

Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología

NÚMERO 4 // 2024



ISSN: 2990-0697

Cuadernos Cuadernos de Res Publica en derecho y criminología es una publicación científica destinada a un público interesado en las cuestiones propias de la reflexión académica, el trabajo crítico y la investigación jurídica y criminológica con una periodicidad semestral, que difunde trabajos científicos relacionados con el derecho público y las ciencias criminológicas, aceptando originales sobre cualquiera de sus ámbitos, suscitando la reflexión mediante el análisis jurídico y criminológico más actual.

Como seña de identidad, Cuadernos de res publica en derecho y criminología propone a sus posibles autores que estudien la realidad jurídica centrando su atención en los elementos abstractos que trascienden de las realidades sociales, considerando los hechos sociales que preocupan a la sociedad como; los delitos e infracciones, sus autores y las víctimas, la respuesta de los mecanismos de control social formal e informal ante estos, y la acción de la justicia, para obtener resultados efectivos, que puedan orientar la toma de decisiones a partir de los estudios e investigaciones académicas que se aproximen.

Cuadernos de Res Publica en derecho y criminología está dirigida a difundir, visibilizar y transferir resultados de investigación desarrollados por investigadores, docentes y profesionales que posean interés en el área de las disciplinas del derecho público y la ciencia criminológica, nacionales e internacionales, en pro de la discusión y debate sobre problemas que preocupan a la sociedad

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0.

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Resumen en español: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>





Dirección de la Revista:

Juan José Delgado Morán
Avda. De Utrera, Km 1. Sevilla
Edificio 14, planta 4º despacho 44.
Universidad Pablo De Olavide
respublica@upo.es

Coordinación de la Revista:

Elena Boza Moreno. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Coordinación editorial de la Revista:

Manuel José García Rodríguez. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Comité Editorial de la Revista:

Luis Miguel Arroyo Yanes. Universidad Pablo de Olavide
Ángel Belzunegui Eraso. Centro de Estudios sobre Conflictos Sociales.
Carlos María López Espaldafor. Universidad de Jaén
Luigi Martino. Universidad de Florencia (Italia)
Pedro Manuel Herrera Molina. Universidad Nacional de Educación a Distancia
Andrea de Guttery. Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, (Italia)
Gustavo Díaz Matey. Universidad Complutense de Madrid
Fayga Bedê. Centro Universitário Christus (Brasil)
Camilla Pagani. Istituto di scienze e Tecnologie della Cognizione, (Roma)

Comité Científico Nacional de la Revista:

Raquel Guillén Catalán. Universidad de Valencia
Tania García Sedano. Universidad Carlos III
Juan Carlos Rodríguez Fernández. Universidad del Atlántico Medio.
Juan Carlos Vegas Aguilar. Universidad Católica de Valencia
Ana María Ruiz-Ruano García. Universidad de Granada
Eduardo Juárez Valero. Universidad Carlos III
Susana San Cristóbal Reales. Universidad Internacional Isabel I de Castilla.
Guillermo Calleja Leal. Comisión Española de Historia Militar (CEHISMI)
Jorge López Puga. Universidad de Granada

Comité Científico Internacional de la Revista:

Lester Cabrera Toledo. FLACSO (Ecuador)
Julio César Tapia Cárdenas. Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa (Perú)
Juan Martín López Calva. Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (México)
Marcela Rodríguez Mejía. Universidad del Externado (Colombia)
Fulgencio Samudio Ozuna. Universidad Autónoma de San Sebastián (Paraguay)
Martha Leticia Gaeta González. Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (México)
José Manuel Saiz Álvarez. TEC de Monterrey (México)
Pedro Díaz Polanco. Universidad Austral (Chile)



Índice

Introducción al monográfico especial sobre “Debates jurídico-criminológicos sobre la Ley 10/2022 de 6 de septiembre, también conocida como ley del ‘solo sí es sí’”

Viviana Caruso Fontán, Esther Pomares Cintas y Pastora García Álvarez

El nuevo delito de hostigamiento sexual a la luz de las primeras resoluciones jurisprudenciales sobre la materia

Viviana Caruso Fontán

¿Necesidad de una “ley seca” en España en la esfera de las prestaciones sexuales voluntarias de personas adultas?

Esther Pomares Cintas

El debate sobre la relevancia de la cláusula del art. 183 quater cp en el caso de “La Arandina”

Pastora García Álvarez

¿Libertad o explotación? El debate sobre la prostitución

Elena Boza Moreno

La LO 1/2004, de 28 de diciembre después de la aprobación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral sobre la violencia sexual

Sonia Victoria Villa Sieiro

Contenido y vicios del consentimiento de la Ley del ‘solo sí es sí’

Juan Carlos Vegas Aguilar

La violencia sexual. Factores de riesgo, perfil del agresor y marco normativo

Josefa Fernández Vidal

Perspectiva de género y derecho penal: Consideraciones a propósito de la Ley del “sólo sí es sí”

Alejandro Manzorro Reyes

“Solo sí es sí”. Debate sobre la polémica Ley Orgánica 10/2022

Tania Vidal López

Aspectos victimológicos, psicológicos y forenses en violencias sexuales

Alba Lancharro Castellanos

Presentación del número 4/2024





Presentación del numero 4, 2024

Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología genera un espacio para las perspectivas críticas en la que el lector podrá encontrar opiniones construidas sobre cuestiones que involucran el conocimiento y desarrollo, difundiendo, visibilizando y transfiriendo, resultados de investigación nacionales e internacionales en derecho y criminología, en pro de la discusión y debate sobre problemas que preocupan a la sociedad.

La cuarta entrega de Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología, reúne 10 trabajos académicos diversos, con temáticas tanto dogmáticas como prácticas con temas que obedecen a un monográfico especial sobre **“Debates jurídico-criminológicos sobre la Ley 10/2022 de 6 de septiembre, también conocida como ley del ‘solo sí es sí’**”, dirigido por las investigadoras de la Universidad Pablo de Olavide, **Viviana Caruso Fontán** y **Pastora García Álvarez** junto a la investigadora de la Universidad de Jaén, **Esther Pomares Cintas**.

El primer aporte a este número lo firma la investigadora de la Universidad Pablo de Olavide Viviana Caruso Fontán y tiene por título **“El nuevo delito de hostigamiento sexual a la luz de las primeras resoluciones jurisprudenciales sobre la materia”**, en donde su autora se pronunció en contra de incorporar a la legislación penal española, determinadas injurias o vejaciones injustas de carácter leve, al no reunir estas a juicio de la investigadora, entidad suficiente para la intervención penal como delito específico.

El segundo trabajo lleva por título **“¿Necesidad de una “ley seca” en España en el ámbito de las prestaciones sexuales voluntarias de personas adultas?”**, firmado por la investigadora de la Universidad de Jaén, Esther Pomares Cintas, en donde su autora pone el foco, examinando las cuestiones más problemáticas que plantea la dualidad existente entre las prestaciones sexuales voluntarias, y la explotación laboral, analizando las lagunas y barreras que obstaculizan una efectiva protección de los derechos fundamentales de estas personas, especialmente si son migrantes.

El tercer artículo ha sido confeccionado por la investigadora Pastora García Álvarez de la Universidad Pablo de Olavide y que lleva por título **“El debate sobre la relevancia de la cláusula del art. 183 quater cp, en el caso de “La Arandina”**”, donde profundiza en la relevancia que tiene el consentimiento de actos sexuales en menores de edad, apreciando la autora, una vez examinado el caso analizado, este pueda operar como atenuante analógica e, incluso, como eximente incompleta.

El cuarto artículo de este monográfico especial, tiene por título **“¿Libertad o explotación? El debate sobre la prostitución”**, firmado por Elena Boza Moreno, investigadora del Centro

Universitario San Isidoro y de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla y donde su autora analiza si es posible que el ejercicio de la prostitución pueda ser desempeñado de forma libre y voluntaria por personas mayores de edad y con plenas capacidades para decidir, posicionándose firmemente la autora, en que esta puede ser objeto y causa lícita de un contrato, y efectivamente pueda desarrollarse o elegirse como profesión de forma libre y consentida.

En el quinto trabajo titulado **“Contenido y vicios del consentimiento de la Ley del ‘solo sí es sí’**”, del investigador Juan Carlos Vegas Aguilar, de la Universidad Católica de Valencia, pormenoriza su autor, en las consecuencias jurídicas y características del consentimiento para este poder tener validez, así como en los distintos vicios que puedan desvirtuar el objeto de examen en supuestos concretos.

El sexto trabajo tiene por título **“La violencia sexual. Factores de riesgo, perfil del agresor y marco normativo”**, donde su autora, Cristina Ortega Giménez de la Universidad Miguel Hernández de Elche, enfatiza en la lacra del feminicidio como una plasmación amplia de violencia del hombre sobre la mujer. La autora en este escenario observa casos en el derecho comparado, e insiste en ampliar alternativas para atajar la violencia sobre la mujer.

El séptimo aporte a este monográfico especial versa sobre **“La LO 1/2004, de 28 de diciembre después de la aprobación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral sobre la violencia sexual”**, y esta confeccionado por la investigadora, Sonia Victoria Villa Sieiro, de la Universidad de Oviedo, apreciando la autora ciertas dificultades con respecto al contenido que en nuestro país se otorga a la violencia de género, en cuanto a la definición que el legislador parece entender en ocasiones, entre violencia de género y violencia sobre la mujer (o contra la mujer), enfatizando la autora, no son términos sinónimos.

Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología

El octavo artículo tiene por título **“Perspectiva de género y derecho penal: Consideraciones a propósito de la Ley del ‘sólo sí es sí’**”, y ha sido realizado por el Magistrado Juez de Juzgado de Primera Instancia, Alejandro Manzorro Reyes, donde nos introduce al estudio de la violencia sobre la mujer y del amplio abanico de tutelas a dispensarla (orgánica, procesales, judiciales, sociales, etc) donde su autor, insiste, en que es un camino largo y cuyo recorrido precisa, de un gran rigor científico y de un gran interés no exento de paciencia, aprehensión, y empatía.

El noveno trabajo de este monográfico firmado por la investigadora, Tania Vidal López, de la Universidad Isabel I. Burgos, y tiene por título **“Solo sí es sí”. Debate sobre la polémica Ley Orgánica 10/2022**, donde su autora ofrece una perspectiva crítica sobre las consecuencias negativas experimentadas por su entrada en vigor.

El decimo y ultimo trabajo de este monográfico especial tiene por título **“Aspectos victimológicos, psicológicos y forenses en violencias sexuales”**, donde su autora, Alba Lancharro Castellanos de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, ha recopilado información de naturaleza multidisciplinar que aúna los conocimientos de la victimología con otras disciplinas tales como la enfermería, la medicina y la psicología, dirigida a observar los efectos neuropsicológicos que pueden presentar las víctimas de violencias sexuales.

Juan José Delgado Morán
Universidad Pablo de Olavide



**Presentación
del monográfico
especial por los
directores invitados**

4/2024





**Introducción al
monográfico especial
sobre “Debates
jurídico-criminológicos
sobre la Ley 10/2022
de 6 de septiembre,
también conocida
como ley del ‘solo sí es
sí’”**

Viviana Caruso Fontán

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla
vcaruso@upo.es
ORCID 0000-0002-4969-7377

Esther Pomares Cintas

Universidad de Jaén
epomares@ujaen.es
ORCID 0000-0001-6533-6873

Pastora García Álvarez

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla
prgaralv@upo.es
ORCID 0000-0002-3278-8491

Es posible sostener que la evolución de los delitos que protegen la libertad sexual en España nunca ha sido pacífica. La sexualidad es uno de los ámbitos más sensibles del ser humano y, en consonancia, cualquier cuestión que afecte a su regulación penal suele dar lugar a grandes polémicas.

No obstante, los hechos que han acaecido a partir de 2016 han sobrepasado con creces las disputas anteriores, llegando a determinar una ruptura de paradigmas. Si hasta entonces el foco de atención estaba centrado nítidamente en la protección de la libertad sexual, entendida como una proyección de la libertad individual, a partir de esta fecha la regulación de los tipos delictivos pasa a estar al servicio de un orden moral muy determinado, hasta el punto de convertir la libertad sexual, cuando se refiere a la mujer, en valor de naturaleza colectiva.

Lo anterior no es ninguna novedad, pero sí supone un retroceso a épocas en las que el Estado intentó encauzar la sexualidad humana en un determinado sentido como forma de moldear las costumbres sociales y establecer un parámetro de lo “moralmente bueno” o “moralmente malo”.

Tendencia que, si bien había sido superada en los primeros tiempos del Código penal de 1995, parece haber sido retomada por la Política criminal que se ha seguido en la materia en los últimos años.

El foco de atención de las críticas en esta ocasión se ha situado en la distinción entre las figuras de agresiones y abusos sexuales con el consiguiente resultado de la desaparición de estas últimas.

Esta distinción, tradicionalmente aceptada, distinguía entre las conductas más graves y aquellas que atacaban al bien jurídico “libertad o indemnidad sexuales” con menor intensidad, en estricto respeto del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, la insatisfacción social generada en varios asuntos de gran repercusión mediática en los que no se entendieron acreditados los requisitos necesarios para apreciar la más grave de estas calificaciones generó movilizaciones -sin precedentes en nuestro país- que reivindicaban aplicar la etiqueta de “agresión sexual” a cualquier acto sexual no consentido, con independencia de los medios comisivos empleados. Es posible que este tema sólo haya sido tomado como pretexto idóneo para iniciar una lucha política, donde se ha reemplazado la reivindicación de proyectos universales de emancipación humana por la persecución a cal y canto del nuevo enemigo: los “machistas opresores”.

En efecto, los defensores de la así conocida Ley del “Solo sí es sí” presentan a la “violencia sexual” como un fenómeno colectivo, que proviene del modelo de sociedad patriarcal cuyas raíces se hunden aún hoy en lo más profundo de nuestra cultura.

De esta visión se derivaría el avasallamiento automático que sufre la mujer tanto en el ámbito personal como profesional y que se concreta en la violencia de género, las agresiones sexuales, la prostitución y otras formas de acoso.

Para contrarrestar esta realidad se ha decidido recurrir, en primera y única instancia, a la solución penal entendida también como

forma de encauzar mentalidades. Se espera que la legislación penal transmita el mensaje de que en este ámbito los hombres son los agresores y las mujeres siempre las víctimas, nunca autónomas, nunca interlocutoras.

Quizás sería oportuno analizar cuáles son las causas por las que la sociedad considera que los tipos penales siguen siendo arcaicos y por qué se mantiene la equivocada idea de que resulta necesaria una cláusula específica que regule el consentimiento en la esfera sexual.

Tal vez ello esté vinculado a la creencia de que todavía se exige una férrea resistencia para que pueda ser apreciado un delito contra la libertad sexual. Creencias erróneas que han llevado a ciertos ciudadanos exaltados a cuestionar incluso la labor judicial, acusando a algunos de sus representantes de reproducir y naturalizar estereotipos de dominio-sumisión como único eje en el que pueden relacionarse sexualmente un hombre y una mujer.

Estas concepciones no sólo despliegan sus discutibles efectos en las agresiones sexuales, sino también, sobre todas las figuras penales destinadas a proteger la libertad sexual. Ahora bien, mientras que en el ámbito de las agresiones sexuales se reclama que el consentimiento debe ser el elemento central, cuando se trata del ejercicio voluntario de la prostitución de mayores de edad, este elemento clave pierde de forma contradictoria su relevancia.

Así, si el texto original del Código penal de 1995, atendiendo a las voces de los movimientos feministas despenalizadores de entonces, eliminaba la figura del proxenetismo no coercitivo, la ley 11/2003, pocos años después, volvió a castigar a quien “se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma”.

Entretanto, la reforma del año 2015, que parecía apoyar la jurisprudencia del Tribunal Supremo favorable a una interpretación restrictiva que negaría la reincorporación del proxenetismo en nuestro Derecho penal, introduce un texto de tal ambigüedad que no

puede ser entendido como una descriminalización del entorno del ejercicio voluntario de la prostitución por cuenta ajena.

Así, en los últimos tiempos los enfrentamientos entre abolicionistas y regulacionistas se han encrudecido y han cobrado tintes políticos y reduccionistas insólitos.

Fruto de esa polarización hoy, es condena a quien quiere desarrollar el ejercicio de la prostitución como medio de vida al ostracismo, la clandestinidad y a la marginación. Situaciones semejantes podrían explicarse en relación con la pornografía, a la que también se impone un preocupante criterio moralizador.

Ante la convulsiva situación descrita, es conveniente y necesario analizar a fondo las consecuencias de los cambios ya producidos y los que amenazan con venir.

Este es, precisamente, el objetivo del especial monográfico de la Revista Cuadernos de Res Pública, en el que se abordan distintas y muy variadas materias. Desde el mínimo de intervención penal, que actualmente viene determinado por el delito de vejaciones sexuales leves, pasando por las propuestas abolicionistas que amenazan con poner trabas a la capacidad de emancipación de la mujer, hasta el análisis criminológico de los delitos sexuales, los trabajos publicados nos aportarán el grado de conocimiento necesario de la realidad, para poder evaluar si la toma de decisiones legislativas no se está llevando a cabo, en puridad, a espaldas a las necesidades sociales

Viviana Caruso, Esther Pomares, y Pastora García
Directoras del monográfico
En Sevilla, a 4 de abril de 2024



ARTÍCULOS





El nuevo delito de hostigamiento sexual a la luz de las primeras resoluciones jurisprudenciales sobre la materia

The new crime of sexual harassment in light of the first jurisprudential resolutions on the matter

Viviana Caruso Fontán¹

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla
vcaruso@upo.es
ORCID 0000-0002-4969-7377

Resumen

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ha incorporado al Código penal español un nuevo tipo delictivo destinado a luchar contra el acoso callejero. La nueva figura se incorpora en el artículo 173.4 CP y lo define como una forma de injurias o vejaciones injustas de carácter leve. En este trabajo se examina la experiencia internacional en esta materia y se indaga sobre los instrumentos que ya antes de la reforma disponía la legislación para responder a esta problemática. En definitiva, se trata de analizar la necesidad de la incorporación a la legislación penal española de un delito específico destinado a recoger las formas más extremas de este fenómeno social y de valorar los primeros resultados.

Palabras clave: Acoso sexual, Acoso callejero, Tratos degradantes, Libertad sexual, Humillación.

Abstract

Organic Law 10/2022, of September 6, on the comprehensive guarantee of sexual freedom, has incorporated a new type of crime into the Spanish Penal Code aimed at fighting street harassment. The new figure is incorporated into article 173.4 CP and defines it as a form of slight insults or unfair humiliation. This work examines the international experience in this matter and investigates the instruments that the legislation already had before the reform to respond to this problem. In short, it is about analyzing the need to incorporate into Spanish criminal legislation a specific crime aimed at collecting the most extreme forms of this social phenomenon and assessing the first results.

Keywords: Sexual harassment, Street harassment, Degrading treatment, Sexual freedom, Humiliation.

¹ Grupo Interuniversitario e Interdisciplinario de Investigaciones sobre la Criminalidad (SEJ678). Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación Orientada (2022, Ministerio de Ciencia e Innovación) "Análisis de las propuestas legislativas de lucha contra la esclavitud moderna y de las obligaciones de diligencia debida de las empresas en España" (APROES), Ref. PID2022-141837OB-I00.

Cómo citar este trabajo: Caruso Fontán, Viviana. (2024). El nuevo delito de hostigamiento sexual a la luz de las primeras resoluciones jurisprudenciales sobre la materia. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4), 13–33. <https://doi.org/10.46661/respublica.10267>

1. Introducción

Dentro del conjunto de medidas destinadas a frenar lo que se denomina las “violencias contra las mujeres” y en el marco de la política criminal actual que sigue los postulados de la doctrina del género, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, decidió incorporar al Código penal español un delito para luchar contra el acoso callejero.

La nueva regulación sigue una línea de pensamiento que se proyecta a nivel internacional y que responde al objetivo de visualizar actitudes discriminatorias que tradicionalmente han sufrido las mujeres sin que –en apariencia- recibiesen ningún amparo legal, de modo que lo que se pretende evitar son comportamientos masculinos que se encuentran arraigados y que hasta el momento eran considerados como socialmente aceptados.

A este planteamiento también respondieron, en su momento, la introducción del delito de acoso sexual (art. 184 CP), el acoso laboral (art. 173.1 CP) y la regulación del delito de violencia doméstica (art. 173.2 CP).

Para poder opinar con fundamento sobre la oportunidad de regular de forma específica el acoso callejero, creemos que sería conveniente atender de forma previa a las siguientes cuestiones: en primer lugar, sería preciso considerar cuáles son los comportamientos propios de acoso callejero que lesionan con suficiente entidad los bienes jurídicos como para recibir el reproche penal.

Si bien no cabe duda de que en el contexto de un altercado callejero pueden darse situaciones que traspasen los límites de lo socialmente aceptado e, incluso, de lo

penalmente relevante, lo cierto es que en la mayor parte de los casos se tratará de hechos de escasa significación, donde puede tornarse complicado establecer el límite entre lo simplemente grosero y lo delictivo. En segundo lugar, sería preciso considerar si esos comportamientos, que efectivamente traspasan el umbral de lo penalmente relevante, podían ser subsumidos en los delitos anteriormente previstos en el Código penal.

Si la respuesta fuera afirmativa, deberíamos manifestarnos en contra de la creación de un tipo destinado a castigar un fenómeno criminológico que ya podía ser resuelto por las normas penales anteriormente vigentes.

No obstante, en nuestro país los pasos parecen haberse seguido en forma inversa, ya que la reforma no ha venido precedida por un estudio que haya demostrado la existencia de un vacío normativo. En este contexto, dedicaremos las páginas siguientes a indagar sobre la experiencia internacional en la materia y las posibles consecuencias de la aprobación del texto legal.

2. ¿De qué hablamos cuando nos referimos a “acoso sexual callejero”?

De acuerdo con el Informe publicado en 2019 por ONU Mujeres², en México casi una de cada tres mujeres (27.4 %) a lo largo de su vida ha sido objeto de piropos o frases de carácter sexual que la molestan o incomodan y el 12.6 % ha sufrido tocamientos o ha sido manoseada sin su consentimiento.

El estudio también revela que estos actos tienen mayor prevalencia en la calle y en el transporte público pero que no se limitan a constituir una cuestión aislada de seguridad,

² “Análisis Comparado Internacional de la Legislación contra el Acoso Sexual en Espacios Públicos”, presentado por ONU Mujeres, Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, que recoge los resultados de la Encuesta Nacional sobre la Dinámica

de las Relaciones en los Hogares 2016 (ENDIREH, 2016). El informe está disponible en: <https://mexico.unwomen.org/es/digiteca/publicacion/es/2019/06/analisis-comparado-legislacion> (visto 20/02/2024).

sino que son actos que tienen su origen en el sistema estructural de discriminación de género y de violencia contra las mujeres.

En este sentido, el informe expresa que el fenómeno del acoso sexual no se limita a un país, cultura, región, o posición socioeconómica, sino que el acoso sexual que cotidianamente padecen las mujeres y niñas en los espacios públicos es inaceptable e intolerable en la medida en que limita su libertad de movimiento, su capacidad de participar en la vida pública, su acceso a los servicios esenciales y el ejercicio de sus derechos”.

Si acudimos a los instrumentos jurídicos internacionales es posible comprobar que estos no contienen una definición específica de acoso sexual en espacios públicos; sin embargo, estos documentos sí establecen las bases para concluir que el acoso callejero es un acto de discriminación y violencia contra las mujeres. Así, el Programa “Global Ciudades y Espacios Públicos Seguros para Mujeres y Niñas”, de las Naciones Unidas³, señala que el acoso sexual está comprendido por: acciones realizadas de manera intencional por parte del perpetrador y sin el consentimiento, acuerdo o permiso de la persona que lo recibe e incluye comentarios sexuales no deseados, acciones o gestos. De modo que el acoso puede verificarse de las siguientes formas:

- Verbal o sin contacto físico: A través de comentarios sexuales sobre las partes del cuerpo o apariencia de una persona, silbidos, piropos, ofertas sexuales, insinuaciones sexuales, comentarios de doble sentido.

- No verbal: Mediante gestos, miradas lascivas, exposición de los órganos sexuales, señas, sonidos, seguimiento o acecho.

-Incluyendo contacto físico: A través de roces, manoseo, apretones y pellizcos, empujones, frotamientos contra la persona de una manera sexual⁴.

Por su parte, 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 tampoco contiene una definición expresa de lo que debemos entender por “acoso callejero” pero sí se refiere al acoso sexual en el artículo 40 disponiendo que “las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales.” Como

³ Disponible en: https://www.endvawnow.org/uploads/browser/files/safe_cities_glossary_2011.pdf (Visto 20/02/2024).

⁴ Tomando en cuenta todo lo señalado, según el informe de ONU Mujeres entre los elementos que debe contener una definición de acoso sexual se encuentran los siguientes: • Acto de discriminación y violencia que genera daño o sufrimiento físico, sexual y psicológico. • Se da en la comunidad en general, tanto en espacios públicos como privados. • Es perpetrado por cualquier persona y/o perpetrado o tolerado por el Estado. • La conducta es hostil, humillante, denigrante, ofensiva y puede constituir un problema de salud y seguridad. • Es un comportamiento intencional por parte del perpetrador y no deseado por quien lo recibe. • Se

manifiesta a través de diversas conductas de tono sexual que pueden ser verbales, no verbales y/o de contacto físico. • Algunas conductas que constituyen acoso sexual son: • Insinuaciones. • Comentarios de tipo sexual o sobre la apariencia del cuerpo. • Silbidos. • Piropos. • Comentarios de doble sentido. • Exhibición de pornografía. • Exhibición de órganos sexuales. • Gestos y miradas lascivas. • Exigencias sexuales (verbales o no de hecho). • Roces. • Manoseo. • Apretones. • Pellizcos. • Empujones. • Frotos contra la persona de una manera sexual. • Seguimiento o acecho.

<https://mexico.unwomen.org/es/digiteca/publicacion/es/2019/06/analisis-comparado-legislacion> (visto 20/02/2024).

vemos, el Convenio agrega a la ecuación un elemento fundamental: la necesidad de que los comportamientos supongan una violación de la dignidad de la persona.

Cuando se hace referencia al “acoso sexual callejero” se suele pensar en el clásico “piropo” que puede decirle un hombre a una mujer en la calle, pero estas expresiones pueden manifestarse de modos muy diversos. En los estudios citados se identifica a los piropos, silbidos o insinuaciones como actos violentos por el sólo hecho de no contar con el consentimiento del destinatario y sin atender a ulteriores consideraciones.

No obstante, las manifestaciones con connotación sexual que se realizan en la calle pueden tener un tono agradable y positivo o, pueden ser realizadas de forma soez y grosera. A su vez, pueden limitarse a contener expresiones verbales, o pueden incluir gestos o, incluso, comportamientos que impliquen pequeñas agresiones. En consecuencia, las expresiones con connotación sexual que se realizan en la vía pública abarcan un espectro tan amplio de conductas que impide reunir las en una única categoría. En este contexto, la referencia a la necesaria violación de la dignidad de la persona, a pesar de su vaguedad, es un elemento que nos permite comenzar a discernir cuáles son los comportamientos que pueden merecer el reproche penal.

En este sentido, entendemos que toda expresión o manifestación que tenga una connotación positiva no puede ser vista como un ataque a la dignidad de la persona. En la medida en que el Derecho no puede responder solo a consideraciones subjetivas del interlocutor, deberíamos excluir del ámbito del acoso, los silbidos, piropos y simples insinuaciones, ya que el mero hecho de ser vistos como manifestaciones que tienden a perpetuar los estereotipos de los sexos, no implica que supongan un ataque a las mujeres y menos que puedan ser identificados como una forma de violencia contra ellas.

A pesar de las conclusiones del Informe de ONU Mujeres ya expuestas, en las que se considera que estamos frente a un fenómeno que no conoce fronteras, entendemos que las desigualdades culturales sí pueden marcar diferencias relevantes en este ámbito. Es propio del carácter latino expresar las preferencias y los gustos de una forma más efusiva que en otras culturas y estas expresiones pueden ser recibidas de diferente manera por el interlocutor.

El auge del feminismo y, especialmente, de la perspectiva de género, ha influenciado en buena medida al género femenino en la creencia de que este tipo de manifestaciones son formas de machismo y que persiguen el objetivo de cosificarlas. Dentro de esta nueva cultura, pequeños gestos, como abrir la puerta de un coche a una mujer, que antes eran percibidos como detalles de caballerosidad, se han convertido en conductas a evitar por el género masculino.

Pero, ¿significa esto que la dañosidad de la conducta dependa de la forma en que es percibida por el interlocutor?, la respuesta a esta pregunta debe ser negativa, ya que es indudable que la ley penal debe atenerse en la medida de lo posible a parámetros objetivos.

3. El contexto ideológico de la reforma sexual

Si bien el nuevo tipo delictivo se incardina en el ámbito de los delitos contra la integridad moral, no cabe duda de que esta temática guarda una estrecha relación con los delitos sexuales. Esta circunstancia nos lleva a analizar el advenimiento de la nueva figura como una parte del desarrollo que sufriera esta materia. Así, en la evolución de la legislación española en referencia a delitos contra la libertad sexual pueden distinguirse etapas claramente diferenciadas.

A pesar de los numerosos cambios legislativos que tuvieron lugar durante un siglo y medio, desde que se aprobara el primer Código penal en 1822, y hasta 1978, la idea rectora que ha guiado a la normativa ha sido lineal y ha respondido, en todo caso, a la necesidad de

proteger al bien jurídico “honestidad”. En este sentido, resulta claro que se trataba de proteger una determinada concepción moral imperante en la sociedad. La aprobación de la Constitución en 1978 puede verse como el disparo de salida para una tardía adaptación de la legislación en esta materia a los postulados del Derecho penal liberal. Aunque no fue sino hasta el Código penal de 1995 cuando se logró la total -o casi total-, adaptación de los tipos penales al nuevo bien jurídico, “la libertad sexual”.

Este modelo se mantuvo hasta 2022, no sin retrocesos, justificados en buena medida por la necesidad de adaptar las leyes a los mandatos europeos.

El cambio de paradigmas que ha supuesto la irrupción de la teoría del género en el ámbito de las ciencias sociales está teniendo lugar de forma muy similar en el Derecho penal con consecuencias visiblemente negativas.

Si el tratamiento que otorga la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, a los delitos contra la libertad sexual, supone el advenimiento de un nuevo paradigma en la materia es preciso repasar las características que suponen un cambio de esta envergadura.

Entendemos que los principales axiomas sobre los que se asienta el paradigma del género en el Derecho penal sexual son los siguientes:

- a) Los delitos sexuales se corresponden con una de las llamadas “violencias” que el género masculino despliega sobre el femenino:

Esto es, se extiende el concepto de violencia mucho más allá de la terminología penal. E incluso esta terminología se usa en la nueva ley ignorando abiertamente la incorrecta utilización del término que eso supone legalmente.

- b) Los delitos sexuales son utilizados por los hombres como forma de mantener el dominio patriarcal sobre las mujeres:

En el contexto del nuevo lenguaje desarrollado a través de la perspectiva del género, se sostiene que la violencia sexual es una de tantas formas de violencia que el hombre despliega sobre la mujer y que, en todo caso, está destinada a perpetuar el sistema de dominación sobre ella.

Esta afirmación resulta ser notablemente ofensiva para el sexo masculino, en cuanto parece partir de la idea de que todos los miembros de este sexo consienten, expresa o tácitamente su utilización, lo cual es tanto como suponer que todos los hombres están a favor de la comisión de delitos sexuales.

En este sentido, BARATTA llega a hablar de la existencia de una “implícita complicidad de hombres en posición hegemónica”⁵. De esta forma, el problema se presenta como una auténtica “guerra de géneros”, donde el hombre es el malo y la mujer la buena o, mejor dicho, siempre una víctima.

- c) La ciencia desarrollada hasta el momento de su irrupción ha sido elaborada por el hombre y para el hombre y por eso debe ser vista como “androcéntrica”

En consecuencia, la equiparación de sexos que se pretendió llevar a cabo en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual a partir de la aprobación de la nueva Constitución española no es válida. La definición de las agresiones y los abusos sexuales aprobada con el Código penal de 1995, donde se posibilita que tanto el hombre como la mujer sean sujetos activos y pasivos de todas las conductas, sigue perpetuando la desigualdad en cuanto no asumen la perspectiva de género.

⁵ BARATTA, A.: “El paradigma del género. Desde la cuestión criminal a la cuestión humana”, en Eduardo

Ángel Fabián Caparrós (coord.): *Responsa iurisperitorum digesta*, Vol. 1, 2000, pp. 226 y ss.

