ha querido enmascarar con la creación de tipos atenuados referidos a los tipos básicos e incluso a tipos agravados. Pero estos tipos atenuados, dada su formulación especialmente vaga, el variado y gran número de conductas a las que van referidos y el efecto reductor de la punición tan potente que son susceptibles de producir suponen un serio atentado a la seguridad jurídica. Además, implica otorgar a los jueces una gran discrecionalidad en estos delitos, algo sorprendente desde la opción político-criminal adoptada por los impulsores de estas iniciativas legislativas. En realidad, como ya dijimos supra, la introducción de estas figuras privilegiadas es un reconocimiento implícito de los excesos regulatorios en los que se ha caído, y un intento de paliarlos sin renunciar a los efectos expresivos buscados sobre la sociedad. Al margen de lo anterior, debemos recordar que son tipos facultativos, que en ocasiones no son capaces de quedar por debajo de los niveles de punición actuales de los tipos básicos, y que en otras, singularmente en las conductas violentas o intimidatorias, van demasiado lejos.

Los efectos exasperadores punitivos atribuidos a los tipos agravados y circunstancias específicas de agravación vinculados a la actuación conjunta de dos o más personas son desmedidos, en especial por afectar de manera indiscriminada a conductas de muy diversa entidad. En cualquier caso las elevaciones de pena son muy marcadas en ambas iniciativas, lo que de nuevo se intenta contrarrestar con tipos atenuados, los cuales, además de los defectos acabados de señalar, en ocasiones generan marcos penales muy amplios, opuestos al principio material de legalidad penal<sup>85</sup>.

El tratamiento punitivo que dan ambas iniciativas a la modalidad más grave de atentado a la libertad, la violenta o intimidatoria, y al comportamiento sexual más significativo, la penetración, es poco coherente. Nadie pone en duda la mayor gravedad de las conductas violentas o intimidatorias respecto al resto de atentados a la libertad sexual, mientras que existen opiniones plausibles favorables a restar alguna importancia punitiva al hecho de que la acción sexual consista en una penetración. Pues bien, las penas previstas en ambas iniciativas para las conductas violentas o intimidatorias en ocasiones descienden, tanto en términos absolutos respecto a la regulación actual, como en términos relativos respecto a las penas propuestas por esas iniciativas para el resto de conductas atentatorias a la libertad sexual. Es posible que este segundo hecho tenga que ver con que la elevación general de penas que proponen para todas las conductas sexuales ya no deja margen para ulteriores subidas si no se quieren alcanzar niveles realmente escandalosos. En contrapartida, las conductas de penetración, salvo alguna excepción, no pierden su capacidad agravatoria; todo lo más, se incorporan a su nivel agravado otras conductas sexuales sin penetración, con razones no siempre convincentes.

<sup>85</sup> Piénsese que, según la Proposición, un atentado a la libertad sexual realizado conjuntamente por dos o más personas podrá tener un marco penal, si incluimos los efectos del tipo atenuado, que irá de 1 año 3 meses a 8 años, quedando la pena a fijar en manos del arbitrio judicial. Véase art. 179 de la Proposición.

Es de lamentar igualmente que la Proposición, no así el Anteproyecto, configure las penas de los abusos sexuales a menores de modo que también en este ámbito de produzcan efectos exasperadores, aún más, de la punición.

Y ninguna de las iniciativas legislativas se anima a otorgar a los delincuentes sexuales un régimen penitenciario normalizado de beneficios y progresiones de régimen, sacándoles de la regulación excepcional más dura en que se encuentran. Todo lo más proponen algunas restricciones a esa regulación aunque, en el caso del Anteproyecto, también se propone una potenciación del régimen excepcional en relación con los beneficios penitenciarios.

En suma, como dije al principio de este subapartado, uno de los rasgos más característicos, si no el que más, de las dos iniciativas legislativas estudiadas es que se incorporan decididamente a la tendencia continuamente exasperadora de penas de los delitos sexuales, que padecemos desde pocos años después de haberse aprobado el código penal de 1995.

Conviene cerrar este apartado recordando que lo que el derecho penal sexual español necesita en estos momentos es una sustancial rebaja de penas, las cuales han alcanzado, tras las sucesivas reformas, unos niveles inaceptables desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, cuando no del de humanidad. Por si fuera poco, esas penas y su régimen de incumplimiento son inconsistentes con el buen pronóstico que la criminología atribuye a un adecuado tratamiento de la mayoría de estos delincuentes<sup>86</sup>. El delincuente sexual se ha convertido, como ya he dicho en alguna otra ocasión, en la *bruja contemporánea* sobre la que se vierten todo tipo de frustraciones y, por qué no decirlo, de sentimientos de culpabilidad presentes en nuestra sociedad. Pero este es un asunto en el que ahora no podemos detenernos<sup>87</sup>.