El Derecho penal “objetivo” es en realidad un derecho penal creado por el hombre y para el hombre.

- d) El sistema patriarcal otorga a la mujer un rol en la sociedad que determina su mayor vulnerabilidad:

Quizás la crítica más dura que puede dirigirse al paradigma de la perspectiva de género es que en su afán por incidir en la construcción social del género, esto es, en la determinación social de los estereotipos, pretende negar las diferencias de carácter biológico. En este sentido, difícil resulta negar que, en promedio, el hombre goza de una fuerza física muy superior a la de la mujer, lo cual tristemente determina que, en la gran mayoría de los casos, pueda imponer a través de la fuerza un comportamiento sexual no deseado, o bien, pueda intimidar a la mujer con el anuncio de una mal físico grave y posible.

Como se verá a continuación, este cambio de paradigmas no se limitó al ámbito español, sino que se desarrolló dentro un movimiento internacional.

4. El contexto internacional

A nivel mundial son profusos los esfuerzos que se han dedicado a perseguir el acoso sexual en los espacios laboral y docente, pero se había dejado de lado el que ocurre en el espacio público.

A pesar de ello, en los últimos años ha surgido un movimiento internacional, apoyado principalmente por organizaciones de mujeres y colectivos de jóvenes, con el propósito de sensibilizar sobre el acoso sexual en espacios públicos. Este movimiento no tiene más de ocho años y en los últimos cinco se evidencia la tendencia de legislar sobre el

tema tanto en el ámbito penal como administrativo⁶.

Perú ha sido uno de los países en los que este debate se ha vivido con más intensidad⁷. Así, en 2015 se aprobó la Ley para prevenir y sancionar el acoso sexual en espacios públicos (Ley 303014) que lo define como toda “conducta física o verbal de naturaleza o connotación sexual realizada por una o más personas en contra de otra u otras, quienes no desean o rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad, sus derechos fundamentales como la libertad, la integridad y el libre tránsito, creando en ellas intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo en los espacios públicos”.

Esta Ley determina la obligación del Ministerio de Interior de incorporar al Código Administrativo de Contravenciones de la Policía Nacional del Perú, una contravención específica que reprima los actos de acoso sexual en espacios públicos, así como la necesidad de constituir, administrar y actualizar un “Registro Policial de Denuncias por acoso sexual en espacios públicos”. Este Registro deberá ser de acceso público y deberá contar con la información de las personas denunciadas que hayan sido encontradas responsables de estos actos.

Como vemos, la definición que nos da la Ley 303.014 sobre el concepto de acoso callejero descansa plenamente sobre consideraciones subjetivas, en cuanto hace depender del deseo o rechazo del interlocutor la posible lesión de la dignidad. No obstante, más preocupante aún resulta que esta norma determine la creación de un registro de acceso público donde conste la información de personas denunciadas cuya responsabilidad

⁶ Informe Análisis Comparado Internacional de la Legislación contra el Acoso Sexual en Espacios Públicos, de ONU Mujeres: <https://mexico.unwomen.org/es/digiteca/publicacion/es/2019/06/analisis-comparado-legislacion> (visto 20/02/2024).

⁷ Al respecto: MILOSLAVICH TUPAC, D: “La Agenda Legislativa de las organizaciones feministas en el Perú: 2015”, disponible en http://www.coeeci.org.pe/wp-content/uploads/2016/07/Estudio-COECCI-2015_Articulo-5.pdf (visto 19-02-2024).

sólo ha sido valorada en sede administrativa, en la medida en que estos órganos no pueden contar con el nivel de garantías procesales propio de los órganos penales. Se trata de una situación susceptible a la vulneración del derecho a la protección de datos personales que puede acarrear importantes perjuicios a la persona implicada en distintos ámbitos de su vida.

La posibilidad de incorporar al Código penal esta problemática también fue debatida en el país sudamericano, ya que el Grupo Parlamentario Acción Popular-Frente Amplio, en el año 2014 presentó la iniciativa legislativa n.º. 3539/2013, que llevó por título “Ley de Prevención, Atención y Sanción del Acoso Sexual en los Espacios Públicos y de reforma del Código Penal”, y que fue el resultado del impulso de distintas organizaciones de la sociedad civil. Este proyecto buscaba incorporar al Código penal, en el artículo 450, un delito que castigara a quien, sin tener contacto físico, realizara actos de naturaleza sexual, verbal o no, como miradas persistentes o incómodas, ruidos de besos y/o silbidos, comentarios o insinuaciones de tipo sexual, gestos obscenos que resultaran degradantes, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima.

No obstante, la propuesta de incorporar al Código penal este delito fue retirada, decisión que no puede más que festejarse en vistas a la excesiva amplitud del tenor del texto propuesto, donde como vemos, se llegaba al extremo de hacer referencia a las “insinuaciones” o “ruido de besos”. Finalmente, la idea de tipificar expresamente

el acoso sexual callejero en el país andino fue desechada y esta posibilidad fue reemplazada por la incorporación un tipo genérico de “acoso sexual”⁸.

En la República Argentina este tema también ha cobrado un gran protagonismo. Así, en 2019 se aprueba la Ley 27.501⁹ por la cual se modifica la Ley 26.485¹⁰ para incorporar al acoso callejero como modalidad de violencia contra la mujer en la normativa administrativa. La norma original ya preveía distintas medidas con el objetivo de erradicar la violencia contra las mujeres, siendo especialmente llamativo el nivel de amplitud que la ley otorga a este término. Así, la ley argentina considera que la violencia contra la mujer, puede ser tanto de carácter físico, psicológico, sexual, económico y patrimonial o, incluso, “simbólico”.

De este modo, la llamada “violencia simbólica” hace alusión a “la que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad”.

Frente a lo que consideramos como una “utilización distorsionadora de la terminología” no podemos más que lamentar la desnaturalización del concepto de violencia que está terminando por imponer su uso generalizado para caracterizar situaciones profundamente desiguales.

Y es en este contexto, que la reforma de 2019 introduce como una forma más de “violencia” a la llamada “violencia contra las mujeres en

⁸ Decreto Legislativo 1410, publicado el 12 de diciembre de 2018, que incorpora el delito de acoso, acoso sexual, chantaje sexual y difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual al código penal, y modifica el procedimiento de sanción del hostigamiento sexual define al acoso sexual en el art. 176-B de acuerdo a la siguiente redacción: “El que, de cualquier forma, vigila, persigue, hostiga, asedia o busca establecer contacto o cercanía con una persona, sin el consentimiento de esta, para llevar a cabo actos de connotación sexual, que será castigado con la pena

privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación”.

⁹ “Modificación a la Ley de protección integral para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. Incorporación como modalidad de violencia a la mujer al acoso callejero”.

¹⁰ “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”, sancionada el 11 de marzo de 2009.

el espacio público”, siendo definida como “aquella ejercida contra las mujeres por una o más personas, en lugares públicos o de acceso público, como medios de transporte o centros comerciales, a través de conductas o expresiones verbales o no verbales, con connotación sexual, que afecten o dañen su dignidad, integridad, libertad, libre circulación o permanencia y/o generen un ambiente hostil u ofensivo”, y determinando la necesidad de luchar contra ella en todos los ámbitos legales¹¹.

No obstante, a pesar del fuerte activismo registrado en este país a favor de la perspectiva de género y del reconocimiento de esta problemática, la tipificación penal de esta conducta, que podría ser vista como la consagración legal de su reconocimiento a nivel nacional, no es aún una realidad, ya que los numerosos intentos por conseguir su introducción no han sido fructíferos hasta el momento¹².

La experiencia del vecino país de Portugal en este ámbito también resulta de interés para nuestro estudio. En este Estado la ratificación, el 5 de febrero de 2013, del Convenio del Consejo Europeo sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la

Violencia Doméstica, conocido como Convención de Estambul, desembocó en la modificación del Código penal portugués por la Ley nº 83/2015 que introdujo el delito de “acoso sexual”. La ubicación elegida por el legislador para incluir el nuevo tipo delictivo fue la Sección I del Capítulo V destinado a castigar los “Delitos contra la libertad sexual”.

De esta forma, el nuevo precepto castiga a quien “...acosa a otra persona, realizando ante ella actos de carácter exhibicionista, formulando proposiciones de carácter sexual u obligándola a establecer contactos de carácter sexual...”, conducta que es sancionada con la pena de prisión de hasta 1 año o multa de hasta 120 días.

La introducción de este nuevo tipo penal generó un fuerte debate en la opinión pública. Así, al tratarse de un delito que describe una conducta muy genérica, la redacción elegida no logró satisfacer a ninguno de los sectores. Por una parte, los movimientos feministas consideraron que se trataba de una reforma insuficiente, al entender que todas las formas de abuso sexual deberían estar recogidas en una única norma, evitando de este modo que las distintas modalidades estén dispersas por todo el Código Penal y en la Ley del Trabajo¹³.

¹¹ También a nivel local en Argentina se han tomado medidas reseñables en esta materia. Así, desde julio de 2015 la ciudad de Buenos Aires cuenta con una ley contra el acoso sexual en espacios públicos, en la que se define esta conducta y se promueven actividades para combatirla a través de la visibilización y desnaturalización de este tipo de violencia. Para perfeccionar este instrumento, en diciembre de 2016 se aprobó una norma que convierte al acoso sexual callejero, basado en el género, la identidad y/u orientación sexual, en una agravante de la figura de hostigamiento del Código de Contravenciones, y también en una contravención por discriminación, lo que agrava la sanción con multas de hasta mil pesos argentinos o diez días de trabajo social. Posteriormente, en mayo de 2017, el gobierno de la ciudad de Buenos Aires creó el primer Observatorio Contra el Acoso (OCA). El Observatorio está dividido en tres áreas: Estudios e Investigación, que recopila estadísticas sobre el acoso; Gestión, Proyectos y Capacitación, para colaborar en el desarrollo de políticas públicas, y, por último, Intervención Socio

Jurídica, integrada por profesionales encargados de acompañar a las víctimas en todo el proceso judicial. Informe Análisis Comparado Internacional de la Legislación contra el Acoso Sexual en Espacios Públicos, de ONU Mujeres: <https://mexico.unwomen.org/es/digiteca/publicacion/es/2019/06/analisis-comparado-legislacion> (visto 20/02/2024).

¹² Incluso en 2023 a través de la Presentación de un proyecto de ley se pretende reconocer al 7 de abril como el “Día Nacional contra el acoso sexual callejero”, disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/3862-D-2023.pdf> (Visto 20-02-2024)

¹³ SOARES, F.: “Portugal prohíbe el acoso verbal en lugares públicos”, en *My Europe*, Disponible en: <https://es.euronews.com/my-europe/2016/07/29/portugal-prohibe-el-acoso-verbal-en-lugares-publicos>. (Visto: 19-02-2024).

En este sentido, miembros de la organización UMAR (Centro de Cultura e intervención feminista) señalaron la importancia de la tipificación expresa del acoso sexual como un delito específico en la medida en que produce efectos disuasorios y transmite un mensaje claro de que esta conducta es inaceptable.

En el mismo sentido, la APAV (Apoyo a Víctimas) subrayó que persiste una cultura de normalización de estas conductas, que la no criminalización puede ayudar a perpetuar. A pesar de celebrar la introducción de este delito en el Código penal, desde estos sectores se criticó la fórmula escogida ya que consideraron que, de acuerdo a esta redacción, los comentarios más sutiles, referidos a la ropa, por ejemplo, no quedan cubiertos por la norma.

En el extremo opuesto, algunos detractores subrayaron que el tratamiento de estos temas no es necesario y sólo responde a una agenda de “izquierda”, mientras que esta reforma a la que bautizaron “ley antipiropos”, sólo cumple con el objetivo de coartar el derecho a la libertad de expresión¹⁴.

Como es posible observar, las dinámicas que se suceden en los distintos Estados en torno a esta problemática presentan notables características en común. Se trata de una materia en la cual resulta extremadamente complicado escapar del debate político. Posiblemente esta situación venga motivada por el hecho de que los movimientos feministas, normalmente identificados con partidos de izquierda, consideren a la incriminación penal de estas conductas como el medio adecuado para enviar un mensaje a la comunidad y lograr la transformación

social. De modo que una descripción genérica de la conducta -que pueda ser aplicada cuando los tribunales consideren que la dañosidad de la misma alcanza el nivel requerido- no es vista como una medida suficiente. Por otro lado, se suele pretender un nivel de concreción del tipo que asegure la transmisión del mensaje.

Esto lleva a sugerir la tipificación de comportamientos como los “silbidos” o el “ruido de besos”, tal como sucedió durante la tramitación de la ley peruana. En este contexto, creemos que la discusión jurídica debe ser reconducida a otros extremos. En el ámbito del Derecho penal, como no puede ser de otro modo, la discusión sólo puede llevarnos a poner en el centro del debate al objeto de protección lesionado por estas conductas y el nivel de afectación requerido para propiciar la intervención de las normas penales.

5. El acoso sexual callejero en la Legislación penal española

En España son varias las organizaciones que desarrollan su actividad en contra de este fenómeno, como es el caso de ADAVA¹⁵ o la Fundación Mujeres¹⁶. Incluso, en septiembre de 2020 puede leerse en el periódico la petición lanzada al Gobierno por un Juez para que incorpore al Código penal un nuevo tipo delictivo que castigue el acoso callejero.

En efecto, de forma “casual” y en pleno debate sobre la reforma de los delitos sexuales, el titular del juzgado de primera instancia e instrucción número 5 de Majadahonda argumenta su petición señalando que los delitos de injuria leve y

¹⁴ “Piropear con contenido sexual es un delito y conlleva una pena de prisión de hasta tres años”, en *Esquerda*, <https://www.esquerda.net/artigo/piropo-com-teor-sexual-e-crime-e-da-pena-de-prisao-ate-tres-anos/40358> (Visto: 20-02-2024).

¹⁵ Esta asociación lucha en contra del acoso callejero bajo el lema “No quiero tu piropo, quiero tu respeto”. Información disponible en:

<https://adavas.org/stop-al-acoso-callejero/> (Visto 21-02-2024).

¹⁶ La campaña de la Fundación mujeres insta a actuar en contra de este fenómeno bajo el lema “Stand UP contra el acoso callejero”. Información disponible en: <https://fundacionmujeres.es/proyectos/standup-contra-el-acoso-callejero/> (Visto 21-02-2024)

vejación injusta fueron despenalizados en 2015, lo que impide castigar penalmente el acoso callejero. El magistrado lanza esta solicitud tras llegar a sus manos la denuncia de una menor que fue acosada el 7 de septiembre de 2020 en Majadahonda.

Según explica en la sentencia, el acusado comenzó a llamarla "guapa" y a decirle "olé, olé" mientras caminaba, momento en el que ella le pidió que parara. Lejos de atender su queja, él le contestó que "cómo no iba a llamarla guapa con el cuerpazo que tenía" y, ante una nueva protesta de la menor, comenzó a seguirla durante unos 15 segundos llamándola "puta" de forma repetida y diciéndole que las mujeres "dais asco".

En su denuncia, la menor apuntaba a un posible delito leve de coacciones y amenazas porque el acoso le impidió sacar dinero en un cajero, pero el juez ha optado por absolver a Francisco Javier M. al no considerar probado que él lo supiera¹⁷.

En este contexto, en marzo de 2020 se aprueba el primer borrador del proyecto de la Ley del solo si es sí, incorporando un nuevo tipo delictivo en el ámbito de los delitos contra la integridad moral con el siguiente contenido:

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

Esta redacción generó diferencia de opiniones en cuanto la referencia a “expresiones sexistas” podían estar haciendo alusión a expresiones discriminatorias, con lo cual podíamos estar frente a un nuevo delito de odio. En consecuencia, el texto se modifica y

en el segundo borrador, el texto ya definitivo, reza de la siguiente forma:

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

De tal manera, la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, finalmente aprobada en septiembre de 2022 introduce, en principio, el fenómeno del acoso callejero en la legislación penal española a través de una nueva figura que se incorpora en el artículo 173. 4 del Código penal.

Decimos que se introduce “en principio”, ya que el nuevo tipo delictivo solo está inspirado en este fenómeno, pero se trata de una forma de injuria o vejación injusta de carácter leve, donde no se hace mención expresa del fenómeno que lo origina ya que, como es posible observar, el texto no introduce ningún requisito que limite su aplicación a los hechos que tengan lugar en los espacios públicos.

Es oportuno recordar que el tipo de las injurias o vejaciones de carácter leve, previsto anteriormente en el apartado 4 del artículo 173 CP -cuya pena esta equiparada a la de la nueva figura- luego de la reforma acaecida en 2015 era muy precepto de alcance muy limitado ya que sólo estaba destinado a castigar los casos en los que el ofendido sea una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, esto es, cuando el hecho se realice:

“sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin

¹⁷ El País: “Un juez pide al Gobierno que incluya como delito el acoso machista callejero”. Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-12-29/un-juez-pide-al-gobierno-que-incluya->

[como-delito-el-acoso-machista-callejero.html](https://elpais.com/sociedad/2020-12-29/un-juez-pide-al-gobierno-que-incluya-como-delito-el-acoso-machista-callejero.html)
(Visto 20/02/2024).

convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

Dado que el nuevo delito se integra dentro de la estructura creada para castigar los atentados contra la integridad moral, parece conveniente repasar el contenido de este bien jurídico, así como la organización de los delitos destinados a su protección.

a. El bien jurídico “integridad moral”

Con la aprobación del Código penal de 1995, el legislador crea el Título VII bajo la rúbrica “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”. Ya por entonces la doctrina de forma unánime resaltó la dificultad de concretar el contenido del bien jurídico protegido por estas conductas debido a su carácter difuso y especialmente abstracto¹⁸.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, F.: “Protección de los Derechos Fundamentales en el Código Penal”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*, Madrid, 1996, p. 441.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, F.: “Protección de los Derechos Fundamentales...”, ob. cit., p. 440.

²⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Delitos de Tortura y otros tratos degradantes (Delitos contra la integridad moral)”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, Madrid, 1996, p. 74.

Indudablemente, el concepto de dignidad debe ser el punto de partida de toda opción interpretativa que pretenda dotar a la integridad moral de contenido como objeto de protección.

No obstante, en la medida en que la dignidad puede ser definida como la propia cualidad del ser humano y el derecho al respeto a esa cualidad que todos tenemos por el hecho de ser personas¹⁹, resulta insuficiente para satisfacer las necesidades de concreción de un bien jurídico penalmente protegido. Con razón, se ha afirmado que la dignidad constituye el fundamento último de todos los derechos fundamentales y, quizá del propio sistema de garantías y libertades de un Estado de Derecho²⁰.

Podría sostenerse, por tanto, que si identificamos el concepto de integridad moral con el de dignidad o con la “inviolabilidad” de la persona (tal como lo hace el Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/1990), todos los preceptos del Código Penal estarían destinados a proteger, de forma, más o menos inmediata, la integridad moral²¹.

Una vez reconocida la insuficiencia del concepto de dignidad para dotar de contenido a la integridad moral²², y al acudir a la doctrina del Tribunal Constitucional, comprobaremos que este Tribunal ha evitado manifestarse abiertamente sobre los límites del contenido de la integridad moral, estableciendo solamente qué tipo de actuaciones pueden

²¹ BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II, Madrid, 1998, p. 88. Contra esta opinión: REBOLLO VARGAS, R.: “Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma del Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LX, Madrid, 2008, p. 210.

²² Contra esta opinión, Grima Lizandra considera que “integridad moral” es equivalente a “dignidad humana”. GRIMA LIZANDRA, V. en Boix Reig, J. (dir.): *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. 1, Madrid, 2010, p. 257.

ser lesivas para el mismo. Frente a esta dificultad, la doctrina ha extraído tres notas fundamentales que podrían caracterizar a los actos atentatorios contra la integridad moral: se trataría de actos violentos, que contraríen la voluntad del sujeto pasivo, estos actos provocarían sufrimientos o padecimientos, y supondrían la humillación o envilecimiento de la persona que los sufre²³.

A primera vista, se aprecia la dificultad de trasladar esta interpretación al ámbito del Derecho Penal, legislación que, ya mucho antes de la aprobación del Código penal de 1995, contaba con tipos destinados a proteger la libertad, el honor o la salud.

De esta forma, la necesidad de dotar de un contenido propio que justifique la existencia autónoma del bien jurídico "integridad moral" obliga al intérprete a indagar acerca de qué aspecto de la personalidad del individuo, cuya protección no era abarcada a través de los delitos contra la libertad, contra el honor o contra la integridad física, puede haber inspirado la decisión del legislador de crear un Título para castigar los atentados contra la integridad moral. En la doctrina penal las distintas interpretaciones en torno al alcance y contenido del bien jurídico integridad moral pueden dividirse en dos grupos²⁴.

En primer término, encontramos las posiciones que pueden denominarse "amplias" y que identifican a la integridad moral con la inviolabilidad personal y el derecho a ser tratado como persona, pero

donde no se exige, o se relega a un segundo plano, la presencia de sufrimiento, humillación o vejación²⁵. Por otro lado, encontramos las posiciones "restringidas", que toman como punto de partida la interpretación de los tipos penales y en donde el derecho a no padecer humillaciones y sufrimientos aparece en primer plano.

Es preciso tener presente que el reconocimiento como bien jurídico penalmente protegido de los derechos constitucionales no implica necesariamente que esa protección esté dirigida a la totalidad del contenido que en el ámbito del derecho constitucional tenga asignado. El legislador penal, de acuerdo a las necesidades, puede decidir si proteger ese contenido en su totalidad o sólo en parte, a través de la tipificación de las conductas punibles²⁶.

Consecuentemente, entendemos que la decisión acerca del alcance y contenido de la integridad como bien jurídico penalmente protegido pasa por el análisis de las figuras incorporadas en el Título VII del Código penal.

b. Los tipos penales protectores de la "integridad moral"

En el ámbito de los delitos contra la integridad moral los tipos delictivos definen las siguientes figuras:

1. Los atentados contra la integridad moral, del artículo 173. 1, primer párrafo, CP, que castigan la conducta de quien "infligiera a otra persona un

²³ DÍAZ PITA, M. M.: "El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de torturas y atentado contra la integridad moral", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 1997.

²⁴ Sobre esta clasificación: MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia, 1999, p. 24. También ver: GARCÍA ARÁN, M.: "La protección penal de la integridad moral", en Díez Ripollés, J. L., Romeo Casabona, C. M., entre otros (ed.): *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 1244.

²⁵ En este sentido: DEL ROSAL BLASCO, B. en Cobo del Rosal, M. (coord.): *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 2005, p. 217. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral", en *Estudios sobre el Código Penal de 1995. (Parte Especial)*, Madrid, 1996, p. 102.

²⁶ DÍAZ PITA, M. M.: "El bien jurídico protegido en los nuevos delitos...", ob. cit., p. 53.

- trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral” con la “pena de prisión de seis meses a dos años”.*
2. El acoso laboral previsto en el artículo 171. 1, segundo párrafo, CP, que requiere que el sujeto se aproveche de una relación de superioridad determinada por la relación laboral o funcional con la víctima para realizar de *“forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”*, que se castiga con la misma pena que en el caso anterior, esto es, con la pena de prisión de seis meses a dos años.
 3. El acoso inmobiliario, de artículo 171.1, tercer párrafo, que castiga a quien *“de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”*, también castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.
 4. El delito de violencia habitual sobre la pareja o familia, que castiga a *“el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia (...)”*²⁷, con la pena de *“prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al*
 - interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años”.*
 5. El delito de injurias o vejaciones injustas de carácter leve que castiga a quien lleve a cabo estas conductas *“cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173”*, con la pena *“de pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses”.*
 6. El delito de torturas, que castiga a *“la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral”*. En estos casos, el culpable *“será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el*

²⁷ *“(…) o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o*

conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados (...).

atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es”.

Como es posible observar, el delito previsto en el artículo 173.1 CP que castiga los atentados contra la integridad moral, da pocos elementos al intérprete para determinar el contenido de su objeto de protección, al definir la conducta como el atentado contra el bien jurídico. No obstante, la utilización del término “degradante” sí puede echar un poco de luz sobre esta materia.

Como primer paso para resolver esta cuestión, sería preciso delimitar el contenido del bien jurídico “integridad moral” con respecto a otros valores que reciben protección a través de figuras penales diferentes. Así, con respecto a la delimitación entre los bienes jurídicos “libertad” e “integridad moral”, una parte de la doctrina considera que la imposición de tratos degradantes implica necesariamente la lesión de la capacidad de autodeterminación del sujeto²⁸.

En este sentido, DEL ROSAL BLASCO mantiene que el requisito del doblegamiento de la voluntad de la víctima se entiende incluido en el concepto de trato degradante, ya que sólo en la medida en que el sujeto no renuncie a su derecho a ser tratado como persona y no como cosa, podrá considerarse lesionada su integridad moral²⁹.

Contra esta opinión puede argumentarse que el tipo contenido en el artículo 173 CP no

exige, en ningún caso, que la conducta atente contra la voluntad de la víctima.

En este sentido, entendemos que, si bien el “trato degradante” puede ser considerado como tal en la medida en que la vejación que provoca no es aceptada por la víctima, inferir de esta situación que la integridad moral abarca la protección de la libertad es tanto como suponer que un delito de injurias ataca a la libertad porque el ataque al honor que estas provocan no es aceptado por el injuriado.

Bajo este prisma, prácticamente la totalidad de los delitos que protegen bienes de carácter personal abarcarían también la lesión a la libertad. Tampoco puede sostenerse que el trato degradante que se inflige deba perseguir como fin último la lesión de la libertad³⁰, simplemente porque, como se ha mencionado, el tipo del artículo 173 CP no incluye este elemento.

Todas estas consideraciones nos llevan a pronunciarnos a favor de una tesis restringida, por la cual el doblegamiento de la voluntad de la víctima, no es un elemento imprescindible de los atentados contra la integridad moral.

En consecuencia, entendemos que es posible que se verifiquen situaciones en las que no se vea afectada la libertad pero que sean típicas a efectos del 173.1 CP, como puede ser el caso de la simulación de una ejecución o mostrar

²⁸ MORALES PRATS, F.: “Los delitos contra la libertad sexual y las nuevas modalidades delictivas de acoso laboral e inmobiliario”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, 2011, nº 4, p. 235.

²⁹ DEL ROSAL BLASCO, B.: “Torturas y otros delitos contra la integridad moral en el Código Penal de 1995”, en Díez Ripollés, J. L., Romeo Casabona, C. M., entre otros (ed.): *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 1234. También en este sentido, Grima Lizandra

considera que la integridad moral tendrá dos vertientes: vejar y doblegar la voluntad de la víctima. GRIMA LIZANDRA, V. en Boix Reig, J. (dir.): *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 259.

³⁰ En contra de la opinión que aquí se sostiene, González Cussac considera que la lesión de la integridad moral exigida en el artículo 173 CP debe producir una relación de envilecimiento, humillante e indigna que persiga someter la voluntad de la víctima. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Delitos de Tortura y otros tratos degradantes...”, ob. cit., p. 81.

certificaciones falsas sobre la muerte de una persona querida³¹.

Todo ello nos lleva a señalar que, a través del tipo de los atentados contra la integridad moral, el legislador intenta proteger al sujeto de sufrir sentimientos de humillación y vejaciones. Este no sólo será el elemento que otorgue autonomía al bien jurídico “integridad moral”, sino que también será el específico ámbito del derecho fundamental al que se otorgue protección en el Título VII del Código Penal.

Creemos, por tanto, que es necesario propiciar una interpretación de la integridad moral como bien jurídico protegido en el artículo 173 CP que objetive en la medida de lo posible este concepto y que lo aparte de la excesiva abstracción y generalidad de la doctrina constitucional.

Una interpretación con las características que pueden extraerse de la postura del Tribunal Constitucional resulta válida a la hora de analizar el contenido de un derecho fundamental, pero no resulta útil para determinar el alcance de un bien jurídico-penal, ya que nos lleva a equiparar a la integridad moral con el concepto de voluntad como libre determinación de la persona³² y, por tanto, a confundir el injusto de los delitos contra la libertad con el desvalor propio de los delitos que protegen específicamente la integridad moral.

c. El acoso sexual callejero como una forma de vejación injusta de carácter leve

Si atendemos a la estructura de los delitos que protegen la integridad moral, que ha sido expuesta de forma esquemática en el apartado anterior, podremos observar que el tipo básico del art. 173. 1 CP se caracteriza por propiciar un menoscabo de la integridad moral de carácter “grave”, es decir, para ser subsumida en este tipo penal la conducta debe suponer una lesión significativa del bien jurídico.

Siguiendo con la interpretación del concepto de “trato degradante”, una cuestión que ha suscitado polémica se refiere a si el término “trato” implica necesariamente que la conducta deba extenderse en el tiempo. En este sentido, se ha indicado que el vocablo utilizado presupone una cierta permanencia³³.

No obstante, hoy prima la opinión que señala que una única conducta puntual puede servir para estimar la concurrencia del delito, siempre que en ella se aprecie la intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto³⁴. En caso de que no se verifique esta intensidad lesiva, antes de la reforma operada en 2015 era posible recurrir a la falta de vejación injusta de carácter leve del artículo 620.2 CP, opción que ya no existe de acuerdo a la regulación actual. Como forma de establecer un parámetro de gravedad, podemos citar como ejemplo la

³¹ MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Los delitos contra la integridad moral*, ob. cit., p. 44.

³² Al respecto, señala Muñoz Conde que el análisis de la doctrina y la jurisprudencia constitucional sobre el contenido de la integridad moral arrojan como resultado una gran similitud entre el concepto de integridad moral y el concepto de voluntad, donde la diferencia sólo puede hallarse en el hecho de que el atentado contra la integridad moral supone a la vez una humillación mientras que el atentado contra la voluntad no tiene por qué suponerlo, aunque normalmente también se

verifique esta consecuencia. MUÑOZ CONDE, F.: “Protección de los Derechos Fundamentales...”, ob. cit., p. 446.

³³ En este sentido: Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1995 (núm. 929/1995).

³⁴ MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Los delitos contra la integridad moral*, ob. cit., pág. 43. El autor sostiene que el trato no requiere habitualidad, sino que “debe entenderse como una referencia a la intensidad de la situación de humillación o envilecimiento y no a la frecuencia temporal”.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 155/2020, de 3 de junio, que consideró como atentado grave a la integridad moral el hecho de dar publicidad al llamado “tour de la Manada” en el que se pretendía recrear el recorrido realizado por los implicados en el mediático caso de agresiones sexuales que tuvo lugar en Pamplona en 2016 o, bien el Auto núm. 2333/2005 de 27 octubre, del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), en el que se entiende que retener a una persona desnuda, atada de pies y manos, con gafas de soldador, recibiendo golpes y descargas eléctricas en abdomen y brazos, alimentada mínimamente y permanentemente intimidada, excede del ataque a la libertad que puede ser castigado a través de los delitos de detenciones ilegales y supone actos de degradación, humillación y el mantenimiento de una situación de indignidad que debe ser castigada de forma independiente.

En cuanto a la configuración de las figuras de acoso inmobiliario y acoso laboral, que se ubican en la regulación de los delitos contra la integridad moral inmediatamente después de los tratos degradantes, el legislador rebaja la exigencia de gravedad de los actos independientes, pero acude a la fórmula de exigir que los hechos que resultan ser “hostiles” o “humillantes” se lleven a cabo de

forma reiterada. Tal como señala RAGUÉS I VALLÉS, lo que parece haberse pretendido a través de estas figuras es elevar a la categoría de delito una especie de falta continuada de vejaciones injustas, que son definidas como “actos hostiles y humillantes” y que adquieren carácter delictivo cuando dichos actos de vejación se explican por el propósito del sujeto activo de impedir a la víctima el legítimo disfrute de la vivienda³⁵.

En consecuencia, debemos concluir que si los actos humillantes que provocan una importante vejación, es decir, una lesión al bien jurídico integridad moral de gran intensidad, constituyen trato degradante, la conducta del delito de acoso inmobiliario deberá integrarse con actos humillantes de menor intensidad pero reiterados en el tiempo³⁶. Podríamos considerar, por tanto, que conductas que antes quedaban incluidas en la falta de vejación injusta de carácter leve pasarían a ser delictivas si son reiteradas y si, además, se cumple el requisito de que sean realizadas con el “objeto de impedir el legítimo disfrute de la vivienda”³⁷.

Este sería el plus que justificaría que el delito del artículo 173 1. tercer párrafo, cuya conducta tiene una menor potencialidad lesiva con respecto al bien jurídico “integridad

³⁵ RAGUÉS I VALLÉS, R.: Los delitos contra la libertad y la integridad moral: incriminación del acoso laboral e inmobiliario”, en Silva Sánchez, J. M. (dir.): *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, 2011, p. 272. Al respecto, Díaz-Maroto y Villarejo pone de manifiesto la incongruencia que implica que el nuevo tipo tenga aparejada la misma pena que la conducta del primer párrafo donde se exige que el menoscabo a la integridad moral de la víctima sea grave. En opinión del autor, ello sólo podría explicarse entendiendo que la reiteración a la que se refiere el tipo de acoso inmobiliario supone por sí misma la especial gravedad de la conducta o bien que la finalidad de impedir el legítimo disfrute de la vivienda ya lleva inherente la gravedad dicha. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: “Los delitos de

acoso en los ámbitos inmobiliario...”, ob. cit., p. 299

³⁶ Criticando esta decisión: CARMONA SALGADO, C.: “Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual, inmobiliario y escolar a raíz de la reforma de la L.O. 5/2010”, en *La Ley Penal*, nº 81, abril 2011 (La Ley 4988/2011). DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “El acoso inmobiliario: un nuevo delito más al cesto del Derecho Penal”, en Serrano Piedecosas, J. R. y Demetrio Crespo, E. (dir.): *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la Sociedad mundial del riesgo*, 2010, p. 220.

³⁷ RAGUÉS I VALLÉS, R.: “Los delitos contra la libertad...”, ob. cit., p. 272.

moral”, mereciera la misma respuesta jurídica prevista para el delito del artículo 173.1 CP.

Siguiendo con el esquema legislativo y en el caso del delito de violencia habitual, del artículo 173. 2 CP, se mantiene el límite mínimo de la pena en los seis meses, pero se eleva el tope máximo hasta los 3 años de prisión (además de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años).

En este caso, las razones que llevan a elevar el castigo están definidas con claridad, ya que el tipo requiere que los actos de violencia física o psíquica se desarrollen con “habitualidad” y los sujetos pasivos tengan con respecto al autor una determinada relación que puede originar una situación de vulnerabilidad³⁸.

Por su parte y como ya ha sido comentado, el delito de injurias o vejaciones injustas de carácter leve, del art. 173. 4 CP estaba previsto para ser aplicado sólo cuando el sujeto pasivo sea una de las personas a las que alude el artículo 173.2 CP, esto es, su pareja o personas del núcleo familiar.

En estos casos, no es necesario que concurra la habitualidad a la que se hacía mención en el delito de violencia habitual y, en consecuencia, la pena será notablemente menor ya que se tratará de la pena de localización permanente de cinco a treinta días, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses.

Como vemos, al desaparecer la falta de vejaciones injustas de carácter leve, el precepto que resultaría equivalente en la nueva legislación sólo es aplicable en casos

puntuales, donde hay una mayor facilidad de lesión del bien jurídico dada la especial vinculación que une a los sujetos. En este contexto se integra el nuevo delito de acoso sexual callejero. Este nuevo tipo se configura como un delito de injurias o vejaciones de carácter leve que compartiría pena con la figura del 173. 3 CP.

Como es posible observar, los tipos penales que se han descrito hasta el momento responden a una estructura correctamente equilibrada en la que la mayor gravedad del desvalor de acción o de resultado justifica la imposición de una sanción de diferente entidad. Así, mientras el trato degradante requiere una afectación a la integridad moral de carácter grave, en el caso del acoso inmobiliario o laboral la composición de la misma pena se justifica en virtud de la repetición de los hechos, o bien de la afectación de otros derechos como el legítimo disfrute de la vivienda.

No obstante, es difícil encontrar una justificación a la equiparación de penas entre la vejación injusta de carácter leve y el nuevo delito de acoso sexual callejero. Mientras en el caso de la vejación injusta de carácter leve la justificación de la tipificación viene determinada por la vulnerabilidad de la víctima frente al ataque, no existe ninguna circunstancia equivalente que justifique esta equiparación con la nueva figura.

Si bien el fenómeno criminológico del acoso sexual callejero ha sido el que ha inspirado esta nueva incorporación, lo cierto es que la descripción de la conducta típica no responde a la de una forma de acoso. En primer lugar, es preciso señalar que el tipo penal no requiere la repetición de comportamientos, de modo que un único hecho podría dar lugar a la consumación del delito.

³⁸ Este precepto se completa indicando que “se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en

el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.”

De la regulación legal se desprende que la conducta típica puede consistir en “*expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria*”. En consecuencia, dirigirse a una persona en la calle mediante una única expresión grosera puede dar lugar a la imposición de la pena, siempre y cuando dicha expresión tenga un contenido de carácter sexual.

En este sentido el tipo se aleja de otras figuras como el acoso laboral o inmobiliario o el llamado “*stalking*” del art. 172 CP. Como vemos, más allá del hecho de que la conducta genere una afectación a la integridad moral - que se verificaría con la causación de una situación intimidatoria, hostil o humillante- no hay otros elementos de los que pueda deducirse que la conducta requiere una gravedad comparable al 173.3 CP, ya que no se exige que esta afectación tenga una determinada entidad ni que el sujeto pasivo adolezca de determinadas características que determinen una mayor vulnerabilidad. Con ello, entendemos que la modificación altera el equilibrio anteriormente existente en la estructura de estos tipos.

En referencia a la ubicación sistemática del precepto y a su configuración como una forma de atentado contra la integridad moral, entendemos que la misma es acertada. No obstante, la posibilidad de que la conducta genere una situación “objetivamente intimidatoria” resulta distorsionadora. Anteriormente se han puesto de manifiesto las dificultades para delimitar el objeto de protección en los delitos contra la integridad moral y, en concreto, para diferenciarlos con respecto a las conductas que protegen la libertad.

De forma consecuente, el legislador al describir las conductas típicas de los delitos de acoso laboral e inmobiliario se refiere únicamente a la realización de actos “hostiles o humillantes” dejando claro que la protección contra los actos intimidatorios se lleva a cabo a través de las figuras de las amenazas y las coacciones.

Esta coherencia no se repite en el nuevo delito destinado a castigar los actos de acoso callejero, creando posibles problemas concursales.

Como hemos visto, en otros países de nuestro entorno los delitos que recogen este fenómeno han sido ubicados en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual. No podemos estar de acuerdo con esta opción. Frente a estas conductas no existe lesión alguna a la libertad sexual y toda posibilidad de su afectación resulta excesivamente lejana.

En este sentido, entendemos que la única vía para incluir la regulación penal de este tipo de conductas es aludiendo al componente de degradación o humillación que pueden provocar y por ello, precisamente, consideramos que la ubicación sistemática es la correcta.

6. Las primeras condenas en España

Pasados 17 meses de la aprobación de la Ley de Garantía Integral de la Libertad sexual, ya podemos evaluar los primeros pronunciamientos judiciales sobre el delito de acoso callejero.

Así, en septiembre de 2023, un juzgado de Sevilla impuso por un delito leve de acoso sexual, 30 días de localización permanente a un hombre de 60 años³⁹. En relación a los hechos que dieron lugar a esta sentencia se explica que el acusado se bajó los pantalones, quedando desnudo de cintura para abajo y se

³⁹ *El periódico*: “Un mes de arresto domiciliario: primera condena por acoso callejero tras la entrada en vigor de la ley del ‘si es sí’”. Disponible en:

<https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20230619/primer-condena-acoso-callejero-ley-sevilla-8890443> (Visto 20/02/2024).

masturbó ante las víctimas de manera ostensible; y ante las recriminaciones que le dirigieron ambas mujeres, lejos de cesar en su actitud, les dirigió expresiones de provocación sexual conminándolas a realizarle una felación.

Esta conducta dio lugar a la aplicación del tipo previsto en el artículo 173.4, apartado segundo, del Código Penal y a merecer la pena máxima de localización permanente.

Con la llegada del Código penal de 1995, el pleno reconocimiento del bien jurídico de la libertad sexual y la adaptación de las figuras al nuevo objeto de protección, España se congratulaba por dejar atrás los retrógrados tipos que anteriormente habían castigado el escándalo público⁴⁰. Por entonces, la limitación del castigo del exhibicionismo frente al único supuesto en el que se viera implicado un menor de edad, pareció una gran conquista.

Muchos años después, se incorpora un tipo penal que permite castigar al sujeto que se masturba delante de dos personas mayores de edad. Indudablemente, el efecto del péndulo, nos está llevando nuevamente a la protección de concepciones morales, que en un principio parecían superadas.

También en la ciudad de Salamanca un hombre fue condenado por el nuevo delito de acoso callejero⁴¹. En este caso, el acusado envió a una amiga un mensaje con el siguiente texto: “hola guapa, estoy tocándome y voy a seguir tocándome, cuando me corra te lo

diré”, motivo por el cual la mujer salmantina le denunció.

Tras saber que había sido denunciado, el condenado pasó a las amenazas: “como me llegue una citación judicial yo sí que iría por las malas”, dijo en otro mensaje. Por estos hechos el juez le condenó a la pena de cinco días localizados y 90 euros de multa.

Tampoco este caso ayuda a comprender cuál es el desvalor propio de este nuevo delito, ya que estos hechos parecen estar más cerca de un delito leve de amenazas o injurias.

Tristemente, parece que nos encontramos frente a un nuevo cajón de sastre que podrá ser utilizado con buenas dosis de arbitrio judicial.

7. Conclusiones

Como se ha señalado al inicio de este trabajo, a la hora de valorar la incorporación a la normativa penal de un tipo destinado a castigar el hostigamiento callejero, lo más importante es determinar si existía una laguna legal que fuera necesario cubrir o, por el contrario, si las manifestaciones penalmente relevantes de este fenómeno podían ser castigadas a través de las normas penales ya existentes. A partir del análisis realizado debemos pronunciarnos en contra de la incorporación de este nuevo tipo penal.

Las razones que nos llevan a pronunciarnos en contra de la modificación realizada son sencillas. En primer lugar, una parte importante de las conductas que suelen

⁴⁰ El Capítulo II del título IX del Código penal de 1973 rezaba del siguiente modo: “De los delitos de escándalo público. 431. El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia incurrirá en las penas de arresto mayor, multa de 5.000 a 25.000 pesetas e inhabilitación especial. Si el ofendido fuere menor de veintiún años se impondrá la pena de privación de libertad en su grado máximo. 432. El que expusiere o proclamare por medio de la imprenta u otro procedimiento de publicidad, o con escándalo, doctrinas contrarias a

la moral pública, incurrirá en la pena de multa de 5.000 a 50.000 pesetas.”

⁴¹ Salamanca hoy: “Primer condenado en Salamanca por el nuevo delito de acoso callejero”. Disponible en:

<https://www.salamancahoy.es/salamanca/ciudad/primer-condenado-salamanca-nuevo-delito-acoso-callejero-20230323132451-nt.html> (Visto 20/02/2024).

considerarse incluidas dentro de lo que se da por llamar “acoso callejero”, no reúnen la entidad suficiente para la intervención penal y, de acuerdo al principio de intervención mínima que lo rige, deben ser excluidas de este ámbito. Nos referimos a conductas tales como los silbidos, las insinuaciones, los ruidos de besos o los comentarios con connotación sexual o, bien sobre la ropa o el aspecto del destinatario, al menos, mientras dichas manifestaciones mantengan un tono positivo. En este ámbito, la subjetividad del interlocutor o el hecho de entender que este tipo de expresiones permiten perpetuar la cultura machista, no pueden entrar a ser valorados, como muy bien indica el propio legislador al exigir que las conductas generen una “situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria”.

Una vez excluidos los hechos de menor entidad, las restantes conductas ya podían ser subsumidas en los delitos existentes. Así, cuando se trate de comentarios ofensivos o soeces era posible aplicar el delito de injurias del artículo 208 CP. Cuando las conductas resultaran intimidantes podía aplicarse el delito de amenazas leves del artículo 171. 7 CP, o, incluso, cuando los actos se repitieran en el tiempo, podía recurrirse a la figura de *stalking* del art. 172 ter.

Es preciso celebrar que en España la introducción de este tipo delictivo no haya supuesto la criminalización del piropo y que se requiera que en todo caso se cree una situación intimidatoria, hostil o humillante, pero en todo caso, la creación de preceptos de estas características que están llamados a funcionar como sacos sin fondo, no son positivos y tienen que ser interpretados con suma cautela.

Como viene siendo habitual, la creación de delitos específicos para castigar fenómenos concretos persigue el objetivo de abrir un debate social y transmitir a la ciudadanía la preocupación de los sectores políticos frente a determinados problemas sociales, aunque con ello no se contribuya a su solución.

Es tarea del jurista poner de manifiesto esta situación, para contribuir en la medida de lo posible a la existencia de una opinión pública crítica y bien informada.

Referencias

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (1998). *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II.
- BARATTA, Alessandro (2000). “El paradigma del género. Desde la cuestión criminal a la cuestión humana”, en Eduardo Ángel Fabián Caparrós (coord.): *Responsa iurisperitorum digesta*, Vol. 1, pp. 226 y ss.
- CARMONA SALGADO, Concepción (2011). “Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual, inmobiliario y escolar a raíz de la reforma de la L.O. 5/2010”, en *La Ley Penal*, nº 81.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (2002). “Torturas y otros delitos contra la integridad moral en el Código Penal de 1995”, en Díez Ripollés, J. L., Romeo Casabona, C. M., entre otros (ed.): *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, p. 123.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2010). “El acoso inmobiliario: un nuevo delito más al cesto del Derecho Penal”, en Serrano Piedecabras, J. R. y Demetrio Crespo, E. (dir.): *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la Sociedad mundial del riesgo*, p. 220.
- DÍAZ PITA, María del Mar (1997). “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de torturas y atentado contra la integridad moral”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, p. 64.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes (2002). “La protección penal de la integridad moral”, en Díez Ripollés, J. L., Romeo Casabona, C. M., entre otros (ed.): *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*.

- GRIMA LIZANDRA, Vicente (2010). *Derecho Penal. Parte Especial*, en Boix Reig, J. (dir.). vol. 1.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (1996). “Delitos de Tortura y otros tratos degradantes (Delitos contra la integridad moral)”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995, (Parte Especial)*.
- MILOSLAVICH TUPAC, Diana (2016). La Agenda Legislativa de las organizaciones feministas en el Perú: 2015”, disponible en http://www.coeeci.org.pe/wp-content/uploads/2016/07/Estudio-COECCI-2015_Articulo-5.pdf (visto 19-02-2024).
- MORALES PRATS, Fermín (2011). “Los delitos contra la libertad sexual y las nuevas modalidades delictivas de acoso laboral e inmobiliario”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, n° 4, p. 235.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1996). “Protección de los Derechos Fundamentales en el Código Penal”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (1999). *Los delitos contra la integridad moral*. Tirant lo Blanch.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón (2011). Los delitos contra la libertad y la integridad moral: incriminación del acoso laboral e inmobiliario”, en Silva Sánchez, J. M. (dir.): *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, p. 272.
- REBOLLO VARGAS, Rafael (2008). “Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma del Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LX, p. 210.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis (1996). “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995. (Parte Especial)*.
- SOARES, Filipa (2016) “Portugal prohíbe el acoso verbal en lugares públicos”, en My Europe, <https://goo.su/zg2wcX>





¿Necesidad de una “ley seca” en España en el ámbito de las prestaciones sexuales voluntarias de personas adultas?¹

Need for a “dry law” in Spain in the field of voluntary sexual services of adults?

Esther Pomares Cintas

Universidad de Jaén
epomares@ujaen.es
ORCID: 0000-0001-6533-6873

Resumen

Los abusos y otras formas de violencia contra las mujeres se han situado en España en el terreno de la vulnerabilidad. El desafío es el de enfrentarlos desde la concepción de la vulnerabilidad institucional que pone trabas al ejercicio efectivo de la igualdad, a la emancipación de la mujer en la esfera privada y pública, sin caer en la trampa de aplicar su noción distorsionada -debilidad-, por sus graves repercusiones: cuestionar la capacidad de las mujeres adultas de llevar a cabo sus propios proyectos o formas de vida, la capacidad de tomar sus propias decisiones. Hacer frente a estos escenarios requiere una óptica de fondo que se dirija a las raíces de los abusos: las respuestas deben planear, ante todo, sobre los ejes de la justicia social, a partir de políticas públicas que incluyan también una perspectiva de género orientada a la igualdad emancipadora.

Palabras clave: Cosificación humana; Libertad sexual; Prostitución; Trata laboral; Victimización.

Abstract

Abuse and other forms of violence against women have been situated in Spain in the field of vulnerability. The challenge is to confront them from the conception of institutional vulnerability that hinders the effective exercise of equality, the emancipation of women in the private and public sphere, without falling into the trap of applying their distorted notion - weakness -, for its serious repercussions: questioning the ability of adult women to carry out their own projects or ways of life, the ability to make their own decisions. Addressing these scenarios requires a fundamental perspective that addresses the roots of the abuses: responses must be planned, above all, on the axes of social justice, based on public policies that also include a gender perspective oriented to emancipatory equality.

Keywords: human objectification; sexual freedom; Prostitution; Labor trafficking; Victimization.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación Orientada (2022, Ministerio de Ciencia e Innovación) “Análisis de las propuestas legislativas de lucha contra la esclavitud moderna y de las obligaciones de diligencia debida de las empresas en España” (APROES), Ref. PID2022-141837OB-I00. Universidad de Granada

Cómo citar este trabajo: Pomares Cintas, Esther. (2024). ¿Necesidad de una “ley seca” en España en la esfera de las prestaciones sexuales voluntarias de personas adultas?. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4), 34–50. <https://doi.org/10.46661/respublica.10266>

1. Introducción

En julio de 2020, la Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, reconocía ante la Asamblea General de la ONU que la explotación y sus formas más extremas “son componentes sistémicos de las economías y los mercados de todo el mundo”². Los supuestos más severos de explotación humana están conectados con la economía informal: se detectan en sectores precarios, hoy considerados de *alto riesgo*, en los que está presente de forma significativa mano de obra con baja cualificación y una elevada rotación de personal: agricultura, especialmente la estacionaria, industria textil, servicios alimentarios, asistencia a domicilio y asistencia social, servicios de cuidado doméstico, servicios de limpieza, construcción, restauración, y ámbitos emergentes como plataformas digitales de trabajo (repartidores de alimentos y comidas o servicio de paquetería a domicilio)³. Y también se gestan en contextos desregulados, como el del trabajo sexual.

Hacer frente a estos escenarios requiere una óptica de fondo que se dirija a las raíces de los abusos: las respuestas deben planear, ante todo, sobre los ejes de la *justicia social*, a partir de políticas públicas que incluyan también una perspectiva de género orientada a la igualdad emancipadora.

Este punto de partida precisa huir de nociones de vulnerabilidad que se identifiquen con una idea de “debilidad” de la persona porque hacerlo así forjaría actitudes condescendientes y políticas paternalistas. En un Estado social y democrático de Derecho, la vulnerabilidad ha de entenderse como

ausencia de un *cordón jurídico y efectivo de protección*, de herramientas adecuadas para identificar los abusos y la violencia, blindando y defendiendo a las personas en calidad de titulares de derechos con capacidad para llevar adelante sus propios proyectos de vida, cualesquiera que estos sean. La vulnerabilidad, por tanto, es de corte *institucional*. De ahí la obligación estatal de reconocer y garantizar dicho estatuto protector de derechos.

Los abusos y otras formas de violencia contra las mujeres se han situado en España en el terreno de la vulnerabilidad. El desafío es el de enfrentarlos desde la concepción de la vulnerabilidad institucional que pone trabas al ejercicio efectivo de la igualdad, a la emancipación de la mujer en la esfera privada y pública, sin caer en la trampa de aplicar su noción distorsionada -debilidad-, por sus graves repercusiones: cuestionar la capacidad de las mujeres adultas de llevar a cabo sus propios proyectos o formas de vida, la capacidad de tomar sus propias decisiones⁴.

A finales de los años 80, existía un amplio consenso y un objetivo común entre los movimientos feministas: eliminar todo régimen opresor de la libertad y emancipación de la mujer. Las reivindicaciones se dirigieron a desmontar estructuras de sometimiento e inferioridad de la mujer, comenzando básicamente con demandas de despenalización de prácticas represivas que imponían un orden (público) moral sexual que arrinconaba a la mujer con ataduras de honestidad (decencia) sexual, además de negar su autodeterminación en la esfera de los derechos reproductivos. La reivindicación de la libertad de la mujer también apuntaba a

² Informe presentado por la Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, a la Asamblea General de la ONU el 17 de julio de 2020 (A/75/169).

³ Véase Comunicación de la Comisión europea, de 29-9-2021 sobre la aplicación de la Directiva 2009/52/CE (COM (2021) 592 final); Directiva 2011/36/UE; Protocolo OIT, de 11 de junio de 2014, relativo al

Convenio núm. 29 sobre el Trabajo Forzoso; Recomendaciones de la OSCE para combatir el delito de trata con ocasión de la invasión de Ucrania, de 22 de abril de 2022 (SEC.GAL/48/22).

⁴ Cfr. POMARES CINTAS, Esther/ MAQUEDA ABREU, M^a Luisa (2022), “Mujeres: entre la igualdad y un nuevo orden moral”, Revista *Mientras Tanto*, nº 210.

la necesidad de garantizar la libertad sexual en el entorno del ejercicio voluntario del trabajo sexual, respaldando las demandas de las trabajadoras del sexo contra su segregación y su criminalización (véase también la declaración del Grupo de estudios de Política Criminal difundida en el Diario El País, el 11 de noviembre de 1997).

El texto original del Código Penal de 1995, que se estrenó como el texto punitivo de la democracia, reconocía, frente al texto refundido de 1973, la libertad sexual de las personas mayores de edad trabajadoras del sexo, castigando, precisamente por vulnerar ese valor (entre otros), la prestación forzosa de servicios sexuales. La función de un sistema penal democrático debía restringirse exclusivamente a la tutela de la libertad sexual (como valor individual) frente a los comportamientos que la obstaculizan o vulneran, defenestrando, de una vez, aquel orden moral sexual contra la autodeterminación de la mujer.

Sin embargo, de la noche a la mañana, el trabajo sexual (voluntario) por cuenta ajena se convirtió automáticamente en el cauce idóneo para especular con el valor de la libertad sexual y la violencia de género, dando entrada a argumentarios vinculados a la vulnerabilidad como debilidad.

El propio órgano de seguimiento del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Estambul, 2011), GREVIO (Grupo Experto en Acción contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica), ha señalado que dicho Convenio

no define el trabajo sexual (prostitución) en sí mismo como una forma de violencia contra las mujeres⁵. En esa línea también se pronuncia la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 8.3.2022 (COM(2022) 105 final).

En efecto, equiparar el trabajo sexual entre adultos que consienten con la violencia contra las mujeres es ignorar “la distinción entre trabajo sexual y violencia en el trabajo sexual” y, con ello, la necesidad de apoyar y defender a las mujeres que se dedican al trabajo sexual de toda violencia de género que puedan experimentar (*Comentarios del Comisionado sobre Derechos humanos del Consejo de Europa*, de 15-2-2024)⁶.

Una de esas manifestaciones la vemos en la actuación de los poderes públicos en España, particularmente a partir de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la libertad sexual, cuando pretenden obstaculizar los derechos de las trabajadoras sexuales relativos a la publicidad de sus servicios⁷.

Por otro lado, establecer una directa relación entre el trabajo sexual (voluntario), la trata de seres humanos y la explotación sexual constituye el cauce simbólico de un hacer político “feminista” desde el poder, encaminado a la criminalización del entorno del ejercicio voluntario de la prostitución.

Bajo el lema “*soy abolicionista porque soy feminista*”, en las antípodas de la consigna del Consejo de Europa -“*sólo los derechos pueden detener los males*”⁸-, las propuestas de

⁵ Segundo Informe General, abril 2021, <https://rm.coe.int/grevio-s-second-activity-report-2021/1680a2165c>, p. 12.

⁶ <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/protecting-the-human-rights-of-sex-workers>.

⁷ La asociación *StopAbolición* ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Dirección General de Consumo, por la que se acuerda el bloqueo cautelar en territorio español de al menos siete páginas web de contactos de trabajadoras

sexuales. Cfr. CUGAT MAURI, Miriam, <https://almacenederecho.org/el-cierre-de-las-webs-de-prostitucion-y-los-consumidores>. Tales conductas que impiden el ejercicio de derechos individuales son susceptibles de constituir el delito previsto en el art. 542 CP, agravado por razones discriminatorias basadas en el género (art. 22.4ª).

⁸ <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/protecting-the-human-rights-of-sex-workers>

alumbrar una ley seca en la esfera de las prestaciones sexuales voluntarias, que busca extenderse a la censura de la pornografía de adultos, siguen haciendo ruido mediático en la agenda política y, sobre todo, profundizando la huella de la vulnerabilidad institucional en el trabajo sexual. Veamos.

2. Un Plan para desterrar el ejercicio de la prostitución de la idea de trabajo

La Proposición de reforma del Código penal con fecha de 19 de mayo de 2022, dirigida exclusivamente a la prohibición del “proxenetismo en todas sus formas”, protagonizaba entonces, en nombre del Grupo Parlamentario Socialista, una vuelta de tuerca del régimen de criminalización del entorno del ejercicio voluntario de la prostitución que había sido integrado en el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual de 26 de julio de 2021, a iniciativa del Ministerio de Igualdad.

Hoy el documento estratégico presentado por el PSOE a mediados de enero de 2024 retoma la bandera del abolicionismo en el debate contra la prostitución: “no es admisible que la prostitución y la explotación sexual de las mujeres sigan existiendo en una democracia plena”⁹.

Criminalizar la esfera del ejercicio voluntario de la prostitución por cuenta ajena colocando la etiqueta de delincuente-proxenetista a quien, “con ánimo de lucro”, pero sin que necesariamente medie explotación, “promueva, favorezca o facilite la prostitución” de persona mayor edad que consienta tal actividad (art. 187.2, primer párr.) comporta, sin duda, una operación de metamorfosis del concepto de proxenetismo

no coactivo que, desde la reforma penal de 2015, se identificaba, mínimamente, con la realización de prestaciones sexuales en condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.

Este etiquetamiento viene acompañado de la persecución de quienes, “con ánimo de lucro y de manera habitual” promuevan, favorezcan o faciliten la prostitución de persona mayor edad con su consentimiento (art. 187 bis, primer párr.), dentro de un local o establecimiento o espacio destinado a ello, sin exigir tampoco una situación de explotación. Junto al castigo de estas conductas, el estigma penal vuelve a irrumpir en el ejercicio voluntario de la prestación o trabajo sexual también por cuenta propia, sancionando al cliente, o la conducta de “convenir la práctica de actos de naturaleza sexual a cambio de dinero u otro tipo de prestación de contenido económico” (art. 187 ter.1), *sin requerir una víctima*, es decir, una persona sometida a condiciones abusivas o bien a servicios sexuales forzados.

El proyectado esquema represivo se complementa con un duro régimen administrativo sancionador vigente¹⁰. En el contexto de la prostitución callejera, el infractor es el cliente o demandante de servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público (art. 39.1 Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana), pero también lo es quien los presta si comete una infracción grave de desobediencia de un requerimiento de abstenerse de la actividad sexual (art. 36. 6).

El hambre aguda de criminalización de todo aquello que posibilite ejercer el trabajo sexual, por ende, prestaciones sexuales

⁹ https://www.eldiario.es/politica/sanchez-aprovechara-convencion-psoe-reafirmarse-amnistia-retomar-abolicion-prostitucion_1_10846125.html.

¹⁰ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (2015), “A vueltas con la prostitución callejera: ¿hemos abandonado definitivamente el prohibicionismo

suave?” *Estudios penales y criminológicos*; de la misma autora (2020), “Prohibicionismo suave para abordar el trabajo sexual callejero: ordenanzas cívicas y ley mordaza”. *RELIES: Revista Del Laboratorio Iberoamericano Para El Estudio Sociohistórico De Las Sexualidades*, (4), pp. 113 ss.

voluntarias (como sostiene la Exposición de Motivos), plantea interrogantes de distinto calado. Una primera, insalvable, que remite al lugar sistemático en el que se persevera integrar estos nuevos delitos: los ataques a la libertad sexual de mayores de edad como valor a tutelar. Y esta no es una cuestión baladí, porque ninguna de las conductas descritas vulnera la libertad sexual de quienes ejercen *voluntariamente* la prostitución: son, en este sentido, delitos sin víctimas.

Con todo, la incriminación hoy del entorno del ejercicio voluntario de la prostitución tanto por cuenta ajena como por cuenta propia atiende a una perspectiva más amplia y compleja.

No es la libertad sexual el valor (individual) en juego. La proposición del Grupo Parlamentario Socialista, y su estrategia en un futuro inmediato, forman parte de un Plan para erradicar la prostitución como trabajo. Cabe entonces preguntarse ¿qué hay detrás del argumento de desterrar el ejercicio de la prostitución de la idea de *trabajo*?

Sería, desde luego, una operación equivocada comparar estas propuestas de incriminación con el Código penal, Texto refundido de 1973, cuando el régimen dictatorial franquista castigaba la tercería locativa (nunca castigó al cliente), dentro de los delitos contra la honestidad (art. 452 bis d). Porque, a partir de los años 2000, los escenarios cambian. Es el contexto de los compromisos derivados de los Protocolos de Palermo de 15 de noviembre de 2000, que complementan la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional: Protocolos de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por

Tierra, Mar y Aire, y el relativo a la prevención y persecución de la trata de personas.

Ambos instrumentos internacionales garantizan la criminalización del entorno de las operaciones migratorias de personas procedentes de sectores empobrecidos y no cualificados. Como armas *penales*, sendos Protocolos nacieron huérfanos de compromisos para atajar las causas de esos desplazamientos: hoy se reconoce que los factores que impulsan el perfil contemporáneo de los flujos migratorios “tienen vocación de permanencia”¹¹, además del carácter sistémico de la explotación más severa en las economías y mercados de todo el mundo¹².

Y el paso del tiempo nos muestra que dichas herramientas internacionales han logrado apuntalar políticas de contención de movimientos migratorios que han acentuado la *vulnerabilidad institucional* del inmigrante¹³.

3. Neutralizar la idea de que la prostitución puede ser una solución para las mujeres migrantes en Europa

Bajo el enfoque de contención de movimientos de personas de sectores empobrecidos desde fuera hacia dentro de la Unión Europea, y en su interior (incluyendo inmigrantes comunitarios procedentes de la población romaní, “como consecuencia de su marginación social y económica”¹⁴), la percepción de la prostitución como oportunidad para migrar no es una excepción.

¹¹ Comunicación de la Comisión europea (2016) sobre el Primer informe de situación sobre el Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración.

¹² De ahí la significativa expresión del Tribunal Europeo de Derechos humanos que habla de una “reminiscencia de los primeros años de la revolución industrial” (*Asunto Chowdury y otros v. Grecia*, Sentencia de 30 de marzo de 2017, núm. 21884/15).

¹³ Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, de 17 de julio de 2020.

¹⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2016, sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas desde la perspectiva de género (2015/2118(INI)).

Al hilo de ello sobresalen dos enunciados del texto de la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género:

Hay que desterrar concebir el ejercicio de la prostitución bajo la idea de *trabajo* porque hay que “evitar la idea de que la prostitución puede ser una solución para las mujeres migrantes en Europa”.

En realidad, este doble enunciado alude a una asignatura (y responsabilidad) pendiente en la historia de los desplazamientos migratorios contemporáneos de mujeres, como lo anticipaba, en 1927, el Informe del *Comité especial de Expertos sobre la Trata de mujeres y niños* nombrado por el Consejo de la Sociedad de Naciones: subsanar la precariedad de las opciones laborales y recursos para las mujeres migrantes, que las sitúan en una posición de desventaja en los sectores no cualificados, ya constituía “un vasto problema de orden económico”¹⁵.

Dado que no se ha solucionado este esencial asunto (del que las instituciones de la UE son conscientes¹⁶), porque ello requeriría apostar por proyectos universales de emancipación humana, el interés de contención de los desplazamientos de mujeres extranjeras provenientes de sectores empobrecidos y no cualificados planea como una sombra que siembra la duda sobre el objeto de la criminalización del entorno del ejercicio voluntario de la prostitución.

La conexión entre necesidades de migrar, mujeres-inmigrantes y prestación de servicios sexuales en otro país se concibe tras el cristal

de la represión. Los locales en los que se ejerce la prostitución y los demandantes de tales servicios se transforman en campo clave *criminológico* por sus efectos de atracción de los perfiles migratorios que se pretenden inhibir.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución, revitaliza el discurso del *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, de 2 de diciembre de 1949, nacido en las postrimerías y rescoldos de la Segunda Guerra Mundial, bajo los auspicios de la Asamblea General de la ONU.