## 5. Conclusiones

Las dos iniciativas legislativas cuyo análisis parcial acabamos de realizar constituyen los heraldos de nuevas transformaciones del derecho penal en una dirección que no puedo compartir.

De una forma más marcada en la Proposición que en el Anteproyecto constituyen un buen ejemplo de lo que podemos denominar un *derecho penal identitario*. Me-

<sup>86</sup> Véanse en ese sentido. Ramírez Ortiz, JL, “Sociedad en red...”, cit, pp. 17-19; Atienza, M, “A propósito del caso de La Manada”, *Jueces para la democracia*, 2018, n. 92, p. 7; Grupo de estudios de Política criminal, *Comunicado...*, cit.

Se limitan a rechazar una nueva elevación de penas en estos delitos, Faraldo Cabana, P, Ramón Ribas, E, “La sentencia...”, cit, p. 289. No excluyen, por el contrario, la necesidad de seguir elevando penas, aunque no lo consideran el aspecto más importante, haciendo expresa referencia, laudatoria, a la Proposición aquí estudiada, Acale Sánchez, M, Faraldo Cabana, P, “Presentación”, cit, pp. 26-27. Lamenta que no se hayan producido aumentos de pena en los delitos sexuales coherentes con su carácter de violencia de género, Acale Sánchez, M, “Tratamiento...”, cit, pp. 77-80.

<sup>87</sup> Véase Díez Ripollés, JL, “Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas (1996-2011)”, Parte II, *Boletín criminológico*, Málaga: IAIC, 2013, n.143, p.4.

diante él el derecho penal desplaza su enfoque desde la protección de los intereses individuales o colectivos más importantes de todos y cada uno de los ciudadanos hacia la protección de los intereses propios de determinados colectivos sociales. Estos últimos intereses suplantán, o al menos condicionan, la protección de los intereses del conjunto de los ciudadanos titulares de derechos y deberes individuales.

Este nuevo derecho penal no tiene que ver con la incesante y necesaria búsqueda de un derecho penal más imparcial. Este pretende identificar las conductas especialmente lesivas para la sociedad con independencia de la extracción social de quienes las realizan. Y ha permitido, respetando los postulados del derecho penal mínimo, una relevante ampliación del derecho penal para proteger bienes jurídicos colectivos, singularmente en el ámbito socioeconómico, medioambiental y de reforzamiento de instituciones democráticas.

Por el contrario, estamos ante un derecho penal máximo que atribuye al derecho penal adicionales tareas de transformación social mediante el empleo del medio coactivo más importante del que dispone el estado, la amenaza penal. Se trata de que el derecho penal se convierta en un privilegiado instrumento de impulso de determinadas políticas sociales, con frecuencia imprescindibles e inaplazables. Para lograr tal objetivo el derecho penal tiene que transformarse y ser capaz de incorporar un buen número de elementos expresivos y valorativamente sesgados, claramente orientados a realzar a ciertos colectivos sociales preteridos o desfavorecidos, aun a costa de perder la imparcialidad y la medida en el enjuiciamiento de la conducta delictiva. Esa pretensión no ve obstáculo en desmontar, o renunciar a perfeccionar, refinadas construcciones dogmáticas que permiten un abordaje depurado del caso concreto, si así se logran otros fines sociales o incluso jurídico-procesales. Tampoco ve problema en potenciar al máximo los efectos aflictivos de la pena.

De este modo, políticas sociales justas e imprescindibles, como sin duda lo es la que pretende erradicar la marcada desigualdad en las relaciones sexuales en nuestra sociedad, se ven contaminadas por una tosca aproximación al problema, que descansa primordialmente en la exasperación indefinida del *ius puniendi*. Lo hemos experimentado ya en otras ocasiones: La tutela de las víctimas del terrorismo, la protección de la mujer pareja, la prevención de minorías sociales vulnerables, colectivos todos ellos necesitados de enérgicas reacciones sociales a su favor, que han quedado casi monopolizadas por esa reacción penal sesgada y desproporcionada. Es el turno al parecer de que el derecho penal asuma de forma protagonista una nueva empresa social, y acomode a toda costa sus contenidos a ella, la lucha contra la desigualdad en las relaciones entre los sexos.

Confiemos que la sensatez se imponga, y que el derecho penal sexual quede confinado a su tarea, una intervención decidida y ponderada contra los más graves atentados a la libertad sexual de las mujeres y los hombres de nuestra sociedad.