El Convenio encarna la política de neutralización de los factores de atracción de desplazamientos transnacionales de mujeres extranjeras adultas que encuentran en la prostitución una vía para migrar. Establece un marco de criminalización del entorno de la prostitución que rehúsa distinguir el trabajo sexual -la prestación voluntaria de servicios sexuales- de los escenarios de explotación sexual, de prostitución forzosa y de trata, pues ni la libertad ni la autodeterminación sexual, ni la autonomía de la mujer adulta sobre su propio cuerpo, o su capacidad de tomar decisiones, son parámetros de referencia del Convenio: la consigna es criminalizar toda condición o comportamiento de terceros que favorezca o facilite el ejercicio de la prostitución, porque es favorecer la idea de la prostitución como oportunidad de colocación para migrar, y, en definitiva, favorecer la presencia de prostitutas extranjeras en otros territorios.

¹⁵ Cfr. CHAUMONT, Jean Michel (2009), *Le mythe de la traite des blanches. Enquête sur la fabrication d'un fleau*. La Découverte, pp. 8, 121.

¹⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión, Considerandos E, U. En la misma línea, Informe temático de la Relatora Especial sobre la trata de personas, de 3 de mayo de

2016, sobre la protección de las víctimas de la trata de personas y las personas en riesgo de ser objeto de trata en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos. Cfr. DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto (2022) “La prostitución en los márgenes del derecho”, En, (Periago Morant, Juan José, Dir.) *La Prostitución en la Comunidad valenciana: un enfoque abolicionista*, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 121 ss.

Bajo ese ideario, el Convenio incluye, como novedad, dentro del catálogo criminal, al usuario demandante de servicios sexuales.

Artículo 1. Deberá ser castigada *“toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra:*

2) *Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona.*

1) *Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona.*

Desterrar la idea del ejercicio de la prostitución como trabajo, como oportunidad para salir de un país y entrar en otro, se convierte en llave política para abrir la puerta a la criminalización del entorno de la prostitución, asimilando el ejercicio voluntario de la prostitución en el término explotación sexual o “proxenetismo”, sin necesidad de establecer los parámetros que lo definan¹⁷.

Esta operación semántica convierte automáticamente desplazamientos de mujeres que encuentran en el trabajo sexual una vía para migrar en *trata* de mujeres “para fines de prostitución”=explotación sexual¹⁸, y apuntala, al tiempo, el estigma y el control social de quienes prestan servicios sexuales con programas de rescate *-rehabilitación y adaptación social*” (art. 16).

En efecto, el Preámbulo del Convenio de 1949 afirma que “la prostitución y el *mal que la*

acompaña”, “*ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad*” (la cursiva ha sido añadida).

Los objetivos del mencionado Convenio internacional trascienden, pues, la temática de la prostitución. Ha constituido, ante todo, el retrato de la política criminal a escala internacional orientada al “combate” (como señala su art. 17) del perfil contemporáneo de los flujos migratorios¹⁹. Instituye, por primera vez, la medida “reina” contemporánea, que tiene rostro de mujer: la *expulsión* de prostitutas extranjeras (art. 19).

Esta medida represiva fue precisamente una recomendación del Comité de Expertos de la Sociedad de Naciones que indicaba, asimismo, la conveniencia de disponer *de lugares de detención temporal* en los que encerrar a las migrantes que esperan la ejecución de la orden de expulsión²⁰.

En suma, no extrañará que, en un contexto de flujos migratorios incesantes de mujeres procedentes de sectores empobrecidos con destino a Europa, o en el interior de la Unión Europea, la citada Resolución del Parlamento Europeo de 2014, sobre explotación sexual y prostitución, recurra a un lenguaje sumamente reduccionista alrededor de una triple identificación:

Prostitución=Trata=Esclavitud²¹.

Toma ese mismo testigo la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de

¹⁷ Cfr. POMARES CINTAS, Esther (2020) “La prostitución, rehén permanente del discurso de la trata de personas”, *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, (4), pp. 173 ss.

¹⁸ Véase el Preámbulo del Convenio de 1949 para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena.

¹⁹ Cfr. CHAUMONT, Jean Michel (2009), cit., pp. 13 ss., 19 ss., 113 ss.; en esta línea, ATTWOOD, Rachael (2016), “Looking Beyond “White Slavery”: Trafficking, the Jewish Association, and the dangerous politics of migration control in England, 1890-1910”, *Anti-Trafficking Review*, 7, pp. 115 ss.

²⁰ La expulsión de prostitutas extranjeras fue subrayada como principal recomendación en la Primera parte del Informe del Comité, y debatida en el Cuarto periodo de sesiones tras ser cuestionada en el período anterior por el experto francés, F. Hennequin. Cfr. CHAUMONT, J. Michel (2009), cit., pp. 252, 253, 255, 256.

²¹ Véase, objetando la falta de rigor de la información que maneja la Resolución, “A Critique of the “Report on Prostitution and Sexual Exploitation and its Impact on Gender Equality”, <https://www.nswp.org/resource/critique-the-report-prostitution-and-sexual-exploitation-and-its-impact-gender-equality>.

2023, sobre la regulación de la prostitución en la Unión: *repercusiones transfronterizas y consecuencias en la igualdad de género y los derechos de las mujeres* (2022/2139(INI)). Elevando a los altares el Convenio de 1949, gira la tuerca hacia la implantación de un lenguaje aún más especulativo, si cabe, en torno al trabajo sexual -personas en “situación de prostitución”- y hace las veces de altavoz en la imposición de un orden moral sexual para la mujer adulta, sólo por ser mujer.

“el sexo (...) solo puede otorgarse libre y voluntariamente, y que no puede sustituirse por el intercambio de dinero; que la prostitución reduce los actos íntimos a un valor monetario asignado”...

En realidad, este lenguaje moralizante, que rompe moldes conceptuales y es incompatible en sociedades democráticas laicas que cobijan formas de vida plurales, es más un síntoma y un diagnóstico sobradamente conocidos, porque la historia vuelve sobre sus pasos ante situaciones de crisis económica, cierre de fronteras, necesidades de migrar, y de constatada y no resuelta precariedad de oportunidades laborales para las mujeres migrantes²².

4. La reforma penal de 2003 y la tarea de consolidación y perfeccionamiento de las medidas relativas a la lucha contra la inmigración clandestina

En la España democrática, la conversión automática del trabajo sexual voluntario por cuenta ajena en la categoría de *violencia sexual* no fue obra del feminismo institucional de hoy, sino que se atribuye a la amplia reforma de 2003 (Ley Orgánica 11/2003), en el Gobierno de Aznar.

En los tiempos del populismo punitivo, llegó el momento de especular con la libertad sexual: se rompen las reglas del sistema penal democrático, se construye un modelo penal de autor, reprimiendo, en última instancia, a las mujeres que llevan formas de vida desviadas de lo que, desde ahora, se consideran los patrones de la moral sexual colectiva: en el ámbito del trabajo sexual por cuenta ajena, el valor de la libertad sexual adquiere carácter colectivo, de modo que a la mujer adulta se le expropia forzosamente toda capacidad de consentir, controlar su propio cuerpo y tomar sus propias decisiones sobre su esfera sexual.

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, llevó a cabo “una tarea de consolidación y perfeccionamiento” de las medidas relativas a la lucha contra el tráfico y la inmigración clandestina de personas. Junto al recrudescimiento del régimen de expulsión, se endurece el marco punitivo (pena de 4 a 8 años de prisión) y amplía el marco de conductas punibles de colaboración -sin exigir ánimo de lucro- en la entrada, circulación y estancia irregulares de extranjeros “*sean o no trabajadores*”.

Este delito -previsto en el art. 318 bis CP- se introduce en el año 2000 por la Disposición Final 2ª de la Ley de extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) y se ubica en un Título nuevo, el XV bis, orientado primordialmente a la tutela del interés en el control de los flujos migratorios bajo la eufemística rúbrica “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”²³.

²² POMARES CINTAS, Esther (2020) “La prostitución, rehén permanente del discurso de la trata de personas”, cit., pp. 173 ss.

²³ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo/POMARES CINTAS, Esther (2010), “Los delitos relativos al tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas (arts. 313 y 318

bis)”, En, (Álvarez García, F.Javier/González Cussac, J. Luis (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 355 ss.; POMARES CINTAS, Esther (2015) “Reforma del Código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal

La cuestión más llamativa de la reforma de 2003 fue la decisión de derogar la única modalidad específica de trata de seres humanos que existía en el Código Penal, la prevista en el anterior art. 188.2 (creada por la LO 11/1999, de 30 de abril), dentro de los delitos relativos a la prostitución.

El precepto sancionaba con las penas de prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses al *“que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima”*.

En 2003 esta figura delictiva quedó conceptualmente desvirtuada transformándose en una modalidad agravada de tráfico ilegal de migrantes (5 a 10 años de prisión), muy cercana a la conducta incriminada por el Convenio de 1949 para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena: la persecución de la colaboración en la inmigración clandestina o ilegal con la finalidad de “explotación sexual” (art. 318 bis, apartado 2, anterior a la reforma de 2010) perseguía también la ayuda a la inmigración irregular de mujeres que encontraban en la prostitución el medio para migrar, porque no se exigía anular o doblegar la voluntad de la persona que se desplaza.

Es precisamente esta nueva visión la que aportará la clave que explica la esencial transformación que experimentó también el concepto de proxenetismo, y con ello, el término “explotación sexual”, que se desdibujan, como en el texto del Convenio de 1949, por obra de la misma Ley Orgánica 11/2003.

En un abrir y cerrar de ojos, el trabajo sexual (voluntario) por cuenta ajena se identifica con la denominación criminológica de “explotación sexual” o “proxenetismo no coercitivo”, sin precisar las coordenadas que debe reunir la explotación para adquirir relevancia penal²⁴, y asimilando el tratamiento punitivo pensado para los escenarios de prostitución forzosa!:

Con la misma pena (prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses) se castiga a quien *“se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”* y a quien obligue *“empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella”* (art. 188.1 CP, según la reforma de 2003).

Fue el gobierno de Aznar el que impulsa, por primera vez desde la entrada en vigor del Código Penal de la democracia, una línea de criminalización del entorno de la prostitución voluntaria. Se aleja de la retórica de los tiempos del sistema penal franquista, apostando, en su lugar, por reproducir la política criminal de aquel Convenio internacional de 1949, enfocado, como se ha señalado en líneas anteriores, a la contención represiva de desplazamientos transnacionales de mujeres adultas “con fines de prostitución”, también contando con su consentimiento.

En consecuencia, se da entrada en un Título de un Código penal exclusivamente dedicado a la tutela, en democracia, de la libertad sexual a argumentarios que trascienden el valor de la libertad sexual misma, en aras de otros intereses.

en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Jurídicos UNESP* (Universidad Estatal Paulista), n. 29, p. 1 ss.

²⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a (2010), “Prostitución, exhibicionismo, pornografía en la

mujer”, En, (Monereo Atienza, Cristina/Monereo Pérez, J. Luis, Dirs.), *Género y Derechos fundamentales*, Comares, Granada, p. 266.

Sin embargo, el tenor del art. 188.1 CP *in fine* resultante de la reforma de 2003 fue seriamente refutado por la doctrina y la jurisprudencia²⁵: la reforma de 2015 -LO 1/2015, de 30 de marzo- volvió a colocar el epicentro de la persecución penal en la prostitución forzosa, diferenciando y definiendo, asimismo, las situaciones de explotación sexual con relevancia penal: realización de prestaciones sexuales por cuenta ajena en condiciones desproporcionadas o abusivas (art. 187. 1, 2º párrafo CP, según la reforma de 2015).

Una respuesta conveniente pero tímida porque no se atrevió a dar el paso para reconocer expresamente la naturaleza laboral de dicha explotación en la actividad de la prostitución por cuenta ajena²⁶.

5. Propuestas de reforma bajo el lema “soy abolicionista porque soy feminista”

Hoy el ideario de la ley seca en la esfera de las prestaciones sexuales voluntarias retoma su curso bajo un programa capitaneado, esta vez, por la consigna del feminismo institucional “soy abolicionista porque soy feminista”.

En un primer momento, la iniciativa surge del Ministerio de Igualdad, que deja su impronta en el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, de 26 de julio de 2021: se vuelve a identificar el ejercicio de la prostitución voluntaria por cuenta ajena con la explotación sexual, o la voz malsonante de “proxenetismo no coercitivo”, entendiendo

por tal no se sabe qué, es decir, el “aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación” (propuesta de artículo 187. 2 CP).

Tras ser excluido finalmente el proyecto abolicionista en la tramitación parlamentaria, el Grupo Parlamentario Socialista toma el relevo y el 19 de mayo de 2022 presenta una Proposición de reforma con más hambre aún de criminalización como signo identitario: pretende perseguir con la ley penal todo lo que represente “la condición de posibilidad” de ejercer la prostitución (Exposición de Motivos), vaciando definitivamente de significado el término *explotación sexual*: basta promover o favorecer el ejercicio de la prostitución, con ánimo de lucro, «aun con el consentimiento» de quien la practica (propuesta de artículo 187. 2 CP).

No sabemos qué contenido defenderá el Documento estratégico del PSOE de enero de 2024. Pero sí podemos advertir, sin riesgo de incurrir en errores, que ni la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ni la Proposición socialista, han querido situar el epicentro en la necesidad de ofrecer respuestas proporcionadas -y denominaciones criminológicas adecuadas- a una esfera de distinto cariz, que se sitúa extramuros tanto del trabajo sexual como de una “situación de prostitución”: el sometimiento a una situación de servicios sexuales forzosos como piedra angular de la esclavitud moderna.

Porque la esclavización sexual no se limita a los escenarios del proxenetismo coactivo²⁷, y

²⁵ CARUSO FONTÁN, Viviana (2011), “Sobre la criminalización de las actividades relacionadas con la prostitución consentida”, *Revista de Derecho y Proceso penal*, nº 2; GONZÁLEZ TASCÓN, Marta (2020), “Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 22, pp. 10 ss.

²⁶ MAQUEDA ABREU, M^a Luisa (2020) “Cómo construir «víctimas ficticias» en nombre de las libertades sexuales de las mujeres”, *Revista Mientras Tanto*, 196,

p. 3; de la misma autora (2016), “El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 118, pp. 33 ss.; CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz (2018), “Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?”, En, (De la Cuesta Aguado, Paz, et al., Dirs.), *Liber Amicorum: Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. H.c. Juan M^a Terradillos Basoco*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1028 ss.

²⁷ MAQUEDA ABREU, M^a Luisa (2020) “Cómo construir «víctimas ficticias» ..., cit., pp. 4,5; PEREZ ALONSO,

porque no sólo el valor de la libertad sexual está en juego.

Probablemente el ideario abolicionista-institucional llamó a excluir automáticamente el tratamiento de los servicios sexuales forzosos de las amplias coordenadas del *Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso* (diciembre 2021)²⁸, a pesar de enmarcarse (como reconoce el mencionado Plan) en el concepto de trabajo forzoso.

El objetivo no es sino capitalizar la cuestión de la prostitución señalando un ámbito propio de políticas públicas que se confunden con actitudes paternalistas o condescendientes de “rescate” de quienes practican el trabajo sexual, y que acaba reproduciendo sus estigmas.

Se ha dejado, pues, sin atender el contexto del sometimiento del ser humano a la prestación forzosa de servicios sexuales, el único en el que cabría plantear la incriminación de quien hace uso de los servicios sexuales de una persona obligada a realizarlos, sabiendo, o pudiendo saber, esa condición (véase art. 19 del Convenio nº 197 del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres

humanos, de 16 de mayo de 2005; art. 9.1, e) de la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, y art. 18.4 de la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas).

Precisamente este compromiso había sido afrontado en el texto de una propuesta legislativa ajena a la retórica del abolicionismo: el nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la Trata y la Explotación de seres humanos (29 de noviembre de 2022)²⁹.

La corriente política que destila aquella Proposición de mayo de 2022 no sólo vacía de contenido los principios de tipicidad y de bien jurídico de un sistema penal democrático.

La Exposición de motivos no oculta la flagrante vulneración de las garantías que deben inspirar la tipificación penal: frente a la regulación vigente del delito relativo a la explotación sexual, se opta por no describir en

Esteban (2022), “Propuesta de incriminación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal español”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24; del mismo autor, (2022) “La prostitución forzada como forma de esclavitud contemporánea”, En, (Periago Morant, Juan José, Dir.) *La Prostitución en la Comunidad valenciana: un enfoque abolicionista*, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 57 ss.

²⁸ Resolución de 20 de diciembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de diciembre de 2021, por el que se aprueba el Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso: relaciones laborales obligatorias y otras actividades humanas forzadas (BOE, Núm. 308, 24 de diciembre de 2021).

²⁹ Cfr. POMARES CINTAS, E. (2022) “¿Es anecdótico el trabajo esclavo en España? A propósito del Plan de Acción Nacional contra el trabajo forzoso y las víctimas olvidadas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 42; de la misma autora (2023) “Un nuevo modelo, otros deberes de diligencia para afrontar la esclavitud moderna: el Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la Trata y

la Explotación de seres humanos (2022)”, *Revista Sistema Penal Crítico - Artículo Debate*, Vol. 4; PÉREZ ALONSO, Esteban (2022), “Propuesta de incriminación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal español”, *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, n. 24; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, (2023) “Acerca del Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos”, *Diario LA LEY*, nº 10267; VALVERDE CANO, Ana Belén (2023), “Lo bueno, lo malo y lo feo de los futuros delitos de esclavitud”, *Diario LA LEY*, nº 10272; SANZ MULAS, Nieves (2023), “Trata laboral y explotación forzosa de migrantes irregulares. ¿Hacia el fin de la impunidad?”, *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 25-22; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (2023) “La inaplazable necesidad de un procedimiento de identificación de las víctimas de trata. Especial consideración al Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos, aprobado en el Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2022”, *Revista Sistema Penal Crítico*, Vol. 4.

la ley penal aquello que debe definir el objeto de persecución -así, “la relación de explotación” o las condiciones desproporcionadas o abusivas- porque colmar el mandato de taxatividad conduciría “a una restricción indeseada del alcance del tipo”. Y si es así, ¿para qué preguntarse entonces por el bien jurídico-penal objeto de tutela?

La propuesta del Grupo Parlamentario Socialista, que también criminaliza al cliente de la prostitución voluntaria, se inspira de lleno en el legado de postguerra del *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, de 1949, respaldando los idearios abolicionistas del Parlamento europeo en la Resolución, de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución: tras la represión penal de las condiciones que favorecen o facilitan el ejercicio de la prostitución, se encuentra latente el discurso de un país gendarme de la frontera Sur de la UE.

Recordemos que, desde finales de agosto de 2015, Europa experimenta una movilidad humana que alcanza un nivel sin precedentes, localizada, particularmente, en Oriente Próximo, el Cuerno de África y el norte de África³⁰. Son corrientes de migración mixta³¹, caracterizadas por un aumento de peticionarios de asilo o protección internacional que confluyen al unísono con el goteo incesante de las operaciones migratorias de los inmigrantes económicos que se dirigen a territorio europeo³².

Desde entonces, las afluencias de solicitantes de protección internacional también se han vuelto “habituales” (Declaración de la ONU para los Refugiados y los Migrantes, de 19 de

septiembre de 2016). Y, desde entonces, y aprovechando la coyuntura de la pandemia, el territorio de la UE se blindó, se nacionalizó la gestión de las fronteras interiores, aumenta exponencialmente el etiquetamiento de la inmigración ilegal y se estanca, desde 2020, la oportunidad de elaborar otro modelo de política común migratoria y de asilo a medio y largo plazo.

Al repliegue de fronteras, catapultado por el raquíptico pacto migratorio y de asilo alcanzado en la Cumbre del Consejo Europeo de Granada de principios de octubre de 2023, cabe añadir el auge del racismo y olas de puritanismo³³, manteniéndose invariable el eje de la precariedad y desigualdad de oportunidades laborales para las mujeres migrantes.

Por ello, para marcar un punto de reflexión, y no como conclusión, cabe preguntarse si tras el hambre de criminalización del entorno del trabajo sexual (voluntario), dado que no es la vulneración de la libertad sexual de quien ejerce voluntariamente la prostitución, se encuentra la sed de neutralización del recurrente “efecto llamada” de desplazamientos migratorios molestos de mujeres que encuentran en la prostitución la oportunidad para salir de un país y entrar en otro, para migrar a Europa o dentro de Europa³⁴.

Y, si es así, ¿cabría pensar en la instrumentalización política de los movimientos abolicionistas para un objetivo ajeno a sus planteamientos?

Sea como fuere, lo cierto es que esa política institucional arrinconará al trabajo sexual

³⁰ Cfr. Informe 2016 de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) *Las personas refugiadas en España y Europa*, pp. 18 ss. https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/06/Informe_CEAR_2016.pdf

³¹ Informe temático de la Relatora Especial sobre la trata de personas, de 3 de mayo de 2016, cit. Declaración de Nueva York (ONU) para los Refugiados y los Migrantes, de 19 de septiembre de 2016.

³² Conclusiones del Consejo Europeo de 17 y 18 de diciembre de 2015 (EUCO 28/15). Resolución del

Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2016, sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE (...), cit.

³³ Cfr. FONTANA, Josep (2017), *El siglo de la revolución, Una historia del mundo desde 1914*. Ed. Crítica, Planeta, Barcelona, pp. 133 ss., 136, 137.

³⁴ Véase Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, de 17 de julio de 2020, cit.

(voluntario) hacia una bóveda subterránea y clandestina y contribuirá a crear (o agravar) precisamente las condiciones de abuso y explotación de quienes lo ejercen³⁵.

6. Conclusiones

Un plan para erradicar la prostitución como trabajo queda lejos de ser hoy una herramienta para erradicar la vulnerabilidad institucional ante la explotación y otras formas de violencia.

La identificación del trabajo sexual (voluntario) con la trata de seres humanos y la explotación sexual ha “restringido cualquier progreso real en la protección de los derechos humanos de las trabajadoras sexuales”, ha incrementado el riesgo de vulnerabilidad a la violencia y los abusos (*Comentarios del Comisionado sobre Derechos humanos del Consejo de Europa*, de 15-2-2024)³⁶.

Capitalizando el discurso de la prostitución bajo estos parámetros reduccionistas, sólo se consigue desatar un ruido político y represivo que colocaría a España entre los países que utilizan “las leyes contra la trata (...) para reprimir la prostitución”, dando lugar, como señalaba Maria Grazia Giammarinaro ante la Asamblea General de la ONU, “a nuevas violaciones de los derechos de las mujeres,

incluidas las restricciones a su libertad de circulación y migración” (Informe de 2020).

Todo un despropósito por contradecir las expectativas de un colectivo al que se le ha restituido la libertad de sindicarse (Sentencia del Tribunal Supremo 584/2021, de 1 de junio), por victimizar a las mujeres adultas en el entorno de las prestaciones sexuales voluntarias, y por cuestionar su capacidad de consentir, de tomar sus propias decisiones, relegándolas a un estatuto de minoría de edad, en nombre de la ubicua etiqueta “violencia-igualdad de género”: mujeres siempre víctimas, no autónomas, no interlocutoras³⁷.

No se ha entendido que no son “rescates” ni segregaciones lo que se necesita: la raíz de esa vulnerabilidad es institucional. Reivindicar un *cordón jurídico protector* ha sido iniciativa del sindicato OTRAS.

Pero no es suficiente. La desregulación en la que está inmerso el trabajo sexual genera la coyuntura de un sistema frustrado de tutela porque, frente a otras actividades laborales, éste se realiza desconociendo con carácter previo las condiciones y garantías sociales dignas a partir de las cuales fundar y defenderse frente al abuso y la explotación.

³⁵Véase Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, de 17 de julio de 2020, cit.; DOLINSEK, Sonja (2022) “Tensions of abolitionism during the negotiation of the 1949 ‘Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others’”, *European Review of History*, 29:2, pp. 223 ss.; <https://elpais.com/espana/madrid/2022-09-13/hacerse-la-manicura-en-un-puticlub-el-epicentro-de-los-falangmei-en-madrid-esta-junto-a-la-gran-via.html>. La patente vulnerabilidad institucional en este ámbito ha quedado también revelada con la crisis de la Covid-19, pues, como declara la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género, ha aumentado el riesgo de pérdida de ingresos y de pobreza. Es lo que ha determinado a instar a la Comisión a establecer un marco concreto para los derechos y la protección de las trabajadoras del sexo, insistiendo en la importancia de incluir medidas y

estrategias que combatan la discriminación a la que se enfrentan las trabajadoras del sexo en el acceso a la financiación, la vivienda, la asistencia sanitaria, la educación y otros servicios.

³⁶ <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/protecting-the-human-rights-of-sex-workers>. Como también señaló recientemente el Grupo de Trabajo del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en su Informe de 7 de diciembre de 2023 (Eliminación de la discriminación contra las trabajadoras sexuales y salvaguardia de sus derechos humanos, A/HRC/WG.11/39/1), “ahora hay pruebas suficientes” para sostener esta afirmación (<https://www.ohchr.org/en/documents/tools-and-resources/guidance-document-working-group-discrimination-against-women-and>).

³⁷ POMARES CINTAS, Esther/ MAQUEDA ABREU, M^a Luisa (2022), Revista *Mientras Tanto*, nº 210, cit.

Es un signo más del riesgo de convertir este sector de actividad laboral en mero depósito de fuerza de trabajo despojada de cualquier garantía porque no se quiere entrar en el fondo³⁸.

En síntesis, el plan para erradicar el ejercicio de la prostitución como trabajo es una escalada punitiva que enmascara la necesidad de implementar un Plan para erradicar los factores que fundan la vulnerabilidad institucional ante el abuso y la explotación, como cuestión de justicia social; y una política de justicia social en estos contextos requeriría establecer un cortafuegos entre el control represivo migratorio y el reconocimiento de los derechos de quienes desempeñan efectivamente una actividad laboral³⁹.

Sería necesario flexibilizar los sistemas de migración laboral, revisar los deficientes y limitados modelos de contratación en el origen y enfrentar, de una vez, la precariedad generalizada del trabajo y, en particular, de las opciones laborales y recursos para las mujeres migrantes⁴⁰ que las colocan en una posición de desventaja.

Sin embargo, visto el reciente Pacto migratorio de la UE y el programa de promoción de la inmigración cualificada para ocupar oficios “en tensión”, es decir, empleos vacantes de mano de obra nacional cualificada en determinados sectores deficitarios o sectores de actividad «más tecnificados», los

vientos no soplan a favor de contrarrestar la vulnerabilidad institucional de las mujeres inmigrantes.

Se impulsa a escala europea “una política migratoria regular orientada a reducir la carencia de determinadas capacidades” en áreas deficitarias de los Estados miembros⁴¹.

Se ponen en marcha, bajo el lema de la flexibilidad, iniciativas de contratación en el origen, y también modelos de regularización, con el objetivo de cubrir puestos de trabajo cualificados -mejor retribuidos-: técnicos de construcción (instaladores electricistas de edificios y viviendas, conductores-operadores de grúa en camión, o de grúa fija, o móvil; carpinteros y montadores de carpintería metálica, aluminio y pvc); deportistas profesionales, entrenadores deportivos; ocupaciones variadas y específicas en el sector de la Marina Mercante⁴².

Es una política migratoria excepcional, que se tolera para “hacer frente a la necesidad de cobertura de determinados puestos de trabajo”⁴³, pero incapaz de neutralizar la tarea pendiente en relación con las mujeres inmigrantes procedentes de cuadros empobrecidos.

Sigue siendo significativa la empleabilidad de las inmigrantes en el sector del trabajo doméstico -casi la mitad de las trabajadoras

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Véase Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, de 17 de julio de 2020, cit.; Cuarto Informe General de las actividades del Grupo de Expertos contra el Tráfico de Seres Humanos del Consejo de Europa (GRETA), en el periodo entre 1 de agosto de 2013 y 30 de septiembre de 2014. GRETA 2015 (1); Sentencia TEDH de 30 de marzo de 2017, núm. 21884/15, *Asunto Chowdury y otros v. Grecia*.

⁴⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión, Considerandos E, U. En la misma línea, Informe temático de la Relatora Especial sobre la trata de personas, de 3 de mayo de 2016, cit.

⁴¹ Exposición de Motivos del Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

⁴² Resolución de 11 de agosto de 2023, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura para el tercer trimestre de 2023.

⁴³ Exposición de Motivos del Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

son extranjeras-, y en el sector de los cuidados.

Siguen estando condenadas a ocupar los sectores más precarios, no cualificados, “empleos esenciales” de alto nivel de esfuerzo o desgaste físico (trabajo doméstico, servicios de cuidado, servicios de limpieza, hostelería, agricultura). Representan en España el 6% de la población y ocupan el 44% de los empleos más precarios.

Referencias

- ATTWOOD, Rachael. (2016), “Looking Beyond “White Slavery”: Trafficking, the Jewish Association, and the dangerous politics of migration control in England, 1890-1910”, *Anti-Trafficking Review*, 7, pp. 115 ss.
<https://doi.org/10.14197/atr.20121777>
- CARUSO FONTÁN, Viviana. (2011). “Sobre la criminalización de las actividades relacionadas con la prostitución consentida”, *Revista de Derecho y Proceso penal*, nº 2.
- CEAR (2016): *Informe 2016: Las personas refugiadas en España y Europa*. Madrid, <https://goo.su/Ua41>
- CHAUMONT, Jean Michel (2009), *Le mythe de la traite des blanches. Enquête sur la fabrication d'un fleau*. La Découverte, (8), <https://doi.org/10.3917/dec.chaum.2009.01>
- CONSEJO DE EUROPA. Protecting the human rights of sex workers. <https://goo.su/xEBdxcA>
- CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz (2018). “Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?”, en, (De la Cuesta Aguado, Paz, et al., Dirs.), *Liber Amicorum: Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. H.c. Juan M^a Terradillos Basoco*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1028 ss.
- CUGAT MAURI, Miriam (2023). El cierre de las webs de prostitución y los consumidores. <https://almacenederecho.org/el-cierre-de-las-webs-de-prostitucion-y-los-consumidores>.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto (2022) “La prostitución en los márgenes del derecho”, en, (Periago Morant, Juan José, Dir.) *La Prostitución en la Comunidad valenciana: un enfoque abolicionista*, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 121 ss
- DECRETO 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. Exposición de Motivos.
- DIRECTIVA 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.
- DIRECTIVA 2009/52/CE establece normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de personas migrantes indocumentadas. Asimismo, otorga derechos a las personas migrantes indocumentadas.
- DOLINSEK, Sonja. (2022). “Tensions of abolitionism during the negotiation of the 1949 ‘Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others’”, *European Review of History*, 29:2, pp. 223 ss.
<https://doi.org/10.1080/13507486.2022.2026893>
- FONTANA, Josep. (2017). *El siglo de la revolución, Una historia del mundo desde 1914*. Ed. Crítica, Planeta, Barcelona, pp. 133 ss.
- GIAMMARINARO Maria Grazia, (2015). *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Maria Grazia Giammarinara*, A/HRC/29/38, ONU: Consejo de Derechos Humanos, 31 Marzo 2015.
- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta (2020). “Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 22-10,

- <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-10.pdf>
- GRETA.UE Cuarto Informe General de las actividades del Grupo de Expertos contra el Tráfico de Seres Humanos del Consejo de Europa (GRETA), en el periodo entre 1 de agosto de 2013 y 30 de septiembre de 2014.
- MAQUEDA ABREU, M^a Luisa (2020) “Cómo construir «víctimas ficticias» en nombre de las libertades sexuales de las mujeres”, *Viento Sur*, 7 de diciembre de 2020, 1-6, <https://goo.su/nouiTWI>
- MAQUEDA ABREU, M^a Luisa. (2016). “El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 118, pp. 33 ss. Número 118, I, Época II, <https://vlex.es/vid/habito-legislar-ton-lectura-643789345>
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. (2023). “La inaplazable necesidad de un procedimiento de identificación de las víctimas de trata. Especial consideración al Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos, aprobado en el Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2022”, *Revista Sistema Penal Crítico*, Vol. 4. <https://doi.org/10.14201/rspc.31434>
- ONU: Asamblea General, *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, A/RES/317, 2 Diciembre 1949.
- ONU: Consejo de Derechos Humanos, *Trata de personas, especialmente mujeres y niños: protección de las víctimas de la trata de personas y las personas en riesgo de ser objeto de trata, especialmente las mujeres y los niños, en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos*. A/HRC/RES/, 20 Julio 2016.
- ONU: Consejo de Seguridad, *Resolución 2253 (2015), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7587^a sesión, celebrada el 17 de diciembre de 2015*, S/RES/2253 (2015).
- ONU: Guidance document of the Working Group on discrimination against women and girls: Eliminating discrimination against sex workers and securing their human rights. 07 December 2023.A/HRC/WG.11/39/1
- ONU: Asamblea General, *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes y Marco de respuesta integral para los refugiados: Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016*. A/RES/71/1, A/RES/71/1, 3 Octubre 2016
- Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio N° 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio*, 1932, 28 Junio 1930.
- OSCE. Recomendaciones de la OSCE para combatir el delito de trata con ocasión de la invasión de Ucrania, de 22 de abril de 2022 (SEC.GAL/48/22).
- PEREZ ALONSO, Esteban (2022). “Propuesta de incriminación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal español”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24-07, pp. 1-50. <http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-07.pdf>
- PEREZ ALONSO, Esteban (2022). “La prostitución forzada como forma de esclavitud contemporánea”, En, (Periago Morant, Juan José, Dir.) *La Prostitución en la Comunidad valenciana: un enfoque abolicionista*, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 57 ss.
- POMARES CINTAS, Esther, y MAQUEDA ABREU, M^a Luisa (2022), “Mujeres: entre la igualdad y un nuevo orden moral”, *Revista Mientras Tanto*, n° 210.
- POMARES CINTAS, Esther. (2022) “¿Es anecdótico el trabajo esclavo en España? A propósito del Plan de Acción Nacional contra el trabajo forzoso y las víctimas olvidadas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 42. <https://doi.org/10.15304/epc.42.8226>
- POMARES CINTAS, Esther. (2023). “Un nuevo modelo, otros deberes de diligencia para afrontar la esclavitud moderna: el Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la Trata y la Explotación de seres humanos (2022)”, *Revista Sistema Penal*

- Crítico* - Artículo Debate, Vol. 4.
<https://doi.org/10.14201/rspc.31434>
- POMARES CINTAS, Esther (2020) “La prostitución, rehén permanente del discurso de la trata de personas”, *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, (4), <https://doi.org/10.46661/relies.5109>
- POMARES CINTAS, Esther (2015) “Reforma del Código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Jurídicos UNESP* (Universidad Estatal Paulista), n. 29, p. 1 ss. <https://doi.org/10.22171/rej.v19i29.1803>
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, y POMARES CINTAS, Esther (2010), “Los delitos relativos al tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas (arts. 313 y 318 bis)”, En, (Álvarez García, F.Javier/González Cussac, J. Luis (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 355 ss.
- Resolución de 11 de agosto de 2023, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura para el tercer trimestre de 2023.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2016, sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas desde la perspectiva de género (2015/2118(INI)). <http://www.europarl.europa.eu/oeil-mobile/summary/1436994?t=d&l=en>
- Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión, Considerandos E.U(2015/2340. <https://goo.su/GGBK3>
- Resolución de 20 de diciembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de diciembre de 2021, por el que se aprueba el Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso: relaciones laborales obligatorias y otras actividades humanas forzadas (BOE, Núm. 308, 24 de diciembre de 2021).
- SANZ MULAS, Nieves. (2023). “Trata laboral y explotación forzosa de migrantes irregulares. ¿Hacia el fin de la impunidad?”, *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 25-22. núm. 25-22, pp. 1-35. <http://criminnet.ugr.es/recpc/25/recpc25-22.pdf>
- Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Chowdury* y Otros c. Grecia de fecha 30 de marzo de 2017. Demanda n. 21884/15.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María (2010), “Prostitución, exhibicionismo, pornografía en la mujer”, En, (Monereo Atienza, Cristina/Monereo Pérez, J. Luis, Dir.), *Género y Derechos fundamentales*, Comares, Granada, p. 266.
- UNIÓN EUROPEA. COMISIÓN EUROPEA, (2016). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al consejo sobre el estado de ejecución de las medidas prioritarias en el marco de la Agenda Europea de Migración*, COM(2016) 85 final, 10 Febrero 2016.
- VALVERDE CANO, Ana Belén. (2023). “Lo bueno, lo malo y lo feo de los futuros delitos de esclavitud”, *Diario LA LEY*, nº 10272.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (2015), “A vueltas con la prostitución callejera: ¿hemos abandonado definitivamente el prohibicionismo suave?” *Estudios penales y criminológicos*. vol. XXXV.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (2020), “Prohibicionismo suave para abordar el trabajo sexual callejero: ordenanzas cívicas y ley mordaza”. *RELIES: Revista Del Laboratorio Iberoamericano Para El Estudio Sociohistórico De Las Sexualidades*, (4), pp. 113 ss. <https://doi.org/10.46661/relies.4992>
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, (2023). “Acerca del Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos”, *Diario LA LEY*, nº 10267.



El debate sobre la relevancia de la cláusula del art. 183 quater cp, en el caso de “La Arandina”^{1,2}

The debate on the relevance of the clause of art. 183 quater cp in the case of "La Arandina"

Pastora García Álvarez

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

prgaralv@upo.es

ORCID: 0000-0002-3278-8491

Resumen

En este caso se juzgó a tres jóvenes integrantes del Club de fútbol “La Arandina”, por unos actos de carácter sexual realizados con una joven que, en el momento de los hechos (noviembre de 2017), tenía quince años. La cuestión a dilucidar era si las relaciones sexuales mantenidas por ese grupo (consistentes en masturbaciones y felaciones a los tres acusados y relaciones sexuales completas con uno de ellos), fueron consentidas por la menor o, por el contrario, fueron conseguidas mediante el empleo de violencia o intimidación y, por tanto, constitutivas de agresiones sexuales. Interrogante al que se le sumaba como cuestión de suma trascendencia el que el sujeto pasivo fuera una menor de dieciséis años. El consentimiento de los menores de esa edad a los actos de carácter sexual era (y es) -conforme al sistema normativo español vigente- en principio irrelevante.

Palabras clave: Agresión sexual, Consentimiento, Libertad sexual, Madurez.

Abstract

In this case, three young members of the football club "La Arandina", were tried for acts of a sexual nature carried out with a young girl who, at the time of the events (November 2017), was fifteen years old. The question to be elucidated was whether the sexual relations maintained by this group (consisting of masturbation and fellatio of the three accused and full sexual relations with one of them) were consented to by the minor or, on the contrary, were achieved through the use of violence or intimidation and, therefore, constituted sexual assaults. This question was compounded by the fact that the passive subject was a minor under the age of sixteen. The consent of minors of that age to acts of a sexual nature was (and is) - in accordance with the Spanish legal system in force - in principle irrelevant.

Keywords: Sexual assault, Consent, Sexual freedom, Maturity.

¹ Este trabajo ha sido publicado en su primera versión por la Revista de la Fiscalía General del Estado de Ecuador, *Revista Científica de Ciencias Jurídicas, Criminología y Seguridad* con ISSN: 2661-6866 y accesible en: <https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/politica-criminal/Delitos-sexuales.pdf>

² Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo Interuniversitario e Interdisciplinario de Investigaciones sobre la Criminalidad (SEJ678) y del Proyecto Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos. N° PID2020-117403RB-100

Cómo citar este trabajo: García Álvarez, Pastora. (2024). El debate sobre la relevancia de la cláusula del art. 183 quater cp en el caso de “La Arandina”. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4), 51–61. <https://doi.org/10.46661/respublica.10269>

1. Introducción

En efecto, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo³, reformó en profundidad diversos aspectos del Código penal⁴ (Cp), repercutiendo también en el ámbito de los que en aquel momento se denominaban “delitos contra la libertad e indemnidad sexual”⁵ del Título VIII de este cuerpo normativo.

La novedad más destacable que introdujo esta ley en esta sede consistió en que el entonces vigente Capítulo II bis, relativo a “los abusos y agresiones sexuales”⁶, pasaba de ser aplicable a los menores de trece años, a englobar a los menores de hasta dieciséis años, con lo que se ampliaba la edad de los menores protegidos de forma específica en este capítulo.

Este incremento de edad de los sujetos pasivos de los delitos contenidos en este capítulo obedeció a una sugerencia del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, para adecuar –según palabras textuales– “la regulación penal española en este ámbito a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia”, y mejorar con ello –también textualmente– “la protección que España ofrece a los menores”.

Por su parte, el que la edad hasta la que se pasaba a proteger más intensamente a los menores fueran concreta y específicamente

los dieciséis años respondía a que, en consideración del legislador español, lo que la Directiva 2011/93/UE denomina la “edad de consentimiento sexual” (como la “edad por debajo de la cual está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor”), era en nuestro Código penal, hasta la fecha, muy inferior a la prevista en los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años–; y una de las más bajas del mundo.

Sin embargo, este aumento de la edad de los menores a proteger en el Capítulo II bis no tenía causa en nuestra realidad criminológica (ya que en España la tasa de infracciones en materia sexual es más baja que la que presentan otros países europeos⁷); ni la Directiva citada imponía que la edad por debajo de la cual tenía que estar prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor tuvieran que ser los dieciséis años.

De hecho, advertía que tal edad debía ser establecida de conformidad con el Ordenamiento nacional de que se tratase, cosa que con esta reforma no se respetó⁸. Pero lo que es aún peor, este incremento de la edad de los sujetos pasivos a los que se protege en este ámbito a los dieciséis años chocaba (y choca) con la realidad social actual de nuestro país, ya que los adolescentes se inician sexualmente con menos de esa edad⁹.

³BOE-A-2015-3439.

<https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>

⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE-A-1995-25444.

<https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

⁵ Esta rúbrica ha sido modificada posteriormente por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, y ya no alude a indemnidad sexual (a partir de ahora LO 10/2022). BOE-A-2022-14630 <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con>

⁶ Capítulo que ha sido suprimido por la LO 10/2022. En virtud de esta Ley los actos de carácter sexual realizados con un menor de dieciséis años se recogen ahora en el Capítulo II del Título VIII (arts. 181 y ss.) bajo la rúbrica “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”.

⁷ Como lo advierte, por ejemplo, José Luis González Cussac, “Prefacio”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, dir. José Luis González Cussac (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 10.

⁸ Ya que en España era posible en aquellos momentos, aunque fuera de manera excepcional, contraer matrimonio a los catorce años de edad (cfr. art. 48 Cc). Por lo que, si esto era posible, se estaba reconociendo que los menores de dieciséis años podían hacer vida marital y mantener relaciones sexuales sin que hubiera que exigir por ello responsabilidad penal. Posibilidad eliminada por la Disposición final 1.1. de la Ley 15/2015, de 2 de julio.

⁹ Carmen Moreno, Pilar Ramos, Francisco Rivera et al., “Resultados del Estudio HBSC 2018 en España sobre Conducta Sexual. Análisis de tendencias 2002-2006-2010-2014-2018”. Ministerio de Sanidad, 2020.

Por ello, el legislador tras elevar a la categoría de delito los “actos de carácter sexual con menores de dieciséis años”, incorporó una cláusula en virtud de la cual se contempla la posibilidad de que el consentimiento que preste un menor de esta edad pueda tener relevancia a efectos de exonerar de responsabilidad penal al sujeto activo del delito, exigiendo para ello, eso sí, ciertos requisitos.

Esta cláusula, inicialmente prevista en el que era el art. 183 quater Cp¹⁰ (ahora suprimido), tras la LO 10/2022 se encuentra ubicada, si bien con cambios, en el vigente art. 183 bis Cp¹¹.

Ahora bien, la cláusula en virtud de la cual se le otorga relevancia al consentimiento del menor de dieciséis años en el ámbito de los delitos sexuales no ha estado exenta de polémica¹² tanto por su concreta redacción¹³ como por la intensidad de su relevancia como circunstancia eximente.

Cuestión esta última que se evidencia de forma significativa en la tramitación judicial del caso objeto de estudio de este trabajo. Veámoslo con más detalle.

https://www.sanidad.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/HBSC2018_ConductaSexual.pdf
(consulta 14/10/2023).

¹⁰ Artículo 183 quater que disponía lo siguiente: “El consentimiento libre del menor de dieciséis años, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”.

¹¹ Artículo 183 bis cuyo tenor literal es el siguiente: “Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”.

¹² En sentido muy crítico puede verse, por ejemplo, a José Antonio Ramos Vazquez, “El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la

2. “La Arandina”: Tramitación Judicial

El Ministerio Fiscal, la Acusación particular, así como la popular calificaron los actos realizados por los acusados¹⁴ de veintidós y veinticuatro años como sendos delitos de agresión sexual del entonces vigente art. 183.2.3 y 4b) Cp¹⁵; y los realizados por el acusado de diecinueve años, como un delito continuado de agresión sexual del mismo artículo.

De hecho, estimaron que cada uno de ellos debía responder, por un lado, como autor de su agresión sexual y, por otro, como cooperador necesario en las agresiones sexuales de los otros dos acusados.

Por su parte, las Defensas de los acusados, en sus conclusiones definitivas, solicitaron la libre absolución de sus patrocinados modificando las provisionales en el sentido de entender que, alternativamente, en el acusado de diecinueve años concurría un error invencible del art. 14 Cp de prohibición o de tipicidad (sobre la edad), o la eximente del entonces vigente art. 183 quáter Cp.

En el mismo sentido, la representación del acusado de veintidós años alegó error invencible del art. 14 Cp, y la representación del de veinticuatro años, la concurrencia de

responsabilidad penal por delitos sexuales: art. 183 quater Cp”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, dir. José Luis González Cussac (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 602 y ss.

¹³ Ya que el Legislador, para conferir eficacia al consentimiento del menor de dieciséis años, ha optado por un criterio mixto fundado en dos parámetros: uno cronológico (edad similar) y otro biopsicosocial (semejante grado de desarrollo o madurez). Parámetros ambos que tendrán que ser valorados en el caso concreto, por lo que no se puede decir que se trate de una fórmula que ofrezca demasiada seguridad jurídica.

¹⁴ Hago referencia seguidamente al dato de sus edades, porque, como comprobaremos en el desarrollo de este trabajo, la edad de los implicados resulta clave para la determinación de la responsabilidad penal a los mismos exigible

¹⁵ Preceptos reformados por la LO 10/2022.

error invencible de tipo y de prohibición y, subsidiariamente, la cláusula de exención de responsabilidad del referido art. 183 quater Cp.

En este caso hubo una primera condena de la Audiencia Provincial de Burgos por sentencia 379/2019, de 11 de diciembre; y una segunda por sentencia 14/2020, de 18 de marzo, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que fue recurrida en casación por la Fiscalía a mediados de 2020 ante el Tribunal Supremo. Recurso este resuelto por la STS 930/2022, de 30 de noviembre.

Procedo a continuación a sintetizar los hechos probados, para a continuación analizar el contenido de cada una de estas resoluciones.

2.1. Hechos probados

Expuestos de forma sintética y siguiendo la exposición que de los mismos se hace en la sentencia 379/2019, de 11 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Burgos, los hechos probados fueron los siguientes:

La denunciante tenía en el momento de los hechos la edad de quince años. Al club de fútbol local (La Arandina Club de Fútbol) se habían incorporado nuevos jugadores, entre ellos uno de los acusados (el de veinticuatro años), que a ella le gustaba, y con el que a través de Instagram había mantenido numerosas conversaciones, intercambiado publicaciones y fotografías en ropa interior.

El 24 de noviembre de 2017, tras haber realizado dieciocho llamadas a este acusado sin que este le respondiese, la denunciante se encontró con él en un bar y este la invitó a subir a su domicilio con el pretexto de realizar un vídeo musical mediante una aplicación. Una vez en el interior de la vivienda llegaron otros dos compañeros de piso, el acusado de diecinueve años y el de veintidós; así como un tercero que quedó acreditado abandonó el piso después de cambiarse de ropa y al que, por tanto, no se imputaría delito alguno. Estando la denunciante y los tres acusados en el salón de ese domicilio, uno de ellos apagó todas las luces de la estancia y los tres se

desnudaron. La denunciante fue al baño y, al regresar, se sentó en una esquina del sofá. Los acusados procedieron a desnudarla quitándole la ropa, salvo las bragas, ella se cruzó los brazos y no supo cómo reaccionar, quedándose paralizada, procediendo los acusados a cogerle las manos para que les masturbase. Posteriormente le sujetaron la cabeza para que les hiciera una felación a cada uno de ellos, llegando uno (sin determinar) a eyacular en la boca de la menor, tras lo cual y al sentir asco, fue al baño que se encontraba la final del pasillo para escupir.

El acusado de diecinueve años de edad fue detrás de la menor cuando esta salió del baño, le indicó cuál era su habitación y la denunciante entró en la misma y se reclinó sobre la cama, sin resultar probado que se cayese accidentalmente o lo hiciese previo empujón del mismo quien, tras ponerse un preservativo, la penetró vaginalmente. No quedó acreditado que la denunciante mostrase su oposición, expresa o tácita a dicha relación.

Quedó acreditado que conforme al informe psicológico la madurez del acusado de diecinueve años era similar a la de la denunciante.

2.2. Sentencia 379/2019, de 11 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Burgos

Como el testimonio de la víctima se erigió en prueba de cargo, debía valorarse la ausencia de incredulidad, la verosimilitud de su testimonio y la persistencia que tuvo en la incriminación.

La Audiencia Provincial consideró que la denunciante había sido persistente en su declaración, que carecía de móviles espurios para perjudicar a los denunciados y que había sido congruente en las cuestiones esenciales. Y ello a pesar de que la denunciante había contado a algunos de los testigos (aquellos con los que tenía una relación menos cercana) que los hechos habían sucedido voluntariamente, comportamiento que la Audiencia atribuyó a su inmadurez y al

sentimiento de culpabilidad tras lo acontecido (FD Tercero).

Ahora bien, no entendió corroborada la versión de la denunciante de que había sido penetrada en contra de su voluntad por el acusado de diecinueve años; por lo que, tras quedar acreditado que la madurez de ambos, denunciante y acusado, eran similares y entender que la diferencia de edad entre ambos carecía de relevancia, apreció la causa de exención de responsabilidad criminal prevista en el art. 183 quáter Cp.

Por ello, la Audiencia absolvió a este acusado de responsabilidad penal por esta relación sexual completa y, en consecuencia, por el delito continuado de agresión sexual que se le imputaba (FD Cuarto). Sin embargo, no entendió que este precepto fuera aplicable, tal y como solicitaban subsidiariamente las defensas de los acusados de veintidós y veinticuatro años, a las relaciones sexuales mantenidas con estos, ya que no estimó acreditado que dichas relaciones fueran consentidas por la denunciante (FD Quinto).

Por el contrario, la Audiencia dio por probado que los actos sexuales realizados por los tres acusados consistentes en felaciones y masturbaciones se habían mantenido en una situación de “intimidación ambiental”¹⁶. De hecho, la Audiencia entendió que se trataba de una agresión sexual (o violación) grupal y que, aunque cada uno de los acusados tuviese responsabilidad individual por el delito cometido, este había sido posible por la contribución de los tres; por lo tanto, cada uno de ellos tenía también responsabilidad subsidiaria como cooperadores necesarios en

la agresión sexual cometida por los otros dos (FD Octavo). No se entendió probado que los acusados estuvieran incurso ni en un error de tipo invencible (ya que entendió acreditado que conocían la edad de la denunciante) ni en un error de prohibición invencible, al tratarse de españoles de un nivel cultural medio y que habían tenido la posibilidad de conocer la reciente condena de un grupo de personas por un delito contra la libertad sexual, refiriéndose al caso de “La Manada”¹⁷ (FD Décimo).

Por lo que condenó a los tres acusados como autores de un delito de agresión sexual a la pena de catorce años de prisión y como cooperadores necesarios a las agresiones sexuales de los otros dos, a doce años de prisión por cada uno de los delitos cometidos; es decir, a un total de treinta y ocho años de prisión con la aplicación del máximo de cumplimiento previsto en el art. 76 Cp de veinte años.

2.3. Sentencia 14/2020, de 18 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Civil y Penal)

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial fue recurrida en apelación por los tres condenados, que solicitaban la absolución en relación con los delitos de agresión sexual por los que habían sido condenados en concepto de autores directos, así como de cooperadores necesarios; alternativamente solicitaban la anulación de la sentencia y la celebración de un nuevo juicio.

¹⁶ En los siguientes términos: “Entendemos que el hecho de que la menor se encontrase en un domicilio ajeno, con la luz apagada y rodeada por tres varones de superior complexión y edad, los cuales se habían desnudado, y quitándole a ella también la ropa (...), cogiéndole de las manos y la cabeza (...) constituye una situación de intimidación ambiental, y por ello resulta creíble que la menor, por su falta de madurez y sorpresa, no supiese reaccionar, quedándose bloqueada, y paralizada, temiendo que, si se negaba, los tres acusados pudieran reaccionar en forma violenta”.

¹⁷ Hecho de gran trascendencia mediática en España en el que se juzgó a cinco varones por unas relaciones sexuales mantenidas en grupo con una joven de diecinueve años. Un análisis del mismo puede verse en Pastora García Álvarez, “El precio de una reforma penal fruto de la presión social”, en *La perspectiva de género en la ley del “solo sí es sí”*. Claves de la polémica, dirs. Pastora García Álvarez y Viviana Caruso Fontán (A Coruña: Colex. 2023), 17-55.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León aceptó la declaración de hechos probados de la Sentencia anterior, con un par de salvedades¹⁸.

Como ni el Fiscal, ni la Acusación particular, ni la Acción pública impugnaron la absolución del acusado de diecinueve años en relación a los hechos ocurridos en su habitación, el Tribunal Superior de Justicia consideró tal pronunciamiento como firme a todos los efectos, lo que tendría, a su vez, transcendencia a la hora de valorar la entidad de los hechos ocurridos con anterioridad en el salón¹⁹.

A diferencia del criterio mantenido por la Audiencia, el Tribunal Superior de Justicia entendió que el análisis de la prueba pericial psicológica de la denunciante no permitía darle credibilidad a su testimonio desde un punto de vista subjetivo, y que el temor de esta al escándalo una vez que los hechos llegaron a conocimiento de las personas cercanas a ella y su familia, no permitían descartar el móvil espurio (FD Séptimo).

La falta de credibilidad subjetiva y la dificultad para encontrar una relación lógica entre los distintos comportamientos de la denunciante (subir al piso voluntariamente, permanecer junto a los acusados en una habitación a oscuras estando estos desnudos, sin que nadie le impidiera marcharse, que, a continuación, mantuviera una relación sexual completa con uno de ellos consintiéndola libre

y voluntariamente) llevó al Tribunal a descartar la intimidación como el factor desencadenante de las masturbaciones y felaciones a los tres acusados (FD Octavo). En consecuencia, estos hechos ya no podían ser calificados de agresión sexual, sino de abuso sexual con menor de dieciséis años del entonces vigente art. 183.1 Cp (FD Noveno). Eso sí, el Tribunal no entendió acreditado ni error de tipo en relación a la edad de la denunciante ni el error de prohibición alegado por los acusados de forma subsidiaria (FD Décimo).

Una vez calificada la acción de los recurrentes como un delito de abuso sexual tipificado en el art. 183.1 Cp, el Tribunal Superior de Justicia procedió a analizar la eventual aplicación del art. 183 quáter Cp, bien como eximente de la responsabilidad criminal o, en su caso, como atenuante simple o cualificada. Llegado a este punto, en el caso del acusado de diecinueve años entendió que esta exención que se admitió para absolverle de responsabilidad penal por la relación sexual completa había de extenderse también al delito de abuso sexual integrado por los hechos ocurridos en el salón (FD Duodécimo).

En relación a los acusados de veintidós y veinticuatro años, si bien no admitió la apreciación de este precepto con carácter de eximente de la responsabilidad por la falta de simetría en desarrollo y madurez con la menor, sí admitió su apreciación como

¹⁸ En primer lugar, en relación a los hechos sucedidos en el salón de la vivienda de los tres acusados recogidos en el apartado Tercero, de cuyo párrafo segundo se elimina la referencia siguiente: "ella se cruzó los brazos y no supo cómo reaccionar, quedándose paralizada"; así como el dato de que fueran los acusados los que cogieran las manos de la denunciante para que les masturbara o los que le sujetaran la cabeza para que les hiciera una felación. En segundo lugar, añade un apartado Sexto en el que se hace constar que ninguno de los acusados había superado la etapa de educación secundaria obligatoria y que el acusado de diecinueve años tenía una madurez psicológica próxima a la de la menor, y el de veintidós, ligeramente superior a la de esta. También se dio por acreditado que el acusado de veinticuatro años había padecido un trastorno de déficit de atención/hiperactividad en su infancia que le provocó

que su madurez cerebral fuera inferior a su edad cronológica.

¹⁹ De hecho, el que la relación sexual completa mantenida con este acusado hubiera sido consentida contribuyó a que el Tribunal Superior de Justicia aceptara, tal y como apuntaban los recurrentes, que carecía de lógica el que realmente en el salón la denunciante se encontrara en situación de bloqueo por el miedo y que esto fuera lo que le forzó a masturbarles y a realizarles las felaciones en el salón; sobre todo si a eso se añadía que, una vez que se apagaron las luces, ella regresó al salón y se quedó allí a pesar de detectar que los tres condenados estaban desnudos cuando, además, ninguno hizo nada por impedirle abandonar el piso en ningún momento (FD Sexto).

atenuante analógica en armonía con el criterio mantenido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quáter Cp (a partir de ahora Circular 1/2017)²⁰. Por lo que, teniendo en cuenta la relativa proximidad de las edades cronológicas y la proximidad en el grado de desarrollo y madurez de los implicados en lo que a relaciones sexuales se refiere²¹, apreció “una atenuante analógica del artículo 21.7º del Código Penal con el carácter de muy cualificada en relación con el tantas veces citado artículo 183 quáter del Código Penal” (FD Decimotercero).

Por tanto, este tribunal absolvió a uno de los acusados (el de diecinueve años) de todos los delitos —violación y cooperación necesaria para cometer la agresión sexual grupal—, y rebajó las penas de los otros al modificar la calificación de los hechos a abuso sexual, delito tipificado en el Cp, evidentemente, con penas más bajas que el de agresión sexual²².

2.4. Sentencia 930/2022, de 30 de noviembre, del Tribunal Supremo

La Sentencia 14/2020, de 18 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Civil y Penal), fue recurrida en casación por el Ministerio Fiscal, así como por las representaciones de los dos condenados, por la Acusación particular y por la Acusación popular ante el Tribunal Supremo, que resuelve el 30 de noviembre de 2022.

Por lo que se refiere a los motivos del recurso interpuesto por la representación del condenado de veinticuatro años, el Tribunal

Supremo entendió que la realidad de los actos de contenido sexual de los condenados con la víctima fueron incontestables (FD segundo); desestimó la pretensión de que debería haberse apreciado un error de prohibición vencible al considerar inadmisibile “la ignorancia del conocimiento de la ilicitud de estas conductas con menores” (FD Cuarto); así como que fuera apreciable la cláusula del art. 183 quater ya que el recurrente tenía veinticuatro años en el momento de los hechos y la víctima tan solo quince (FD Quinto).

También desestimó el recurso de casación interpuesto por el representante del condenado de veintidós años entendiéndose que no había habido quiebra del principio de presunción de inocencia ni error en la valoración de la prueba, remitiéndose a las argumentaciones desarrolladas en el FD Segundo ya referido (FD Decimoprimer).

En relación a los recursos planteados por las Acusaciones (particular y popular), el Tribunal Supremo descartó que hubiera habido error en la valoración probatoria que permitiera regresar, tal y como se le solicitaba, a la aceptación de la intimidación ambiental que fue reconocida por la Audiencia Provincial y rechazada por el Tribunal Superior de Justicia (FD Sexto y Noveno).

También desestimó la pretensión de la primera de las acusaciones de declarar la improcedencia de la exclusión de la responsabilidad penal en el caso del imputado de diecinueve años de edad, al considera acreditado que no había habido intimidación

²⁰ https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-Q-2017-00001.pdf

²¹ Al entender que: “examinando el medio social en el que se desenvuelven tanto la menor como los recurrentes, se comprueba, vistas las comunicaciones cruzadas entre ambos y con amigos de edades similares, las declaraciones de todos ellos y el lenguaje soez que emplean al tratar temas de contenido sexual, que hay un contexto común a la hora de banalizar las relaciones sexuales convirtiéndolas en un simple divertimento o juego sin trascendencia” (FD Decimotercero).

²² Más concretamente, condenó al acusado de veintidós años a tres años de prisión y al de veinticuatro, a cuatro años de prisión. Esta diferencia en la pena (por el mismo delito, abuso sexual) obedeció, precisamente, a la diferencia de edad. Tal y como lo explicita la sentencia, la condena de un año más al acusado de veinticuatro años se debe “a su mayor edad” y a que fue quien ejerció “una suerte de liderazgo sobre los demás, manifestado en las especiales relaciones mantenidas a través de las redes sociales con la menor” (FD Decimocuarto).

ni, por tanto, agresión sexual y que el acusado tenía una edad y una madurez próxima a la de la víctima (FD Séptimo).

Sin embargo, sí otorgó la razón a las dos Acusaciones y al Ministerio Fiscal al rechazar que procediera apreciarles la previsión contenida en el art. 183 quáter Cp como atenuante analógica muy cualificada a los imputados de veintidós y veinticuatro años.

El Tribunal Supremo consideró que el criterio sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de entenderla admisible como tal en los supuestos “en los que, sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez”, carecía —según palabras textuales— de “anclaje legal”²³. Desde su punto de vista: el art. 183 bis Cp tan solo avala la exclusión de responsabilidad penal y la citada Circular no constituye un marco legal que sirva de soporte para aplicar una atenuante donde ésta no se puede aplicar *ex lege*²⁴ (FD Séptimo, Noveno y Décimo).

Por lo que, el Tribunal Supremo, tras declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, con estimación de su motivo único, y, parcialmente, del interpuesto por las representaciones de la Acusación

particular y de la Acusación popular procedió a casar y anular la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, fijando en esta nueva sentencia la pena para los dos condenados²⁵ en nueve años y un día de prisión, en vez de las impuestas en la sentencia recurrida (tres años de prisión para el acusado de veintidós años y cuatro años de prisión para el de veinticuatro)²⁶.

Diferencia de pena que evidencia la trascendencia crucial que tiene el que sea realmente admisible o no que la previsión del art. 183 quater Cp (vigente 183 bis) pueda operar más allá de como eximente completa.

Cuestión que procedo a analizar a continuación.

3. ¿Puede operar la cláusula del artículo 183 quater cp (vigente 183 bis) como atenuante analógica?

Si acudimos a la Circular 1/2017 invocada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su sentencia 14/2020, comprobamos que llega a la admisibilidad de esta posibilidad partiendo de la razón de ser del art. 183 quater Cp.

En ella se argumenta que la esencia del art. 183 quater Cp radica en saber si, en el caso

²³ El Tribunal Supremo argumenta esta cuestión en los siguientes términos: “... el problema con el que nos encontramos en este caso es que no es posible una creación jurisprudencial *ex novo* de una atenuante analógica que no permite ‘anclarla’ en otra precedente sobre la que construir la ‘analogía’, ya que en el art. 21.7 CP se permite una construcción referida a las precedentes cuando se dé cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”; no refiriéndose dicho artículo 21.7 Cp al art. 183 bis (anteriormente art. 183 quáter) Cp. Artículo 183 bis Cp que, por su parte, solo avala la exclusión de responsabilidad penal en los casos que cita, pero no una atenuación, ni simple ni muy cualificada”.

²⁴ A lo que añade: “También hay que destacar que, en su caso, esa atenuante analógica, no podría aplicarse tampoco a un escenario como el que se describe en los hechos probados de acceso carnal sexual entre los jóvenes y la menor en un marco de una orgía sexual. Podría llegar a plantearse en otros escenarios como

relaciones entre jóvenes concretas en edades límites, y/o fruto de una relación de pareja, pero no en un escenario cercano a una relación sexual grupal como fue este supuesto ajeno a una situación de aplicación de circunstancias modificativas de responsabilidad penal”. Matización que considero fuera de lugar. Una vez que se descartó el que los hechos tuvieran lugar en una situación de intimidación ambiental, el que sean dos o más los implicados en el acto de carácter sexual no es algo que tuviera que excluir la posibilidad de apreciar la previsión del art. 183 quater Cp como eximente incompleta.

²⁵ Por el actual delito del art. 181.1, 3 y 4 a) Cp [anterior art. 183.1, 3 y 4 b), vigente a la fecha de los hechos].

²⁶ Se trata en cualquier caso de una pena inferior a la que hubiera correspondido a esos mismos hechos conforme a la regulación de los delitos sexuales vigente hasta la aprobación de la LO 10/2022. Ya que la LO 10/2022, al ser más favorable, fue aplicada retroactivamente.

concreto y dentro de las amplias franjas de edad orientadoras que en ella se detallan²⁷, las diferencias entre autor y víctima entrañan una explotación de la vulnerabilidad de esta última que implique una clara situación de abuso.

Para que, de no ser así, se tenga en consideración como eximente completa o como atenuante, pudiendo ésta llegar a ser apreciada como muy cualificada. Precisa que la exención total requerirá, además del consentimiento libre, la concurrencia cumulativa de los dos presupuestos que incorpora la cláusula: proximidad en edad y proximidad en el grado de desarrollo y madurez. Y admite la posibilidad de construir una atenuante por analogía (art. 21.7^a Cp) en tanto que la concurrencia parcial de dichos presupuestos puede excluir la idea de abuso en forma relativa.

A tal efecto se remite a las sentencias en las que el Tribunal Supremo sostiene que pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes por analogía “las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la *ratio* de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido (SSTS 516/2013, de 20 de junio y 945/2013, de 16 de diciembre, entre otras)”; por entender que la propia rúbrica del Capítulo II bis, al referirse al “abuso” indica con claridad que nos encontramos en este supuesto.

²⁷ Señala como pautas, por ejemplo, el que la diferencia de edad entre los implicados en el acto sexual puede ir más allá de los tres años, ya que el legislador se planteó la predeterminación de la proximidad entre ambos a esa cifra y expresamente la rechazó. Así mismo propone la previsión contenida en el artículo 69 del Código penal de tratar como menores a los jóvenes mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, como un parámetro especialmente adecuado para interpretar el art. 183 quater Cp. Y admite que la cláusula en él contenida pueda ser aplicable a los jóvenes adultos de entre veintiuno y veinticuatro años, si bien advierte que

Así sostiene que: “La ausencia de abuso excluye la posible responsabilidad penal, pero el caso concreto puede dar lugar a que, sin llegar a este punto, haya lugar a una modulación”²⁸.

Aclara que para ello habrá de atenderse al caso concreto y que la situación deberá abarcar necesariamente la proximidad por edad dispuesta en el precepto, siendo graduable el grado de desarrollo o madurez al objeto de establecer el alcance de la atenuación. A lo que añade que “Debe admitirse la posibilidad de apreciar la atenuante analógica como muy cualificada”, para los supuestos en los que sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea muy cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez.

Los términos de la Circular sobre esta cuestión son pues claros y contundentes. Ahora bien, tiene razón el Tribunal Supremo en su sentencia 930/2022 cuando puntualiza que como una Circular no es una ley, no puede crearse Derecho penal a través de ellas. Pero lo que las Circulares sí pueden hacer es ofrecer una interpretación de las normas ya existentes.

De hecho, las circulares son uno de los instrumentos a través de los cuales se concretan las directrices generales que el Fiscal General del Estado dirige a los miembros de la carrera Fiscal (con soporte en la previsión contenida en el artículo 25 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal²⁹) para mantener el principio de unidad de actuación

en como en este tramo las diferencias de edad son ostensibles, las exigencias de comprobación de la similitud de desarrollo y madurez habrán de ser evidentemente mayores, de forma que la aplicación de la excepción en tales supuestos devendrá excepcional.

²⁸ Circular 1/2017, p. 9.

²⁹ Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
«BOE» núm. 11, de 13 de enero de 1982. Referencia: BOE-A-1982-837

al contener criterios generales de actuación e interpretación de las normas.

4. Conclusiones

Las cuestiones planteadas nos llevan al siguiente interrogante, ¿hay en el Ordenamiento jurídico penal español argumentos que permitan sustentar la apreciación de la cláusula del art. 183 quater Cp (vigente art. 183 bis) como atenuante analógica susceptible de ser apreciada, incluso, como muy cualificada?. Entiendo que la respuesta es que sí por las siguientes razones³⁰:

En primer lugar, por el propio tenor literal del artículo 183 quáter Cp que, disponiendo que el consentimiento libre del menor de dieciséis años "excluirá la responsabilidad penal", no especifica que dicha exención tenga que ser ni total ni parcial, poniéndola sencillamente en relación con los factores de proximidad en edad y desarrollo o madurez entre quienes mantienen la relación sexual. Factores ambos que habrán de ser valorados y modulados en atención a las circunstancias del caso concreto.

En segundo lugar, porque, aunque la previsión contenida en el apartado 7 del artículo 21 Cp (atenuante análoga) haga referencia exclusivamente a cualquier otra circunstancia de análoga significación "a las anteriores", negar que ésta pueda extenderse al art. 183 quáter Cp, es negar la operatividad de la analogía a favor de reo en el ámbito penal; cuando la analogía que es inadmisibles por chocar con los principios limitadores del Derecho penal es exclusivamente la que le perjudica³¹.

En tercer lugar y nuevamente desde la premisa de que la analogía que beneficia al reo no es contraria a los principios limitadores del Derecho penal: si cualquiera de las circunstancias eximentes (completas) de la responsabilidad penal previstas en el art. 20 Cp, pueden operar como eximentes incompletas cuando no se den todos sus requisitos (por previsión expresa del art. 21.1ª Cp), ¿por qué no ha de regir la misma regla para la cláusula prevista en el art. 183 quater Cp?.

Y, en cuarto lugar, porque si la admisibilidad de la exención de responsabilidad que se prevé en el art. 183 quater se ha hecho pivotar (pudiendo el legislador haber optado por criterios fijos), sobre dos parámetros modulables, reconociéndose que pueden darse situaciones intermedias en las que la madurez y la edad de los implicados en los actos sexuales sean más o menos próximas, pero no tanto como para llegar a eximir de responsabilidad penal, no es razonable que a esta se les dé la respuesta penal más extrema negándosele toda relevancia penal.

No cuando en virtud del principio de proporcionalidad la pena a imponer ha de estar vinculada a la gravedad de los hechos tutelados por la norma penal.

Luego, y con esto concluyo, discrepo del rechazo mostrado por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en el caso "La Arandina" a que la cláusula prevista en el art. 183 quater Cp pueda operar también como atenuante analógica e, incluso, como eximente incompleta.

Ambas posibilidades son defendibles partiendo del tenor literal de los propios preceptos penales con apoyo en la

³⁰ En términos muy similares se manifiesta el magistrado, el Excmo. Sr. Ángel Luis Hurtado Adrián en el voto particular que formula a la STS 930/2022, de 30 de noviembre. Voto particular al que me remito. Un interesante comentario sobre el mismo puede verse en Javier Parrilla Vergara, "¿Atenuar o no atenuar las

penas? reflexiones en torno al 'caso Arandina'", *Revista General de Derecho Penal* 39 (2023).

³¹ En este sentido, por ejemplo, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte General, 11ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 454 y 455.

admisibilidad de la analogía que beneficia al reo y en el más estricto respeto, por tanto, de los principios limitadores del Derecho penal³².

Referencias

- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Consulta 1/2017, de 14 de junio, sobre las acciones típicas en el delito de atentado*. Madrid: Fiscalía General del Estado, 2017.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. (2023). “El precio de una reforma penal fruto de la presión social”. En *La perspectiva de género en la ley del “solo sí es sí”*. Claves de la polémica. Colex.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. (2015). “Prefacio”. En *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Tirant lo Blanch,.
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*. Boletín Oficial del Estado, 13 de enero de 1982.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 23 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>.
- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*. Boletín Oficial del Estado, 07 de septiembre de 2022. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con>.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 31 de marzo de 2015. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>.
- MORENO, Carmen, Pilar RAMOS, Francisco RIVERA, Inmaculada SÁNCHEZ-QUEIJA, Antonia JIMÉNEZ-IGLESIAS, Irene GARCÍA-MOYA, Concepción MORENO-MALDONADO, Carmen PANIAGUA, Ana VILLAFUERTE-DÍAZ, Esther CIRIA-BARREIRO, Antony MORGAN y LEAL-LÓPEZ, Eva. (2020). *Informe técnico de los resultados obtenidos por el Estudio Health Behaviour in School-aged Children (HBSC) 2018 en Aragón*. Ministerio de Sanidad, 2020. <https://goo.su/ThOw>
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. (2022). *Derecho penal. Parte General*. Tirant lo Blanch.
- PARRILLA VERGARA, Javier. (2023). “¿Atenuar o no atenuar las penas? reflexiones en torno al caso Arandina”. *Revista General de Derecho Penal* 39.
- RAMOS VAZQUEZ, José Antonio.(2015). “El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: art. 183 quater Cp”. En *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Tirant lo Blanch.

³² De hecho, ambas posibilidades han sido reconocidas sin problema en otras resoluciones dictadas por este mismo órgano judicial en los que se resolvían casos de similar entidad. A tal efecto, puede consultarse cómo fue apreciada como atenuante muy cualificada en relación

con el 21.7ª Cp, por ejemplo, en la STS 699/2020, de 16 de diciembre y en la STS 672/2022, de 1 de julio (en un caso en el que el acusado tenía veinticinco años recién cumplidos y la sujeto pasivo algo más de trece).



¿Libertad o explotación? El debate sobre la prostitución

Freedom or exploitation? The debate on prostitution

Elena Boza Moreno¹

Centro Universitario San Isidoro. Sevilla
eboza@centrosanisidoro.es
ORCID:0000-0003-0133-6801

Resúmenes

En este trabajo se plantea el eterno debate sobre el ejercicio de la prostitución. Cuestionando si es posible que el ejercicio de la prostitución pueda ser desempeñado de forma libre y voluntaria por personas mayores de edad y con plenas capacidades para decidir y elegir esta salida profesional para ganarse la vida o si, por el contrario, solo es posible entender este fenómeno como una forma de violencia hacia la mujer atentando contra su libertad y dignidad. Para ello, es preciso analizar aquellos conceptos que permiten afirmar que la prostitución puede ser un trabajo de libre elección. Partiendo de una breve contextualización del fenómeno, que nos permita saber de qué hablamos cuando nos referimos a la prostitución.

Palabras clave: Prostitución. Explotación. Libertad sexual. Dignidad.

Abstract

In this work the eternal debate about the practice of prostitution is raised. Questioning whether it is possible that the practice of prostitution can be carried out freely and voluntarily by people of legal age and with full capabilities to decide and choose this professional outlet to earn a living or if, on the contrary, it is only possible to understand this phenomenon as a form of violence against women that threatens their freedom and dignity. To do this, it is necessary to analyze those concepts that allow us to affirm that prostitution can be a job of free choice. Starting from a brief contextualization of the phenomenon, which allows us to know what we are talking about when we refer to prostitution.

Keywords: Prostitution. Exploitation. Sexual freedom. Dignity.

¹ Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas de la Junta de Andalucía (CIPEC)(SEJ 047)

Cómo citar este trabajo: Boza Moreno, Elena (2024). ¿Libertad o explotación? El debate sobre la prostitución. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4), 62–80. <https://doi.org/10.46661/respublica.10307>

1. Introducción

Abordar el tema de la prostitución puede resultar un tanto complicado, cuanto menos incómodo, desde una esfera social que, si bien simula un avance crítico y cultural, en aspectos referidos a la sexualidad está a años luz de serlo.

No podemos negar que se trata de una realidad social y criminológica, extendida a nivel mundial. Y que existen pocas respuestas políticas y sociales ante lo que muchos llaman el lastre de la prostitución.

Abrir el debate sobre este tema, actualmente, parecerá poco novedoso, son muchos los que han hablado de ello y han aportado estudios bastantes interesantes y rigurosos.

No obstante, creo que está siendo abandonado cada día más, no se está dando la importancia y el trato que merece un asunto que atañe a todos, como es la prostitución. ¿Quién no conoce hoy en día algo sobre la prostitución?, ¿quiénes no se ven afectados directa o indirectamente por la prostitución? niños, mujeres, hombres, ancianos, nacionales, extranjeros, políticos... todos en mayor o menor medida conocen de su existencia y la trama que se esconde tras esa realidad, e incluso algunos pueden ser los protagonistas directos, sin embargo, parece haber un clima de conformismo, costumbre e indiferencia a su alrededor.

No resulta muy productivo atender la prostitución como el problema real que es, personalmente creo que se pretende adoptar una actitud "políticamente correcta", a favor de una sociedad que únicamente quiere calles limpias de prostitución, por donde sus hijos puedan pasear tranquilamente sin presenciar escenas de sexo callejero, y donde no halla la delincuencia y las drogas que rodean al mundo de la prostitución, lo cual me parece legítimo. Sin embargo, nadie politiza a favor

de aquellas personas que ejercen su trabajo, y que están desprotegidas, estigmatizadas, carentes de derechos, en situaciones precarias de marginalidad y expuestas a continuos peligros.

Por ello pretendo alzar la voz y hacer ver con este estudio, que la prostitución puede ser y debe ser un trabajo, dotado de derechos y protección, olvidando ideologías y prejuicios. Y que la persona que ejerce la prostitución no es menos digna por ello.

La prostitución es un fenómeno que forma parte de una diversidad sexual que despierta una gran resistencia a ser admitida, desde distintas esferas, por razones de una supuesta opresión victimizadora de quien se dedica a ello, además de por una defensa del orden moral.

En este sentido, la categoría que se les atribuye de víctimas, no permite ver a los sujetos de derecho que hay detrás, no se les reconoce autonomía, ni se respeta su propia subjetividad, ni su dignidad, ni su integridad, ni mucho menos su libertad.

Así se refleja, tanto en la irrelevancia que se otorga a su consentimiento en la legalidad civil o penal o la negación de sus derechos sociales bajo la legalidad laboral, como en el cerco punitivo que recae sobre ellas, en aras de su supuesta protección, como sujetos vulnerables y victimizados².

Sin embargo, paralelamente, existe un discurso diferente, que a menudo, se identifica como "liberal", en el que se reconoce en la prostitución una práctica que refleja la expresión de los derechos sexuales, de los que gozan las personas y en virtud de los cuales, puede disponer libremente del propio cuerpo para realizar prestaciones de naturaleza sexual a cambio de un precio.

Desde esta esfera, pretendo defender la posibilidad de considerar la prestación de

² Confróntense al respecto, MAQUEDA ABREU, *Prostitución, feminismo y derecho penal*, 2009, p. 138; VIRGILIO, en SIGNORELLI, /TREPPETE, (coord.), *Servizi in*

vetrina. Manuale per gli interventi nel mondo della prostituzione migrante, 2001, p. 1.

servicios sexuales, por persona mayor de edad, un negocio jurídico susceptible de ser calificado como una actividad laboral que reconozca al sujeto que lo realiza derechos y una cobertura jurídica y social.

Para ello es imprescindible determinar que realmente se trata de un negocio jurídico aceptable legalmente, analizando necesariamente, el contenido de la prestación, y los elementos que la integran como son el consentimiento, el objeto y la causa³.

Sobre el reconocimiento de la autodeterminación sexual hablaré en este trabajo, analizando los diferentes conceptos que permiten asegurar tal reconocimiento en el ejercicio de la prostitución, y que son negados, en su mayoría, por aquellos que aseguran que no es posible ejercer esta actividad de manera libre y voluntaria, puesto que supone, entre otras muchas cosas, un atentado contra la dignidad del sujeto.

Y de esta forma, porque no, dejar la puerta abierta a una posible política criminal legalizadora. A una nueva forma de politizar que supondría para quienes ejercen la prostitución que se regularizara esta actividad, dotándola de cobertura legal, que permita reconocer derechos sociales y laborales a sus trabajadores.

2. Saber de qué estamos hablando. ¿Qué es prostitución?

Cuando hablamos de prostitución no podemos homogeneizar el discurso, tras la imagen cruda y marginal que representa, existe una variedad de formas de ejercer la prostitución y de vivirla. Son muchos los factores tanto personales como sociales los que influyen en esa variedad, como la edad, la apariencia física, el nivel cultural, la clase social, la nacionalidad, el género, entre otros.

A la hora de intentar paliar los problemas en los que pueda verse envuelto el mundo de la

prostitución, o de establecer una política criminal y social al respecto, hay que tener en cuenta todos esos factores, que hacen de la prostitución un mundo muy diverso y no generalizar y partir de un estudio parcial de un sector determinado como si de algo homogéneo se tratase.

Normalmente el tipo de prostitución que casi todo el mundo reconoce es la prostitución callejera o la prostitución ejercida en locales, sin embargo, hay otras formas de ejercer la prostitución que la mayoría de la sociedad no entiende como tal, ya sea por el nivel económico del que se trate o bajo que apariencia se ejerza.

No cabe duda de que la prostituta y sus servicios prestados suponen para la gran mayoría de la sociedad algo indigno con lo que se debe acabar, mucho más si quien ejerce la prostitución es una mujer y no un hombre, al que se le denomina con eufemismos mucho más condescendientes, no son prostitutas sino *gigolós*.

Del mismo modo, no resulta igual hablar de prostitución heterosexual que de una prostitución homosexual, la cual no debemos olvidar que existe y en un elevado número de casos.

Pero la mayor distinción y la que a mi parecer esconde una gran hipocresía social, es aquella que se basa en el nivel económico en el que se ejerce.

La prostitución de la mujer pobre, callejera, humilde, con necesidades económicas o simplemente la que ejerce la prostitución como un trabajo para poder subsistir, aunque no suponga una marginalidad extrema; y la chica guapa, elegante que circula a un nivel más poderoso económicamente y ni que decir de las que se codean con altas esferas sociales, para las que la palabra prostituta no es aplicable, sino que se denominan de alto *standing* o señoritas de compañía.

³ Véase el artículo 1261 Cc.

En este sentido la estigmatización que recae sobre la prostituta de “niveles inferiores” es mucho mayor, es despreciada y considerada lo peor, una lacra social. Mientras que en el supuesto de chicas jóvenes que acompañan a señores de cierta edad en un mundo de fiestas y lujos, no solo no se entiende que puedan ser prostitutas, sino que son muy valoradas y bastante consideradas.

Estas distinciones entre unas formas de entender la prostitución y otras no son las únicas que podemos encontrar. Los estigmas que recaen sobre el mundo de la prostitución son en algunas ocasiones productos de las propias vivencias que tengan las mujeres de su sexualidad.

De este modo encontramos prostitutas que consideran el ejercicio de la prostitución como algo terrible y angustiante, como un mal menor al que no queda más remedio que adaptarse para poder sobrevivir, pero también existen otras que la ejercen de manera consciente y voluntaria, escogiendo quedarse en ella porque consideran que dentro de las oportunidades que tienen en esta sociedad, la prostitución es la menos mala o la más lucrativa⁴.

No podemos olvidarnos de otro gran sector de la prostitución, el sector de las mujeres inmigrantes. El número de chicas inmigrantes que ejercen la prostitución es muy elevado y la estigmatización que sufren es evidente, y consecuencia de múltiples factores, el primero de ellos, el hecho de ser mujer, les dificulta mucho más el acceso a determinados puestos de trabajo y a eso hay que sumarle que están en situación ilegal en España, y sufren discriminación y limitación en sus derechos.

Además de todo ello no hay que olvidar que son chicas que ejercen la prostitución en situaciones precarias y marginales que a su vez les impide ser aceptadas, debiendo ejercer la prostitución para poder salir adelante, y cayendo en un ciclo constante del que les es muy difícil salir.

Como se puede observar hasta ahora, la prostitución es un fenómeno heterogéneo, es decir, existen muchas caras de la misma, las cuales no son tratadas. Tal y como señala Kappler hay tantas caras de la prostitución como hay ramas sociológicas, porque cada una aporta un enfoque distinto que ilustra y realza otros aspectos específicos⁵.

De esta manera y siguiendo la línea de varios autores, podemos observar la prostitución desde la Sociología de la Organización y Empresa, como una institución u organización social que tiene por objetivo generar beneficios.

Desde la óptica de la Sociología del Género, en el marco patriarcal de la sociedad occidental donde la mujer está sometida por el hombre por su dominación política y social⁶, la prostitución puede ser entendida como la supresión femenina debido a la superioridad masculina y como otra forma de violencia de género, algo que desde mi punto de vista es bastante discutible, puesto que entender la prostitución como violencia de género resulta de la confusión entre sexualidad y género, y se asume que tener el género mujer significa entrar en el terreno de la sexualidad desde una perspectiva de subordinación y explotación que no da lugar a la actuación libre y voluntaria, lo cual me resulta injusto y discriminatorio para con las mujeres.

También hay autores como Barry, para los que la sexualidad en estos casos es entendida

⁴ En este sentido, GARAIZABAL, “Derechos laborales para las trabajadoras del sexo”, *Mugak*, nº 23, segundo trimestre de 2003.

⁵ KAPPLER KAROLIN, “Entre dramatismo y el punto ciego: perspectivas sociológicas

sobre la prostitución en España”, en VILLACAMPA ESTIARTE (Coord.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 22.

⁶ Así, BUTLER, *El género en disputa*, Barcelona, Paidós, 2007.

como una explotación que no es detectada, por la existencia de una colonización sexual, entendiendo como tal la conquista o la invasión de la sexualidad en la sociedad que permite normalizarla y camuflar posibles abusos hacia la mujer⁷.

Según la Sociología de la Desviación, la prostitución es entendida como un tipo de desviación de la norma social establecida, destacando la conducta desviada de sus protagonistas, las prostitutas.

La Sociología de la Exclusión, pone de manifiesto la situación de exclusión que padecen las prostitutas, desencadenando en un discurso proteccionista de las mismas. La Sociología de la Salud, enfocaría un riesgo específico vinculado con la prostitución, en relación con su impacto sobre la salud, su relación con el SIDA y las drogas⁸.

La prostitución vista desde una Sociología del Trabajo, entiende que se trata de un trabajo y que los que ejercen la prostitución son trabajadores del sexo. Y por tanto deben estar dotados de derechos y condiciones laborales. Esta postura, que comparto, es defendida por Garaizabal, feminista y miembro de Hetaira, asociación en defensa de la prostituta.

Bajo el punto de vista de la Sociología de las Migraciones, el círculo se estrecha únicamente en las prostitutas inmigrantes, olvidando aquel sector de prostitución nacional que también es significativa. Estos son algunos de los ejemplos desde la perspectiva de la sociología, que demuestran que la prostitución es un tema que puede ser

abordado desde muchos ámbitos, y que no todos son tratados.

Aun con una explicación sociológica, estaríamos ante una interpretación sesgada de la realidad. Uno se fascina tanto por “lo que se ve” que, en consecuencia, “no se ve lo que no se ve”⁹.

En definitiva, la prostitución debe ser vista desde perspectivas múltiples, que son desconocidas para la mayoría de la sociedad. Y solo en este caso, una vez identificadas sus distintas caras, sabremos como responder ante este fenómeno y tendremos las herramientas necesarias para debatir sobre un problema que no nos afecta a todos.

3. Contrato y prostitución. análisis del objeto y causa

Como es sabido, según establece el artículo 1261 del Cc, el consentimiento, el objeto y la causa son los presupuestos esenciales sin los cuales el negocio jurídico, cualquiera que sea su tipo, no llega a conformarse válidamente en Derecho¹⁰.

En términos generales, para determinar la existencia de una relación de trabajo, deben concretarse aquellos elementos en el marco de la norma socio-laboral y, en consecuencia, comprobar si el consentimiento se presta por empleador y empleado; si la causa se sustenta sobre la base del intercambio típico entre la prestación de servicios y la remuneración correspondiente; y si el objeto de la referida prestación es de carácter personal, voluntaria, retribuida, dependiente y por cuenta ajena¹¹.

⁷ En opinión de BARRY, “La opresión de las mujeres implica, políticamente, algo que no se encuentra en ninguna otra condición – la construcción social del cuerpo humano sexualizado- (y) abarca desde las formas de objetivación hasta la violencia..., es una explotación que se introduce en el cuerpo de las mujeres, por la vagina, por el recto, por la boca y en el útero, esto es, en lo que es específica y psicológicamente femenino: la sexualidad y la reproducción. Sexo y reproducción tienen lugar en condiciones de fuerza, o sea, condiciones de subordinación, inferioridad, desigualdad”, en *Teoría del*

feminismo radical: Política de la explotación sexual, pp. 196 y s.

⁸ DE PAULA MEDEIROS, *Hablan las putas. Sobre prácticas sexuales, preservativos y SIDA en el mundo de la prostitución*, Barcelona, Virus, 2000.

⁹ En palabras de VON FOERSTER, *Observing Systems. Seaside*, CA: Intersystems, 1981. p. 159.

¹⁰ Al respecto véase, GORDILLO CAÑAS, *Enciclopedia Jurídica Básica*, pp. 4411 y ss.

¹¹ Confróntense al respecto, VILA TIerno, “Del análisis de la naturaleza jurídica del contrato de trabajo”, en

El problema es fijar si la prestación convenida en este supuesto, la prestación sobre la que gira la causa y objeto del contrato, permite la válida celebración de un contrato de trabajo.

En este punto se pone de manifiesto la dificultad de analizar la naturaleza laboral de una prestación de servicios sobre conceptos abstractos como la causa o el objeto. En cualquier caso, tanto uno como otro, conducen a una misma realidad, el contenido del contrato. En este caso el contenido del contrato es el ejercicio de la prostitución.

A la hora de enjuiciar la legalidad de la actividad de la prostitución, se reconoce una cuestión de moralidad, que resulta consecuente con la afirmación efectuada por los tribunales laborales¹² cuando abordan la cuestión en el sentido de que, en el caso de la prostitución, el objeto del contrato es ilícito, pues se trata de un objeto contrario a las leyes y las buenas costumbres, en virtud de lo establecido en el artículo 1271 del Cc, y de que la causa también lo es, pues resulta ilícita cuando se opone a las leyes y la moral (artículo 1275 Cc)¹³.

En este sentido, tal y como afirma Rey Martínez, “tratándose de la explotación de la prostitución ajena, aplicar esa nulidad absoluta supone una negación de protección jurídica a las prostitutas, a quienes se les da

idéntica respuesta que a quienes les explotan, con el beneficio que para éstos supone”¹⁴.

Sin embargo, pese a que, por lo general, la doctrina judicial reconoce que la prostitución es una actividad con causa y objeto ilícitos, a continuación, veremos cómo es posible rebatirla.

De lo establecido en los artículos 1271 y 1275 del Código civil, podemos extraer como conclusión que la causa o el objeto son ilícitos cuando son contrarios a la moral y las buenas costumbres o a las leyes. Pues bien, llegados a este punto cabe preguntarse si la prostitución es una actividad inmoral e ilegal, en cuyo caso habría que considerar válidos los argumentos judiciales expuestos.

Con respecto a la pregunta de si la prostitución es inmoral o contraria a la moral y las buenas costumbres, debemos partir de la base de que en este sentido, como pone de manifiesto Poyatos i Mata, estos valores, de carácter subjetivo, no son hieráticos, sino mutables, a la vez que se transforma la sociedad en la que se utilizan, puesto que, añade que de no ser así, se produciría una disonancia entre los valores sociales y los jurídicos que anularía la efectividad de los principios de justicia¹⁵.

Y la moral sexual es uno de los ejemplos más claros de mutabilidad social, afirma. Por

QUESADA SEGURA/ÁLVAREZ CORTÉS (coord.), *Derecho Social y Relaciones Laborales*, 2006, pp. 125 y ss.; REY MARTÍNEZ, *Prostitución y Derecho*, 2004, p. 109.

¹² Entre ellos, véanse, la STSJ de Galicia (Sala de lo Social) dos de marzo de 2008 (*Tol 1.325.009*) “la actividad de la prostitución es de imposible inclusión en el mundo laboral por ser su objeto ilícito”; STSJ de Galicia (Sala de lo Social), 27 de febrero de 2009 (*Tol 1.515.939*) “son totalmente compatibles los argumentos utilizados en la sentencia de instancia sobre la ilicitud de un contrato de trabajo cuyo objeto fuese la prostitución de a supuesta trabajadora al ser la explotación de la prostitución ajena una forma de violencia de género, de esclavitud de las mujeres y de actividad contraria a la moral”; STSJ de Madrid (Sala de lo Social, sección 5ª) 7 de diciembre de 2011 (*Tol 2.388.402*), “se trata de un contrato con causa ilícita que no produce efecto alguno, de acuerdo con lo

dispuesto en el art. 1275 del Código civil, situación en la que no se puede reconocer relación laboral a dicha actividad”.

¹³ Al respecto véanse, FITA ORTEGA, “La prostitución: posible objeto de un contrato de trabajo como una manifestación más del trabajo sexual”, *Jornadas Catalanas de Derecho Social: “La delimitación del trabajo por cuenta ajena y sus fronteras”*, Universidad de Barcelona, 2008; POYATOS I MATAS, *La prostitución como trabajo autónomo*, 2009, p. 64, MAQUEDA ABREU, op.cit, 2012, p. 185.

¹⁴ Así en, REY MARTÍNEZ, op.cit, 2004, p. 109.

¹⁵ En este mismo sentido, ARIAS DOMÍNGUEZ, “Variaciones sobre Hegel”, *Aranzadi Social*, vol. 1, núm. 19, 2009, p. 48; GONZÁLEZ DEL RÍO, *El ejercicio de la prostitución y el derecho del trabajo*, 2013, p. 103.

consiguiente, según ésta, el objeto y la causa, solo resultarían ilícitos si vulnerasen la libertad sexual de la prostituta, ya que la frontera no la fija el carácter altruista o remuneratorio del servicio sexual, sino la libertad con que se prestan¹⁶.

También debe tenerse en cuenta, en este sentido, la Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo, núm. 425/2009, de 14 de abril de 2009¹⁷, en la cual estableció que “la cuestión de la prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas, ya que afectan a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho sin mayores matizaciones”.

Por otro lado, en cuanto a la pregunta de si la prostitución es ilegal o contraria a las leyes, hay que partir de la base de que en nuestro país la prostitución en sí misma no es ilegal, puesto que no existe ninguna norma que prohíba que una persona mayor de edad y con capacidad se prostituya voluntariamente, pese a que tampoco existe una norma que reconozca expresamente el derecho a prostituirse.

En este sentido, tal y como defiende un sector de la doctrina, en virtud del principio de legalidad y seguridad jurídica que reconoce el artículo 9.3 de la Constitución, se puede afirmar que el intercambio de sexo por dinero es una actividad legal, aunque no exista un

reconocimiento expreso por parte del Estado¹⁸.

De modo que se entiende que las personas son libres para realizar cualquier comportamiento que deseen excepto cuando lo prohíbe una norma, pues mientras que se presume la legalidad de una actuación, la ilegalidad es una excepción que debe establecerse expresamente por las normas¹⁹.

4. La libertad de decisión, voluntad y consentimiento

En cuanto a estos términos se refiere, la primera puntualización de la que debemos partir es aquella que reconoce en los ciudadanos un derecho fundamental de libre elección de profesión u oficio²⁰.

Si a esta afirmación notoria sumamos que al hablar de prostitución nos referimos, a lo que según muchos es el “oficio” más antiguo del mundo, no parece que pudiera existir ningún problema, ni limitación legal en reconocer que alguien pueda elegir la prostitución como una profesión u oficio.

Sin embargo, pese a ello, esta afirmación no llega a convertirse en una teoría general, cuando del ejercicio de la prostitución hablamos, puesto que, existe una gran reticencia por parte de una diversidad de sectores, en reconocer que alguien pueda elegir libremente ejercer la prostitución como medio para ganarse la vida.

Es decir, si bien todos tenemos el derecho de elegir la profesión o el oficio con el que subsistir, cuando el trabajo que elegimos es la prostitución, se niega ese derecho, por

¹⁶ Así véase, POYATOS I MATAS, op.cit, 2009, pp. 65-66.

¹⁷ Ponente: José Antonio Martín Pallín.

¹⁸ Véase al respecto, CANCIO MELIÁ, “Prostitución y Derecho Penal”, *Diario el País*, 2010, p. 29.

¹⁹ Confróntense, STS 30 de julio de 2007 (*Tol 1.143.872*); STS de 26 de diciembre de 2007 (*Tol 1.235.286*); CANCIO MELIÁ, op.cit, 2010, p. 29.

²⁰ En el supuesto de España “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.”, Título I, capítulo II, sección 2ª, artículo 35.1 de la Constitución Española.

considerar que no hay una verdadera voluntad de elección sino una obligación²¹.

Para los partidarios del abolicionismo, la mujer o cualquier persona que se dedique a la prostitución, lo hace sometida, sin una libre elección, bien sea por coacciones o amenazas de terceros o bien porque las circunstancias que la rodean la obligan a valerse de ese medio para poder sobrevivir, pero nunca pueden elegir ejercer la prostitución voluntariamente. Para ellos la prostitución en sí es una práctica forzada.

El significado de la libertad y del consentimiento en el ámbito de los delitos relativos a la libertad sexual en general y en los casos de prostitución en particular, es de gran importancia y marca una diferencia notable entre lo libre y lo forzado²².

Pero, ¿es posible el consentimiento libre en el ejercicio de la prostitución? Cuando decimos, en relación con algunos delitos, que el consentimiento pleno de la víctima, hace que ya no se pueda hablar de víctima, y por tanto la conducta realizada se distancia de la esfera del Derecho penal, esto quiere decir que estamos excluyendo el elemento de la tipicidad, porque eso parece reconocer implícitamente que el hecho tenía apariencia delictiva, cuando no es así.

Como afirma Quintero Olivares, “quien accede a yacer con otra persona, sin vicio de voluntad o consentimiento, o quien permite que se lleven algo de su casa, no son víctimas

de violación o de hurto cuyo consentimiento produzca efecto de atipicidad.

En suma, pues, la actitud o conducta del sujeto pasivo de determinadas relaciones tiene interés técnico-jurídico en la medida en que pueda alterar la significación jurídica de lo que sucede, pero pierde en buena medida ese interés cuando el consentimiento transforma la cuestión en algo ajeno al derecho”²³.

Hablar de consentimiento o voluntariedad en el ejercicio de la prostitución, es un tema bastante más farragoso y complejo, en el que no existe una opinión única y homogénea. Como analizaba al comienzo de este estudio, existen una pluralidad de historias individuales tras la imagen que todos puedan tener de la prostitución; diversidad en cuanto al género; variedad de lugares donde ejercerla; nivel económico, nivel cultural de los ejercientes etc.

Al igual que existen diferencias en todos estos aspectos que hacen de la prostitución un fenómeno muy heterogéneo, el consentimiento de la persona para ejercerla libremente, supone otro de los grandes puntos clave para distinguir prostitución libre de prostitución forzada.

Hay un prejuicio, de carácter moral, que impide reconocer legitimidad al consentimiento prestado por quien se prostituye cuando se trata de una mujer. La afirmación, encabezada por un sector del feminismo, de que la prostitución voluntaria no existe²⁴, ha pasado por distintos intentos

²¹ Al respecto véase, GARCÍA/GRANADOS ÁLVAREZ/MURILLO PALOMEQUE, *Análisis de la Sentencia T-629 de 2010, en cuanto al reconocimiento de derechos laborales a trabajadoras sexuales en Colombia*, 2012, p. 38.

²² Véase al respecto, QUINTERO OLIVARES, “Las normas penales españolas: cuestiones generales”, en GARCÍA ARÁN/QUINTERO OLIVARES/REBOLLO VARGAS (autores), *Trata de personas y explotación sexual*, 2006, p. 157.

²³ Confróntese al respecto, QUINTERO OLIVARES, “Antinomias y contradicciones en la intervención penal

en la prostitución libre”, en VILLACAMPA ESTIARTE, *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, 2012. p.161.

²⁴ Siguiendo esta opinión, MACKINNON, “las mujeres que llegan al sexo, dicen, porque se ven comprometidas, empujadas, presionadas, engañadas, chantajeadas o directamente forzadas, con frecuencia responden a la indecible humillación, unida a la sensación de haber perdido una integridad irremplazable, afirmando la sexualidad como algo propio. Sin otra alternativa, la estrategia para conquistar el propio respeto y el orgullo es: yo lo quise.”, *Hacia una teoría feminista del Estado*, 1995, pp. 266-267.

de fundamentación hasta pasar a imponerse como un dogma.

No obstante, como apunta Maqueda Abreu, ya no valen tópicos que puedan desmentir lo que la propia experiencia demuestra; “las maquinaciones victimarias como la existencia de un lavado de cerebro o violencias estructurales determinantes del consentimiento, tales como infancias desgraciadas, socialización fracasada o una formación de identidad errónea, no alcanzan a negar excepciones.

Habría que admitir, por lo menos, minoritarios grupos de prostitutas libres y buscar otras justificaciones para negarles el reconocimiento de su voluntad”²⁵.

No obstante, es importante añadir que, tal y como afirma la autora, el testimonio de quien ejerce la prostitución es inútil cuando lo que importa no es su consentimiento sino el valor de su reconocimiento.

Es decir, se trata de un colectivo que no ve reconocida su capacidad como actor social, lo que provoca una seria disminución en sus posibilidades de legitimar sus opciones o defenderlas desde posiciones de autoridad²⁶.

Como apunta López Precioso, “si la posición sobre el derecho a nuestro cuerpo como mujeres, supuso llenar de contenido al *No* cuando lo pronunciábamos en una relación sexual con cualquier hombre, incluidos los maridos, la contradicción es no poder comprender que algunas mujeres puedan decir *Si* a cambio de dinero. Es como si algunas mujeres tuviéramos la capacidad de decidir y

el dominio sobre nuestro cuerpo, mientras otras no lo tienen ni lo tendrán nunca”²⁷.

Si bien en aquellos supuestos de personas que eligen ejercer la prostitución como forma de conseguir ingresos que les facilite la obtención de “caprichos” y un mejor nivel económico, más allá de una verdadera necesidad económica, aunque entraríamos a debatir hasta qué punto puede ser necesario para algunos el poder conseguir esos caprichos, cuyo reflexión escaparía del objetivo aquí perseguido, lo cierto es que, al margen de estos supuestos que no parecen suscitar duda alguna respecto de la libertad y el consentimiento de elección, uno de los elementos sobre los que más se ha reflexionado es hasta qué punto las mujeres en situación de prostitución, mayoritariamente inmigrantes y pobres, son libres a la hora de elegir la prostitución como forma de vida, cuando lo hacen abocadas por la pobreza y la falta de medios.

¿Quién puede medir el grado de libertad o voluntariedad con que cada una de ellas ha tomado esa decisión?

En este sentido Rousseau explica que “un contrato firmado por dos partes en la que una de ellas está dominada por la necesidad no es un contrato legítimo. Podrá ser legal, pero nunca será legítimo porque la capacidad de decisión de quien está dominado por la necesidad vicia ese consentimiento”²⁸.

Para muchos la libertad y el consentimiento de las mujeres que llegan a la prostitución son reducidos, pues están limitados por la pobreza, la falta de recursos culturales y de empoderamiento²⁹.

²⁵ Así, MAQUEDA ABREU, op.cit, 2009. p. 48.

²⁶ Según, JULIANO, *La prostitución: el espejo oscuro*, 2002, p. 19.

²⁷ Así en, LOPEZ PRECIOSO/MESTRE, *Trabajo sexual. Reconocer derechos*, 2007, p. 91.

²⁸ Citado por REY MARTÍNEZ, *Nuevas políticas públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, 2006, p. 110.

²⁹ Al respecto, como diría REY MARTÍNEZ, “el consentimiento al tomar tal decisión, suele ser la única forma de salir de la situación social de vulnerabilidad extrema, por lo que no hay consentimiento en la relación que se establece entre una mujer prostituida y un cliente”, “La prostitución ante el derecho: problemas y perspectivas,” *Nuevas políticas públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, 2006, p. 110. Véanse también, COBO BEDIA, “Prostitución en nuestro país”.

Es decir, la desigualdad económica es un elemento fundamental para calibrar el grado de consentimiento que existe en estas relaciones³⁰.

Por ello, resulta importante conocer y determinar la naturaleza del consentimiento.

Es difícil negar que el ejercicio de la prostitución sea una opción construida socialmente y que, cuando es voluntaria, implica una valoración de las alternativas posibles que está determinada, por el significado que se atribuya a cada proyecto personal.

Pese a lo que dije anteriormente, es innegable que los elementos circunstanciales juegan, desde luego, un papel fundamental en esa opción, las historias individuales; los mecanismos a partir de los cuales cada

persona construye su identidad; la autoestima o los condicionamientos provenientes de sus subculturas, deben ser tenidos en cuenta³¹. Pero sin embargo no pueden resultar determinantes para negar la existencia de consentimiento.

En palabras de Juliano, “el servicio doméstico como internas o por horas, el cuidado de niños, de ancianos, de enfermos, el trabajo rural en invernaderos o en recogida de frutas, confección, hostelería, limpieza de oficinas, etc....ningunas de estas posibilidades laborales son libres en el sentido de que podrían ser elegidas como elementos de autorrealización si no hubiera necesidades económicas de por medio. En este contexto puede considerarse a la prostitución como una opción más, no sobre determinada externamente, porque normalmente la mujer

*Ponencia presentada en el Congreso de los Diputados, 2006, p. 2; INFORME PROYECTO INVESTIGACIÓN, “Llevando al extremo este símil, cabría plantear entonces sí “elegir” contagiarse de una enfermedad para obtener cuidados que de otro modo no se tendrían, es una opción legítima para algunas personas que no disponen de una alternativa mejor de supervivencia. Invisibilizar o minimizar el daño bajo las ventajas secundarias del síntoma puede considerarse, en nuestra opinión, una forma de ideologización por cuanto oculta lo fundamental y resalta lo subsidiario”, Consentimiento y coacción. Prostitución y políticas públicas 2010-2012, Universidad de la Coruña, pp. 153-174. (Consultar <http://www.inmujer.gob.es/en/areasTematicas/estudios/estudioslinea2014/docs/ConsentimientoCoaccion.pdf>; última visita el 26 de junio de 2023); CARMONA CUENCA, "se constata que las mujeres prostituidas no provienen de las clases altas de la sociedad, ni de las clases medias. En el origen de esa actividad está la exclusión social, la necesidad de sobrevivir por encima de cualquier otra consideración...", “¿Es la prostitución una vulneración de Derechos Fundamentales?, en SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos*, 2007, p. 63.*

³⁰Al respecto véase, INFORME PROYECTO INVESTIGACIÓN, “Las actuales condiciones sistémicas con altos niveles de desempleo y pobreza, el estrechamiento de los recursos del estado en cuanto a necesidades sociales y la quiebra de un gran número de empresas hacen posible la existencia de una serie de circuitos con un relativo grado de institucionalización

por los que transitan sobre todo las mujeres. Y son precisamente esos circuitos los que deben ser investigados porque por ellos no sólo circulan mujeres para el trabajo doméstico y la prostitución sino también varones para realizar 12 trabajos genéricos y descalificados. El aspecto importante es que por algunos de esos circuitos se introducen los traficantes de personas y las mafias vinculadas a la trata”, *Consentimiento y coacción. Prostitución y políticas públicas 2010-2012*, Universidad de la Coruña, pp. 11-14. (Consultar <http://www.inmujer.gob.es/en/areasTematicas/estudios/estudioslinea2014/docs/ConsentimientoCoaccion.pdf>; última visita el 26 de junio de 2023)

³¹ Literalmente, JULIANO, op.cit, 2002, p. 11. Véase también, al respecto, BRUSSA, “Migración, trabajo sexual y la salud: la experiencia de TAMPEP”, en OSBORNE (coord.), *Trabajador@s del sexo: derechos, migración y tráfico en el S. XXI*, 2004, p. 50; PHOENIX, J., “Prostitute identities. Men, Money and violence”, *The British Journal of Criminology*, vol. 40, núm. 1, 2000, pp. 38 y ss.; HETAIRA, “bajo el rótulo de lo que llamamos “prostitución” subyacen realidades muy diferentes. ...desde situaciones en las que las mujeres que ejercen lo hacen obligadas, chantajeadas y coaccionadas por terceros. Hasta situaciones en las que las mujeres que ejercen lo hacen por propia decisión esté más o menos condicionadas por diferentes factores, entre ellos el nivel cultural y económico y el origen nacional”, BRIZ/GARAIZÁBAL/JULIANO, *La prostitución a debate. Por los derechos de las prostitutas*, 2007, pp. 15-16.

tiene otras opciones alternativas, con las características específicas de estar peor visto y mejor pagado”³².

Algunos análisis describen el consentimiento como un continuo en el que existe, entre los extremos de una decisión plenamente libre y la sumisión coercitiva, una amplia gama de zonas grises. Más allá de estas zonas grises, existe un espacio de libertad, que como toda libertad se ejerce bajo circunstancias, de experiencia vital, recursos económicos, personales y sociales.

Quien opta por ejercer la prostitución ante la única alternativa realista y legalmente reconocida de aceptar trabajos mucho menos remunerados decide condicionadamente, pero libremente. En la medida que personas en situaciones similares eligen caminos distintos es razonable comprender que sus actos son libres. La existencia de una decisión libre no es tan solo una posibilidad teórica³³. Las investigaciones realizadas demuestran que esta circunstancia se da en un amplio

número de supuestos. Así se pone de manifiesto, por ejemplo, en España, en el estudio sobre prostitutas extranjeras en la ciudad de Málaga.

En esta investigación, la mayor parte de las personas entrevistadas declararon que cuando decidieron venir a España sabían que se iban a dedicar a la prostitución, y que, siendo la necesidad una motivación importante en muchas de ellas para aceptar esta actividad, en su mayoría no la dejarían por cualquier trabajo sino tan solo por un trabajo mejor remunerado³⁴.

Hablar de prostitución voluntaria es, pues, hablar de mercado de servicios sexuales, más allá de las ideas abolicionistas que reconocen en la prostitución una práctica misógina y de dominación masculina. Nada impide, relativizar los términos de esa voluntariedad, sin presumirla de antemano, tanto en la entrada como en la permanencia en la prostitución³⁵.

³² Así, JULIANO, “la argumentación que niega la existencia de consentimiento en la prostitución, no se extiende a ninguna otra área laboral, por pesada, mal pagada o desagradable que pueda ser, solo en el caso de la prostitución se recurre a explicaciones esencialistas y se descarta considerarla una estrategia de supervivencia asumida”, op.cit, 2002, pp. 190-191. Abundan en esta idea, IACUB, “cuando afirma que tratándose de otro tipo de trabajo, nadie se cuestiona la libertad metafísica del trabajador, más bien se piensa, y con razón, como mejorar sus condiciones de vida, *¿Qué habéis hecho de la liberación sexual?*, 2007, p. 19; PHOENIX, “como resultado de su estudio en Reino Unido en 2000, afirma que una gran mayoría de las mujeres entrevistadas veían la prostitución como una estrategia para asegurar su supervivencia futura social y económica, para obtener sus propios ingresos vitales y su independencia, más allá de sus relaciones dependientes con la familia, con hombres particulares o con el estado”, op.cit, pp. 40 y ss. En el contexto español, son múltiples las experiencias recogidas en este sentido, por ejemplo, ARELLA/FERNANDEZ/NICOLÁS/VARTABEDIAN, *Los pasos (in) visibles de la prostitución. Estigma, persecución y vulneración de los derechos de las trabajadoras sexuales en Barcelona*, 2007, pp. 159 y ss.; BRIZ/GARAIZÁBAL/JULIANO, op.cit, 2007, pp. 147 y ss. O el Informe ESCODE en 2006, cuando se refiere a la

posibilidad de alcanzar desde la prostitución posiciones de privilegio económico y social, incluso para las mujeres inmigrantes.

³³ Al respecto véase, TAMARIT SUMALLA, “Prostitución: regulación, prevención, y desvictimización” en VILLACAMPA ESTIARTE, *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, 2012. p.274.

³⁴ En este sentido, QUILES PARDO, “La prostitución de personas inmigrantes en la ciudad de Marbella”, *Boletín Criminológico*, núm. 95, 2007.

³⁵ Sobre esta diferenciación, PONS I ANTÓN, “hay que distinguir entre voluntariedad de entrada y voluntariedad de permanencia, puede suceder, como ocurre con otras actividades, que no se haya entrado voluntariamente o con voluntad no del todo plena, y sin embargo exista la voluntad de permanencia. En uno y otro caso, tradicionalmente se ha aducido como motivo principal la precariedad económica. Sin embargo, en términos generales, diríamos que puede ser para obtener dinero o para obtener más dinero. En el primer caso es donde se puede hallar voluntariedad, y en el primer supuesto también se puede hallar, según el momento económico histórico, la elección entre diversas alternativas”, “Condiciones básicas para debatir sobre la legalización”, en VILLACAMPA

Pese a ser una opción laboral fuertemente estigmatizada, los niveles de voluntariedad no tienen por qué ser distintos a los de otros trabajos peligrosos o mal remunerados, como señalan López Precioso y Mestre, los cuales añaden que, no sería realista olvidar estructuras de opresión y dominio patriarcales o capitalistas de explotación de la fuerza de trabajo, sino que la clave está en detectarlas y luchar contra ellas sin que ello suponga la supresión del sexo comercial³⁶.

5. La dignidad como máximo exponente del ejercicio de la prostitución

Junto con la libertad de elección y la voluntariedad para ejercer la prostitución, el otro aspecto fundamental en el debate acerca del posible reconocimiento legal de la prostitución como actividad productiva es el de la tutela de la dignidad de las personas que la ejercen.

¿Resulta indigno ejercer la prostitución? Naturalmente, esta pregunta sólo tiene sentido en relación con aquel tipo de prostitución estrictamente voluntario sobre el que no pesa ningún tipo de inducción, coacción, o explotaciones ajenas, y realizado por personas mayores de edad y capaces.

Son muchas las opiniones que defienden que dedicarse a la prostitución va en contra de los derechos humanos y vulnera la dignidad de las personas³⁷.

Los abolicionistas consideran indigno el ejercicio de la prostitución en sí mismo, independientemente de las condiciones en las que se ejerce. Aseguran que la prostitución reduce a las mujeres a la categoría de cuerpos, meros objetos animados para el uso y disfrute de los hombres, y mantienen la idea de que el estatus de prostituta desprovee a las mujeres prostituidas de sus características específicamente humanas³⁸.

Así mismo, parten de que la prostitución es una actividad tan denigrante que acaba degradando moralmente a quien la ejerce³⁹.

En definitiva, las tesis actuales que defienden la ilicitud de la prostitución, se basan en que se están defendiendo derechos fundamentales como la igualdad, la libertad y, por supuesto, la dignidad.

Además, en casi todas las decisiones de los tribunales laborales en torno a la problemática de la prostitución se hace hincapié en que, en la medida en que esta actividad es contraria a la dignidad de las personas, no cabe reconocer tutela legal alguna a quien la ejerce.

Se concluye, afirmando que el individuo no es libre para comprometer su propia dignidad, lo que conlleva a la paradoja de que con el fin de proteger la dignidad de las personas se les priva de una parte de la misma, tratándolas como incapaces y negándoles su poder de decisión⁴⁰.

ESTIARTE, *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, 2012, p. 52.

³⁶ En este sentido, LOPEZ PRECIOSO/MESTRE, op.cit, 2007, p. 101.

³⁷ Confróntese al respecto, PACHECO ZERGA, "La prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad", "La aplicación del Derecho en el caso Mesalina", *Aranzadi social*, núm. 16, 2004.

³⁸ Véase, REY MARTÍNEZ, "¿El ejercicio de la prostitución es expresión de la dignidad humana que,

en su vertiente dinámica, conlleva el libre desarrollo de la personalidad(art. 10.1 CE) o es más bien, una violación de la dignidad humana, en la medida en que rebaja a una persona a la condición de objeto, de instrumento, a la que se trata como una cosa?", op.cit, 2004, pp. 61 y ss.

³⁹ Al respecto véase, REY MARTÍNEZ, op.cit, 2004, p. 64.

⁴⁰ En este sentido véase, FITA ORTEGA, "El trabajo sexual en la doctrina judicial española", en SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos*, 2007, p. 244.

La cuestión que debe ser abordada es la de determinar si el ejercicio de la prostitución voluntariamente consentida puede suponer un atentado contra la dignidad. El debate sobre si la prostitución lesiona o no la dignidad humana requiere unas precisiones mínimas sobre qué se entiende por “dignidad”.

La dignidad es un derecho fundamental muy particular, en cuanto variable según la evolución social y relativo ya que, además, esa relatividad está institucionalizada en el propio Derecho⁴¹.

De este modo, la idea de dignidad se pone en relación con la libertad, a la que hice mención anteriormente, pero esta vez, desde su vertiente positiva.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril⁴², afirma que “la dignidad de la persona se halla íntimamente vinculada con el desarrollo de la personalidad (art. 10), y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de las ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva

consigo la pretensión al respeto por parte de los demás (...)”. En resumen, podríamos decir que, a tenor de lo establecido en esta sentencia, la dignidad se reconoce como un garante para vivir como se quiere, vivir bien y vivir sin humillaciones.

Más recientemente encontramos la STC núm. 192/2003, de 27 de octubre⁴³ donde señala que la dignidad del trabajador debe ser entendida como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida.

Teniendo en consideración este argumento resulta inaceptable que esta teoría general no se aplique en relación con una actividad laboral concreta, como la del trabajo sexual.

Esta idea de dignidad no debe ser entendida como la dignidad social-pública que se tiene que garantizar a través de las Declaraciones de Derechos Públicos, sino, como lo define Monste Neyra, como la dignidad privada-íntima que está en los derechos humanos básicos en los que no debe intervenir ningún estamento público⁴⁴.

⁴¹Al respecto, GAY/OTAZO/SANZ, “el derecho procesal penal excepciona sus propias reglas de derecho público y abstiene al Ministerio Fiscal de intervenir precisamente en los delitos que tengan al honor y la 5 6 dignidad como bienes jurídicos protegidos: injurias y calumnias contra particulares, donde la acción penal de ejercerse lo ha de ser forzosamente por el acusador privado. En consecuencia, la ciudadanía puede decidir por sí misma qué es lo que considera y no considera digno, y esa opción será lícita siempre que se dé en libertad. Cosa diferente es que ésta falte, pero entonces ya no hablamos de dignidad, sino de libertad, valor superior del ordenamiento con sus consecuencias afirmativas y negativas: el derecho a hacer y a no hacer, a abstenerse y a no abstenerse”, “¿Prostitución=Profesión?, Una relación a debate”, *Aequalitas*, 2003, p. 14.

⁴² Ponentes: Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Ferrer Morant

⁴³ Ponente: María Emilia Casas Baamonde.

⁴⁴ En este sentido, NEYRA, “Según estos derechos humanos básicos tengo derecho a hacer cualquier cosa en el ámbito de mi intimidad, y la sexualidad está en el ámbito de la más radical intimidad, mientras no viole o me aproveche de los derechos humanos básicos de los demás. Dicho de otra manera, mientras no haga daño a los demás Por eso pienso que basar la abolición o la prohibición en la dignidad del ser humano social-pública o la degradación de la mujer es tratar a las mujeres como un colectivo uniforme, o quedarse en una idea abstracta disociada de la realidad. Cada mujer es un ser humano diferente, con sus preferencias subjetivas y sus capacidades concretas. Lo que para una persona es denigrante para otra puede ser algo placentero, o algo molesto pero que merece la pena por lo que se obtiene a cambio. Por todo esto nadie debe tratar de imponer su moral o su concepción de forma coactiva”, *Nosotras las malas mujeres. Debates feministas sobre la prostitución*, Mesa Redonda, Madrid, 2009.

Desde esta perspectiva no cabe duda alguna de que la prostitución libremente ejercida y aceptada, y en condiciones aceptables, en nada puede afectar a la dignidad de las personas que la ejercen, ya que se trata de un valor subjetivo, cuya vigencia se manifiesta frente a los demás por lo que debe ser jurídicamente respetada⁴⁵.

Suponiendo una protección de la individualidad que debe ser respetada por los particulares y por los poderes públicos. Y entender lo contrario, supone, tal y como afirma Garaizábal, reforzar el estigma que recae sobre la prostituta al considerarla una categoría particular de mujer, a la que casi se le cuestiona su humanidad, su subjetividad, es decir, asegura que no se tienen en cuenta los factores concretos que llevan a estas mujeres a ejercer la prostitución ni las tácticas que emplean para sobrevivir y moverse en un mundo bastante duro en muchas ocasiones.

Como ésta afirma, la prostitución no es una actividad como cualquier otra, tanto por la importancia y los prejuicios sociales en torno a la sexualidad, como porque para las mujeres la relación con la sexualidad sigue siendo algo contradictorio y no es lo mismo ofrecer servicios sexuales que cualquier otro tipo de servicios.

Continúa señalando que dedicarse a la prostitución implica un estigma, que, en muchos casos, llega a ser interiorizado por la propia persona ejerciente, generándole vergüenza y sentimientos negativos que les

provocan vivencias contradictorias, como ganas de seguir, por un lado, y de abandonar por otro lado. Sin embargo, entiende que esto nada tiene que ver con su dignidad. Una cosa es que algunas de ellas, llevadas por la interiorización del estigma, se sientan indignas y otra es que desde los feminismos se les confirme, añade.

En definitiva, cree que la dignidad de las personas está por encima del trabajo que realizan, sea cual sea este, y que una cosa es decir que las condiciones en las que se ejerce la actividad son, en muchos casos, indignas y otra muy diferente es considerar que lo indigno es ejercer este trabajo⁴⁶.

En la misma dirección apunta Maqueda Abreu, que no es posible mantener un reconocimiento de la capacidad de autodeterminación sexual que dependa de una noción de dignidad selectiva, que pueda ser negada en el caso de la prostitución. La razón en la que fundamenta esta afirmación es, entre otras, su incompatibilidad con la jurisprudencia constitucional que ya hemos visto⁴⁷.

Finalmente, sumándome a las palabras de Rodríguez-Armas, entiendo que el reconocimiento de los derechos de las mujeres que ejercen la prostitución, incluidos los derechos sexuales, contribuyen a dotar a la dignidad humana, en general, y de este sector, en particular, de un contenido jurídico reconocible que en absoluto permite hablar de atentado contra esa dignidad⁴⁸.

⁴⁵ Cabe citar en este sentido, la SAP de Sevilla, sección 5ª, 11 de enero de 2006 (*Tol 954.606*), en la que se sostiene que “el honor es un sentimiento esencialmente relativo, integrado por dos aspectos o actitudes íntimamente conexionadas: el de la inmanencia, representada por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de la transcendencia o exterioridad, integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad. Por ello, la intromisión ilegítima se produce cuando una persona se siente lesionada en su dignidad, fama o en la propia estimación”.

⁴⁶ En este sentido, GARAIZÁBAL, “El estigma de la prostitución”, en BRIZ/GARAIZÁBAL/JULIANO, *La prostitución a debate*, 2007, pp. 51-52.

⁴⁷ Así, MAQUEDA ABREU, “Hacia una justicia de los derechos. Una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución”, en VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Valencia, 2012, pp. 186-187.

⁴⁸ Confróntese al respecto, LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS, “Constitución española, estado social y

6. Conclusiones

Los distintos criterios que se han utilizado y se siguen utilizando para defender que el ejercicio de la prostitución no es y no puede ser un trabajo, son que es una práctica que resulta contraria a la moral y las buenas costumbres, por la imposibilidad de un consentimiento libre por parte de quien la ejerce y por vulnerar derechos fundamentales de las personas, entre ellos la libertad o la dignidad.

Sin embargo, con esta afirmación entiendo que se consigue el efecto contrario, pues la categoría que se les atribuye de víctimas, no permite ver a los sujetos de derecho que hay detrás, no se les reconoce autonomía, ni se respeta su propia subjetividad, ni su dignidad, ni su integridad, ni mucho menos su libertad.

Para analizar detenidamente el asunto es necesario, en primer lugar, conocer qué es la prostitución y saber de qué hablamos cuando ponemos el tema sobre la mesa y pedimos legalizar o abolir.

Para tener clara una postura al respecto, debemos saber antes que nada sobre qué estamos opinando. Solo de esta forma estaremos en condiciones de poder emitir una opinión válida y sin ningún tipo de sesgos.

En este sentido, como he comentado en mi trabajo, la realidad sobre la prostitución es muy distinta a lo que la mayoría percibe o cree que es la prostitución.

Si nos quedamos con lo que se ve del iceberg difícilmente conoceremos la realidad, que no es otra que la diversidad o heterogeneidad de este fenómeno. No solo es prostitución la de la mujer inmigrante en la calle, tras la que es posible que exista una red de tráfico y trata. Si no que hay muchos géneros, y modos de ejercer la prostitución.

Una vez que contextualicemos la prostitución desde la realidad podremos planearnos que

postura o que forma de politizar es más adecuada para este sector de la población. Y en ese debate o despliegue de argumentos a favor o en contra debemos tener presente aquellos conceptos que han sido analizados en este trabajo, así, en primer lugar, hay que determinar si se trata de un negocio jurídico aceptable legalmente. Y para ello, es necesario que estén presentes todos los elementos que lo integran que son consentimiento, objeto y causa.

Con respecto a estos últimos, conducen a una misma realidad, el contenido del contrato. En este caso el contenido del contrato es el ejercicio de la prostitución.

De esta forma, he puesto de manifiesto que a pesar de la insistencia en considerar que estamos ante una práctica que no puede ser objeto y causa de un contrato por su ilicitud, esta afirmación puede ser rebatida.

De los artículos 1271 y 1275 del Código civil, extraemos como conclusión que la causa o el objeto son ilícitos cuando son contrarios a la moral y las buenas costumbres o a las leyes.

Nuevamente volvemos al recurso de la inmoralidad para negar una realidad aplastante, y en este sentido, como hemos visto, es necesario adecuar lo moral con la realidad social y jurídica del momento, pues evolucionamos y se produce una mutación en ciertos valores, y la moral sexual es uno de los ejemplos más claros de mutabilidad social.

Por tanto, entiendo que el objeto y la causa, solo resultarían ilícitos si vulnerasen la libertad sexual de la prostituta, ya que la frontera no la fija el carácter altruista o remuneratorio del servicio sexual, sino la libertad con que se prestan.

Siempre y cuando no supongan actos de coacción, engaño, violencia o de sometimiento, ya sea por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece

derechos de las mujeres que ejercen la prostitución”, *Libro Feminismos*, núm. 12, 2008, p. 259.

unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas.

Además, con respecto a si esta práctica es contraria a las leyes es sabido por todos, que la prostitución en sí no es ilegal en nuestro país, puesto que no existe ninguna norma que prohíba que una persona mayor de edad y con capacidad se prostituya voluntariamente. Y en tanto en cuanto, se presume la legalidad de una actuación, la ilegalidad es una excepción que debe establecerse expresamente por las normas.

Por otro lado, existe una gran reticencia para reconocer que alguien pueda elegir libremente ejercer la prostitución como medio para ganarse la vida.

A pesar de que se supone que todos tenemos el derecho de elegir la profesión o el oficio del que vivir, cuando ese trabajo que elegimos es la prostitución, se niega ese derecho, por considerar que no hay una verdadera voluntad de elección sino una obligación. Se afirma que el sujeto no elige libremente, sino que lo hace impulsado u obligado por sus circunstancias y que ello conlleva a que no se trate de una voluntad o un consentimiento lícito.

Nuevamente encontramos un prejuicio, de carácter moral, que impide reconocer legitimidad al consentimiento prestado por quien se prostituye. Sin embargo, entiendo que no es posible emitir un juicio generalizado, y que la propia realidad debería permitir aceptar que existen grupos de personas que libremente ejercen la prostitución.

Resulta injusto reconocer esa libertad sexual y la capacidad de negarse a mantener relaciones sexuales o aceptarlas libremente cuando hablamos de otro ámbito, como las relaciones de parejas, y no se reconoce esa misma autodeterminación sexual cuando de aceptar una relación sexual a cambio de dinero se trata.

Como afirma un amplio sector de carácter abolicionista, en estos supuestos es impensable que alguien pueda decidir por su propia voluntad decir que sí, si no es obligada por la influencia de una tercera persona es arrastrada a ello por sus circunstancias.

En este sentido he manifestado, que a pesar de la complejidad que conlleva este debate y de la innegable influencia de esas circunstancias a la hora de elegir, esto no es determinante para negar el consentimiento.

Puede que alguien elija impulsado por diversos factores intrínsecos a su persona, pero al fin y al cabo elige entre las distintas opciones que se le plantean y no es obligado a hacerlo. En la medida que personas en situaciones similares eligen caminos distintos es razonable comprender que sus actos son libres.

Igual sucede con la dignidad, a la que tantos aluden para imposibilitar la laboralización de esta práctica. Para muchos el ejercicio de la prostitución es algo indigno y que vulnera los derechos de quien la ejerce, comparándolas como meros objetos a la disposición de quien quiera usarlos.

Pero en este estudio, he considerado que para abordar esta cuestión es imprescindible saber de qué estamos hablando cuando mencionados la dignidad.

De esta forma, apoyada por diversos argumentos jurisprudenciales y doctrinales, entiendo que se halla íntimamente vinculada con el desarrollo de la personalidad, es un valor espiritual y moral inherente a la persona, implica la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y, por tanto, al tratarse de un aspecto subjetivo, nadie está capacitado para determinar que puede y no ser indigno para otra persona.

Superados estos obstáculos, podríamos entender que el ejercicio de la prostitución puede ser objeto y causa lícita de un contrato, que efectivamente puede desarrollarse o elegirse como profesión de forma libre y consentida, y que en nada resulta contraria a la dignidad cuando el propio sujeto decide que

quiere ejercerla y él mismo no se considera menos digno que el resto de personas que no ejercen la prostitución.

No cabe duda de que la prostitución va acompañada de la mano de muchos problemas y conflictos que la convierten en una lacra social.

Lo que muchos no se paran a analizar, es que, el estigma que arrastra la prostitución desde su existencia, provoca una marginalidad que consecuentemente desemboca en corrupción, tráfico y peligros tanto para quienes la ejercen como para la sociedad en general.

Esa estigmatización, surge ya con la primera prostituta de todos los tiempos. La prostitución es vender sexo, y todo lo relacionado con la sexualidad siempre ha sido un tema tabú y lleno de prejuicios morales y éticos.

Aún hoy, en una sociedad avanzada, democrática y liberal hablar de sexualidad, y sobre todo de sexualidad como comercio, es algo que no está superado. Pese a los grandes avances científicos, sociales o en la mentalidad y creencias de los ciudadanos, hablar de sexo como un medio de vida no es fácil.

Quizás un cambio de paradigma, que permita despejar la mente de las personas, sea un primer paso para dejar de ver en la prostitución algo inmoral e indigno, que, a su vez, elimine los peligros y la delincuencia que la acompañan.

De ese modo comenzaría un largo camino por andar para normalizar y aceptar lo que siempre ha existido y a mi entender, existirá.

Referencias

- ARELLA, Celeste, FERNANDEZ BESSA, Cristina, NICOLÁS LAZO, Gemma, y VARTABEDIAN, Julieta. (2007). *Los pasos (in) visibles de la prostitución. Estigma, persecución y vulneración de los derechos de las trabajadoras sexuales en Barcelona*, Virus Editorial.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel.(1984). “Variaciones sobre Hegel”, *Aranzadi Social*, vol. 1, núm. 19.
- BARRY, Kathleen. (2005). *Teoría del feminismo radical: Política de la explotación sexual*, vol. 2, 2005.
- BRIZ HERNÁNDEZ, Carmen, GARAIZÁBAL ELIZALDE, Cristina y JULIANO CORREGIDO, María Dolores. (2007). *La prostitución a debate. Por los derechos de las prostitutas*, Ed. Talasa.
- BRUSSA, Licia. (2004). “Migración, trabajo sexual y la salud: la experiencia de TAMPEP”, en OSBORNE, Raquel (coord.), *Trabajador@s del sexo: derechos, migración y tráfico en el S. XXI*. Ed. Bellaterra.
- BUTLER, Judith. (2007). *El género en disputa*, Barcelona. Ed. Paidós.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. (2010). “Prostitución y Derecho Penal”, *El País*. https://elpais.com/diario/2010/02/03/opinion/1265151613_850215.html
- CARMONA CUENCA, Encarnación. (2007). “¿Es la prostitución una vulneración de Derechos Fundamentales?”, en SERRA CRISTÓBAL, Rosario. (coord.), *Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos*. Tirant lo Blanch. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/editor?codigo=2840>
- COBO BEDIA, Rosa. (2006). “Prostitución en nuestro país”. *Ponencia presentada en el Congreso de los Diputados*. <http://www.redfeminista.org/nueva/uploads/Cobo20.06.06.pdf>.
- COBO BEDIA, Rosa. (2012). Informe proyecto investigación: Consentimiento y coacción. Prostitución y políticas públicas. Universidad de La Coruña. <https://www.inmujeres.gob.es/en/areasTematicas/estudios/estudioslinea2014/docs/ConsentimientoCoaccion.pdf>
- DE PAULA MEDEIROS, Regina. (2000). *Hablan las putas. Sobre prácticas sexuales, preservativos y SIDA en el mundo de la prostitución*, Ed. Virus.

- FITA ORTEGA, Fernando (2007). “El trabajo sexual en la doctrina judicial española”, en SERRA CRISTÓBAL, Rosario (coord.), *Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos*. Tirant lo Blanch. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/editor?codigo=2840>
- FITA ORTEGA, Fernando. (2009). “La prostitución: posible objeto de un contrato de trabajo como una manifestación más del trabajo sexual”, *Revista de derecho social*, N° 47, 2009, págs. 91-108. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3127991>
- GARAIZÁBAL ELIZALDE, Cristina. (2003). “Derechos laborales para las trabajadoras del sexo”, *Mugak*, n° 23. <http://mugak.eu/revista-mugak/no-23/derechos-laborales-para-las-trabajadoras-del-sexo>
- GARAIZÁBAL ELIZALDE, Cristina. “El estigma de la prostitución”, en BRIZ HERNÁNDEZ, Carmen, GARAIZÁBAL ELIZALDE, Cristina y JULIANO CORREGIDO, María Dolores. (2007). *La prostitución a debate. Por los derechos de las prostitutas*, Ed. Talasa.
- GARCÍA Carlos. Andrés, GRANADOS ÁLVAREZ., Alejandro, y MURILLO PALOMEQUE, Delcia. Modesta. (2012). Análisis de la Sentencia T 629 de 2010 en cuanto al reconocimiento de derechos laborales a trabajadoras sexuales en Colombia. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/233044235.pdf>
- GAY, Sylvia, SANZ, Marian y OTAZO, Eñaut. (2003). “¿Prostitución=Profesión?, Una relación a debate”, *Aequalitas*, núm. 13 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=765488>.
- GONZÁLEZ DEL RÍO, José María. (2013). *El ejercicio de la prostitución y el derecho del trabajo*, Ed. Comares.
- IACUB, Marcela. (2007). *¿Que habéis hecho de la liberación sexual?*, Ed. lector universal.
- JULIANO CORREGIDO, María Dolores. (2002). *La prostitución: el espejo oscuro*, Ed. Icaria.
- KAPPLER Karolin Eva. (2012). “Entre dramatismo y el punto ciego: perspectivas sociológicas sobre la prostitución en España”, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (Coord.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch. <https://www.librerias-hsr.es/editorial/tirant-lo-blanch/272/>
- LOPEZ PRECIOSO, Magdalena y MESTRE, Ruth. (2006). *Trabajo sexual. Reconocer derechos*. Ediciones la Burbuja.
- LORENZO RODRIGUEZ ARMAS, Magdalena. (2008). “Constitución española, estado social y derechos de las mujeres que ejercen la prostitución”, *Libro Feminismos*, núm. 12, 2008. <https://doi.org/10.14198/fem.2008.12.10>
- MACKINNON, Catharine. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Ed. Cátedra.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. (2012). “Hacia una justicia de los derechos. Una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución”, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. (coord.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch. <https://www.librerias-hsr.es/editorial/tirant-lo-blanch/272/>
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. (2009). *Prostitución, feminismo y derecho penal*, 2009, p. 138;
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (1995). *Enciclopedia Jurídica Básica*. Ed. Civitas.
- NEYRA, Montse. (2009). *Nosotras las malas mujeres. Debates feministas sobre la prostitución*, Mesa Redonda. Organiza: Colectivo Hetaira.
- PACHECO ZERGA, Luz. (2004). “La prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad”, “La aplicación del Derecho en

- el caso Mesalina”, *Aranzadi social*, núm. 16.
- PHOENIX, Joanna. (2000). “Prostitute identities. Men, Money and violence”, *The British Journal of Criminology*, vol. 40. 1. <https://doi.org/10.1093/bjc/40.1.37>
- PONS I ANTÓN, Ignasi. (2012) “Condiciones básicas para debatir sobre la legalización”, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch. <https://www.librerias-hsr.es/editorial/tirant-lo-blanch/272/>
- POYATOS I MATAS, Gloria. (2009). *La prostitución como trabajo autónomo*. Ed. Bosch.
- QUILES PARDO, Miguel Ángel (2007). “La prostitución de personas inmigrantes en la ciudad de Marbella”, *Boletín Criminológico*, núm. 95. <https://doi.org/10.24310/Boletin-criminologico.2007.v13i.8759>
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2012). “Antinomias y contradicciones en la intervención penal en la prostitución libre”, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina *Prostitución: ¿hacia la legalización?*. Tirant lo Blanch. <https://www.librerias-hsr.es/editorial/tirant-lo-blanch/272/>
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2006). “Las normas penales españolas: cuestiones generales”, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, y REBOLLO VARGAS, Rafael (autores), *Trata de personas y explotación sexual*. Comares.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2006). *Nuevas políticas públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, Dedicado a los derechos sociales (2).
- REY MARTÍNEZ, Fernando, MATA MARTIN, Ricardo y SERRANO ARGUELLO, Noemí (2004). *Prostitución y Derecho*, Thomson Reuters Aranzadi.
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria (2012). “Prostitución: regulación, prevención, y desvictimización” en VILLACAMPA ESTIARTE, *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, pp. 269-282.
- VILA TIERNO, Francisco (2006). “Del análisis de la naturaleza jurídica del contrato de trabajo”, en QUESADA SEGURA/ÁLVAREZ CORTÉS (coord.), *Derecho Social y Relaciones Laborales*. Editores: Universidad de Málaga.
- VIRGILIO, María, (2002). L'Italia e le politiche prostituzionali”, SIGNORELLI, Assunta /TREPPETE, Mariangela (coord.), *Servizi in vetrina. Manuale per gli interventi nel mondo della prostituzione migrante*.
- VON FOERSTER, Heinz (1981). *Observing Systems*. Seaside, CA: Intersystems Publications.



Contenido y vicios del consentimiento de la Ley del ‘solo sí es sí’

Content and vices of consent of the Law of 'only yes means yes'.

Juan Carlos Vegas Aguilar

Universidad Católica de Valencia

jc.vegas@ucv.es

ORCID 0000-0001-9832-1977

Resumen

El presente trabajo pretende profundizar algunos aspectos controvertidos sobre el consentimiento de la Ley del ‘solo sí es sí’. En concreto se analizarán las características que deberá tener dicho consentimiento para tener validez, los distintos vicios que pueda tener, así como las consecuencias jurídicas de tales vicios. Para ello estudiaremos distintos autores que han tratado esta institución, conjuntamente con jurisprudencia al respecto, e intentaremos aportar algo de luz a este elemento clave de la tipicidad en los delitos contra la libertad sexual —primera conclusión de este estudio—. Siguiendo con las conclusiones, el consentimiento supone un elemento de eliminación de la tipicidad de los delitos contra la libertad sexual siempre que se formule con todos los elementos para su validez. Asimismo, el consentimiento en modo alguno será válido si cuenta con algún vicio de los señalados en el artículo 178 del Código penal. Además, tanto la concurrencia de un consentimiento válido como de los vicios de este debe ser objeto de prueba en cada uno de los procesos por delitos contra la libertad sexual.

Palabras clave: Consentimiento; Agresiones sexuales; Vicios; Error.

Abstract

The present work aims to delve into some controversial aspects about the consent of the Law of 'only yes means yes'. Specifically, the characteristics that said consent must have to be valid, the different defects it may have, as well as the legal consequences of such defects will be analyzed. To do this, we will study different authors who have dealt with this institution, together with jurisprudence in this regard, and we will try to shed some light on this key element of the typical nature of crimes against sexual freedom - the first conclusion of this study. Continuing with the conclusions, consent represents an element of eliminating the typicity of crimes against sexual freedom as long as it is formulated with all the elements for its validity. Likewise, consent will in no way be valid if it has any of the defects indicated in article 178 of the Penal Code. Furthermore, both the existence of valid consent and its defects must be proven in each of the proceedings for crimes against sexual freedom.

Key words: Consent; Sexual assaults; Vices; Mistake.

1. Introducción

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (Ley del “solo sí es sí”) ha introducido por primera vez en nuestro Código penal un concepto de consentimiento para los casos de delitos contra la libertad sexual, los cuales se hallan regulados en el capítulo I del título VIII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

La inclusión de dicho concepto ha provocado una serie de discusiones doctrinales y cuestiones prácticas sobre los requisitos necesarios del propio consentimiento para que tenga una validez plena, así como el modo de probarlo en el proceso penal con el fin de demostrar la concurrencia del mismo.

El propósito de este trabajo es estudiar estos aspectos, a saber, qué características deben darse para considerar que nos encontramos ante unas relaciones sexuales consentidas, y qué criterios aplica la jurisprudencia a la hora de valorar su existencia o, en su caso, cuándo se entiende la falta de consentimiento en este tipo delictivo.

2. El consentimiento en el orden penal

La institución del consentimiento no es nueva en el ordenamiento jurídico en general ni en el orden penal en particular, siendo una consecuencia directa de la autonomía de la voluntad del individuo.

Así, encontramos el consentimiento¹ como elemento fundamental en múltiples instituciones jurídicas. De este modo el consentimiento es primordial para dar validez

al matrimonio (Art. 45 CC)² o para el perfeccionamiento de los contratos (Art. 1261 CC)³, ya que sin su concurrencia ambas instituciones son nulas.

A título de ejemplo, el artículo 1262 del Código civil establece que:

“El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.

Además, el artículo 1265 del mismo texto legal prevé que será nulo el consentimiento prestado por *error, violencia, intimidación o dolo* estableciendo, de este modo, los vicios del mismo.

En el ordenamiento penal, como no podía ser de otra manera, también se regula esta institución de manera autónoma, es decir, con su propio contenido al margen del que pueda tener en el ordenamiento civil.

¹ Sobre el consentimiento en el orden civil podemos ver, sin ánimo de exhaustividad, ESTELLÉS PERALTA, PILAR MARÍA (Dir.), (2023) *Lecciones de Derecho Privado. Aplicado a las Enseñanzas no Jurídicas*, 3ª Edición. Tirant lo Blanch; DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, (2018) *Sistema de derecho civil. Volumen II (Tomo 2), Contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual*. Duodécima edición, Madrid, Tecnos o DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN (Coord.), (2023)

Derecho civil ii (obligaciones y contratos), 6ª Edición. Tirant lo Blanch.

² La falta de consentimiento convierte en nulo al matrimonio (Art. 73.1º CC).

³ No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1.º Consentimiento de los contratantes.
- 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.
- 3.º Causa de la obligación que se establezca.

2.1. La falta de consentimiento como elemento del tipo en el Código penal

A lo largo del texto del Código penal es posible encontrarse el consentimiento en diversos tipos delictivos. Así, lo hallamos como requisito para imponer la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (Art. 49 CP)⁴; como elemento en el delito de aborto (Arts. 144 y 145 CP); como atenuante o eximente en los delitos de lesiones (Arts. 155 y 156 CP); como requisito para el delito de tráfico de órganos humanos (Art. 156 bis CP); como elemento en los delitos de relativos a la manipulación genética (Art. 161 CP); en los delitos de coacciones en su modalidad del uso de la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, ocasionándole a la misma situación de acoso, hostigamiento⁵ o humillación (Art. 172 ter.5 CP); en el delito de trata de seres humanos (Art. 177 bis. 1 CP); en los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores (Art. 187 CP); en los delitos del descubrimiento y revelación de secretos (Art. 197 y 200 CP); en el delito de sustracción de menores (Art. 225 bis CP); en el delito de hurto en cosa propia (Art. 236 CP); en el delito de

defraudaciones de señal de telecomunicaciones (Art. 256 CP); en los delitos relativos a la propiedad intelectual (Art. 270 CP) o de propiedad industrial (273 y 274 CP); en el delito contra los servicios de radiodifusión (Art. 286 CP); delito de deslealtad profesional (Art. 467 CP) y, finalmente, en los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad (Art. 534 CP).

A estos delitos que tienen como uno de sus elementos del tipo la falta de consentimiento, debemos añadir otros donde el legislador utiliza expresiones tales como “contra la voluntad” (Arts. 202, 203, 245 y 557 bis CP) o “en contra de la voluntad” (Art. 197 bis); expresiones que se pueden considerar sinónimas de la falta de consentimiento⁶.

Como se ha dicho con anterioridad, el consentimiento no es una figura desconocida en nuestro ordenamiento, y dependiendo de la rama del derecho donde se utilice este tiene un contenido u otro —y unos vicios u otros— para entenderlo como válidamente prestado.

Así en el Código civil, como veíamos *supra*, se establece como vicios del consentimiento,

⁴ Sobre este consentimiento es de interés VEGAS AGUILAR, JUAN CARLOS (2018), *La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (El consentimiento como un elemento más hacia la reeducación y la reinserción del penado)*. Tirant lo Blanch.

⁵ PALACIOS GARCÍA, MARÍA, ÁNGELES. & LIZ-RIVAS, LENNY. (2022) El hostigamiento o delito de “stalking” en el trabajo. en Cuadernos de psicobiología de la agresión: educación y prevención. Universidad Complutense de Madrid. ISSN: 2695-9097. Dykinson. pp. 91-102.

⁶ La doctrina penal ha debatido sobre la naturaleza jurídica del consentimiento, surgiendo posiciones que sostienen el consentimiento como causa de justificación o, la opuesta, que lo concibe siempre como causa de atipicidad. También hay concepciones intermedias o diferenciadoras, hoy mayoritarias, que distinguen consentimiento excluyente de la tipicidad y consentimiento excluyente de la antijuridicidad o

justificante. Sobre las diferentes líneas respecto al consentimiento es de interés LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL (2016), *Lecciones de derecho penal. parte general 3ª edición ampliada y revisada*. Tirant lo Blanch, Págs. 376-382. El citado autor defiende la concepción del consentimiento desde una triple vertiente. Así, lo considera como “excluyente de entrada de la tipicidad o simplemente justificante” y, además, puede ser una “causa de exclusión sólo de la tipicidad penal”, en *ibidem*, Págs. 380-382; CHANG KCOMT, ROMY (2020), *El consentimiento en el derecho penal: análisis dogmático*. Tirant lo Blanch, Págs. 195-259; ÍÑIGO CORROZA, ELENA (2022), “El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 75, Fasc/Mes 1, págs. 167-203; MACHADO RODRÍGUEZ, CAMILO IVÁN (2012), “El Consentimiento En Materia Penal (The Consent in Criminal Matter)”, en *Derecho penal y criminología*, 33(95).

convirtiéndolo en nulo, el error, la violencia, la intimidación o el dolo (Art. 1265 CC).

Por el contrario, y siguiendo a COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, el contenido y los vicios del consentimiento en el Derecho penal "ha de ser apreciada con criterios propios del Derecho penal"⁷. Vamos a analizar este contenido y sus vicios, así como la manera de aplicación de los mismos por los juzgados y tribunales.

3. Contenido del consentimiento penal fijado para los delitos contra la libertad sexual

Como ya hemos señalado, el consentimiento forma parte de muchos tipos penales previstos en nuestro Código penal. Además, en varios preceptos de dicho cuerpo legal, podemos encontrar preceptos que establecen los requisitos para que dicho consentimiento tenga plena validez.

Así, el artículo 155 señala que en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento *válida, libre, espontánea y expresamente emitido* del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.

En el segundo párrafo del citado precepto se establece que no será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

De este modo, para rebajar la pena del delito de lesiones el consentimiento debe de

otorgarse válida, libre, espontánea y expresamente; de lo contrario no surtirá los efectos que se señalan. Además, en estos casos no es válido el consentimiento emitido por un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección⁸.

Aquí el consentimiento, en palabras de ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, "autoriza al sujeto a realizar un comportamiento que tiene relevancia penal, de manera que opera como un permiso fuerte (por estar enraizado en el número 7º del art. 20)"⁹.

Así, siguiendo con estos autores, "hay un cierto conflicto entre la tutela del bien jurídico, que el ordenamiento punitivo establece, y la libertad de decisión del titular del bien que renuncia a él, que se salda, cuando puede hacerse, otorgando prioridad a la autonomía de la voluntad del sujeto"¹⁰.

Sin embargo, el consentimiento regulado en el artículo 178 del Código penal, en su redacción dada en virtud de Ley Orgánica 10/2022, supone una causa de exclusión de la tipicidad dado que el titular del bien jurídico –libertad sexual– tiene plena disposición del mismo.

Es decir, un acto sexual consentido válidamente no tiene, en modo alguno, transcendencia penal¹¹. En el presente trabajo se va a considerar el consentimiento sexual, precisamente, como una causa de la exclusión de la tipicidad¹².

⁷ COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS (1999), *Derecho Penal. Parte General, 5ª Edición*. Pág. 497.

⁸ Aquí el legislador considera que los menores de edad no tienen capacidad para consentir, a diferencia de lo ocurre, por ejemplo, en el Derecho civil, donde los menores tienen capacidad para consentir para el perfeccionamiento de algunos contratos.

⁹ ORTS BERENGUER, ENRIQUE y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L (2023), *Compendio de derecho penal, parte general, 10ª Edición*. Tirant lo Blanch, Pág. 434.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ En este sentido se pronuncia, entre otros autores, COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS, *Derecho Penal. Parte General, 5ª Edición, op. cit.* Pág. 491; ORTS BERENGUER, ENRIQUE y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L, *Compendio de derecho penal, parte general, op. cit.* Pág. 434 o DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO (2018), "El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción", Pág. 187 en PATRICIA FARALDO CABANA, PATRICIA y ACALE SÁNCHEZ, MARÍA (Directoras) *LA MANADA. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Tirant lo Blanch.

¹² Nos parece muy interesante la definición de consentimiento que da la profesora ÍÑIGO CORROZA,

Así, la cuestión se debe centrar en qué entendemos por consentimiento válido. Para ello deberemos ir, en primer lugar, a la definición de consentimiento que prevé el propio artículo 178 del Código penal, a saber, “cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”.

En palabras de MUÑOZ CONDE, al respecto de esta definición, “El problema de determinar si una relación sexual fue o no consentida no se resuelve con definiciones legales más o menos ingeniosas, sino por el tribunal sentenciador tras una ponderada, racional y fundada valoración de los elementos probatorios concurrentes en cada caso”¹³.

Así, de la interpretación gramatical de este concepto se desprende que se deberá atender a los actos llevados a cabo por los sujetos para determinar si eran fruto del uso libre de su autonomía de la voluntad. Para ello se hace necesario examinar y evaluar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

Es decir, que los órganos judiciales deberán analizar cada supuesto que llegue a su conocimiento y determinar si se expresó, o no, de manera clara la voluntad de la persona; en

tanto en cuanto elemento generado en el fuero interno de los individuos, en su psique, lugar donde puede permanecer oculto para terceros¹⁴.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de enero de 2023¹⁵, señala que “siempre era necesaria la concurrencia de esa ausencia de consentimiento que impregna el título que abraza estos delitos pues lo son contra la libertad sexual, que se basan naturalmente en la inexistencia de consentimiento en la prestación del mismo para llevar a cabo acciones con contenido sexual”.

Así, continúa la resolución, “La fórmula que utiliza el legislador es, pues, una fórmula abierta, y que ya se tomaba en consideración, en términos similares, jurisprudencialmente, para entender concurrente el consentimiento”.

De este modo, sostiene el Alto Tribunal que el modelo utilizado por el legislador¹⁶ descansa en actos, y “por actos, se han de entender todo tipo de manifestaciones de la persona que va a consentir, sea verbales o no, gestuales o situacionales, pero han de ser tomados como explícitos.

De modo que el consentimiento se construye como positivo y concluyente, ha de ser libremente prestado (implícitamente, no

entendiéndolo “como la manifestación externa de la aceptación o habilitación por parte del titular del bien jurídico a un tercero para intervenir sobre el bien jurídico del que es titular” en ÍÑIGO CORROZA, ELENA, “El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente” *op. cit.* pág. 172.

¹³ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (2023), *Derecho Penal. Parte Especial*, 25ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 y 4/2023. Tirant lo Blanch, Pág. 238.

¹⁴ Sobre el consentimiento la Circular 1/2023, de 29 de marzo, *sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre*, señala que “El consentimiento se genera en el fuero interno de los individuos, en su psique, lugar donde puede permanecer oculto para terceros. Su

existencia, al igual que el dolo, no es susceptible de ser aprehendida de forma objetiva, pudiendo elaborarse hipótesis razonables acerca de su concurrencia a la vista de los indicios recabados. De ahí que sean concebibles supuestos en los que concurre el consentimiento a pesar de no existir una exteriorización del mismo. En definitiva, es necesario distinguir entre la existencia del consentimiento y la forma en la que este se expresa o manifiesta externamente” en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-8697.

¹⁵ Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar.

¹⁶ “Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”

viciado), y aunque no se resuelve el consentimiento para acto concreto, como sería lo deseable, la mención 'la voluntad de la persona', pudiera servir a dichos efectos".

Así, la citada resolución sostiene que:

"siempre se partió —y ahora también— de una inferencia: el Tribunal sentenciador extrae 'en atención a las circunstancias del caso', la existencia o no de consentimiento conforme a los elementos probatorios que 'expresen de manera clara la voluntad de la persona'.

En consecuencia, el Tribunal sentenciador debe extraer de los elementos probatorios, si concurre en el caso enjuiciado consentimiento, o ausencia del mismo, que es uno de los elementos del tipo".

Por consiguiente, el tribunal deberá analizar si concurren o no los elementos que determinen la validez, o no, del consentimiento como elemento del tipo delictivo de las agresiones sexuales¹⁷.

El presente estudio se va a centrar en los siguientes elementos fundamentales del contenido del consentimiento, a saber¹⁸:

- La titularidad del bien jurídico protegido;

- La capacidad para consentir válidamente;
- El Momento del consentimiento sexual;
- La revocación del consentimiento sexual
- Y la forma en la que debe otorgarse el consentimiento sexual.

3.1. Titularidad del bien jurídico protegido

Partiendo de la base de que el consentimiento debe emitirse libremente, libre de vicios¹⁹. El primero de los requisitos que deben concurrir para la validez del mismo, parece lógico pensar, que es la titularidad del bien jurídico. Así, la única persona legitimada para consentir debe ser, precisamente, el titular del bien jurídico afectado, en este caso el titular de la libertad sexual.

Según afirman COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, "el consentimiento justificante solamente puede desplegar sus efectos en el ámbito de los delitos contra los particulares. Pero, para que pueda otorgarle virtualidad, es inexorable que el bien jurídico lesionado o puesto en peligro sea, por su naturaleza, disponible o renunciable"²⁰.

En efecto, el consentimiento no debería tener efectos si el bien jurídico es indisponible —como la vida— o es un bien jurídico colectivo —medio ambiente— donde el

¹⁷ Sobre la determinación en el caso concreto e la existencia o no de agresión sexual es de interés, sin ánimo de exhaustividad, CAMPANER MUÑOZ, JAIME (2022), "El consentimiento sexual como eje de la Reforma Penal: pura logomaquia (un enfoque procesal contrario a las últimas iniciativas legislativas)", en *Revista de derecho y proceso penal*, (65), 113-134; GONZÁLEZ CHINCHILLA, MANUEL (2022), "La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre: el «nuevo» consentimiento sexual, desde la perspectiva de la eficacia probatoria en el proceso penal" en *Diario La Ley*, (10154), 1; MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUÍS (2022), "El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual" en *Diario La Ley*, (10143), 1.

¹⁸ Sobre los requisitos del consentimiento también se debe señalar que hay dos posturas, una primera que

entienden que ben ser los mismos que los fijados para la teoría general del negocio jurídico y en la de los contratos en el Derecho civil, hoy minoritaria, y otra que considera que esos requisitos debes ser autónomos, tesis que es la predominante en la actualidad. Al respecto ver LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Lecciones de derecho penal. parte general 3ª edición ampliada y revisada*, op. cit. Págs. 382-383.

¹⁹ Los vicios del consentimiento sexual serán tratados en un epígrafe específico *infra*.

²⁰ COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS, *Derecho Penal. Parte General, 5ª Edición*, op. cit. Pág. 493.

sujeto no puede disponer libremente del mismo.

Por consiguiente, el bien debe ser individual y disponible, como sí lo es la libertad sexual que es la que nos ocupa en este trabajo.

En este punto podemos encontrar un problema complicado de resolver de forma genérica, nos estamos refiriendo a que el titular del bien disponible debe tener, además, capacidad para consentir. Este sería el segundo requisito al que debemos atender para la validez del consentimiento.

3.2. La capacidad para consentir válidamente

Dejando de lado los estados de inconsciencia, que como veremos *infra* estarían enmarcados dentro de los vicios del consentimiento, se plantea si es válido el consentimiento de aquellas personas que no tengan plena capacidad jurídica y/o cuenten con medidas de apoyo para el ejercicio de dicha capacidad²¹.

En el asunto que se nos plantea el propio Código penal establece que los menores de 16 años no tienen capacidad para otorgar consentimiento sexual, salvo que se trate de relaciones con “una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica” (Art. 183 bis CP).

De este modo, solo será válido el consentimiento del menor de 16 años cuando mantenga relaciones sexuales con una persona próxima al mismo en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, con lo que el legislador destipifica este tipo de relaciones, cada vez más frecuentes, salvo que concurren violencia²², intimidación o abuso de una situación de superioridad o de

vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

Pero qué ocurre con las personas mayores de 16 años que no tienen plena capacidad jurídica o estén bajo el amparo de medidas de apoyo a personas con discapacidad.

En este sentido el artículo 178.2 del Código penal considera, en todo caso, agresión sexual abusar de la “situación mental” de la víctima. Es decir, la agresión se producirá cuando se *abuse* de dicha situación.

Sobre este particular el artículo 25 de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* establece que los Estados Partes “Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población”, con lo que se está reconociendo que las personas con discapacidad tienen intactos sus derechos sexuales y reproductivos.

Sin embargo, dependiendo del grado de discapacidad el consentimiento deberá tener validez o no.

En este sentido CAMPO MON y MARTÍNEZ LÓPEZ señalan que “El nivel de gravedad de la discapacidad intelectual marca la vida sexual de las personas afectadas”²³.

Estos autores sostienen que “la educación sexual se puede llevar a cabo con las personas

²¹ Es de interés, sin ánimo de ser exhaustivos, CHANG KCOMT, ROMY, *El consentimiento en el derecho penal: análisis dogmático*, op. cit. Págs. 269-281.

²² DELGADO-MORÁN, JUAN. JOSÉ y LIZ-RIVAS, LENNY. (2022) Derecho penal y violencia de género en España. Algunas cuestiones a considerar. Revista de Direito Brasileira. Florianópolis, SC, v. 32.n. 12. p.330-343.

2022.<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2022.v32i12.8560>

²³ CAMPO MON, MARI ÁNGEL y MARTÍNEZ LÓPEZ, VERÓNICA (2023) “La sexualidad y la afectividad en la discapacidad intelectual desde un punto de vista psicológico” en GONZÁLEZ TASCÓN, MARÍA MARTA (Coord.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual*. Tirant lo Blanch, pág. 42.

con discapacidad intelectual leve y moderada, asegurando su buen uso y disfrute”²⁴.

En estos casos es posible que la persona discapacitada pueda dar su consentimiento válido para la realización de prácticas sexuales. Aunque también nos podemos plantear si es posible que el consentimiento se otorgue por la persona que la representa legalmente.

En palabras de GONZÁLEZ TASCÓN, con las que estamos de acuerdo, “La naturaleza personalísima del derecho a la realización de actos con un tercero nos haría descartar en principio la representatividad en relación con los mismos, de forma que no sería admisible el reconocimiento de validez jurídica al consentimiento expresado al respecto por el representante de la persona con discapacidad cuya voluntad, deseos y preferencias no han sido susceptibles de determinación”²⁵.

Sin embargo, continúa esta autora, “La contemplación moderna del desarrollo sexual como un componente del bienestar personal podría vislumbrar, sin embargo, alguna situación en la que se suscitase si el consentimiento expresado por el representante pudiera ser acorde a derecho cuando la realización de esos actos contribuye precisamente al bienestar de la persona (pensemos, por ejemplo, en la contratación de servicios sexuales para la persona que carece de la capacidad para formar una voluntad propia por parte de su representante legal con el fin de que reciba placer sexual)”.

El problema, y seguimos coincidiendo con GONZÁLEZ TASCÓN, se trata de una cuestión controvertida, “dado que la libertad sexual comprende también el derecho a no realizar actos sexuales”, y en este último supuesto apuntado, el representante no puede conocer

con completa certeza los deseos de la persona a la que representa.

En estos casos el artículo 249 del Código civil, en su redacción dada en virtud de Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, prevé que “En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”.

De este modo afirma GONZÁLEZ TASCÓN, “salvo que la persona se haya ocupado de manifestar cómo desea que sea su vida sexual si llega el caso de que desarrolle una discapacidad que la impida manifestarse al respecto, la resolución del problema penal que pudiera suscitarse deberá encontrarse, a nuestro juicio, al margen del elemento de la tipicidad”²⁶.

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 6 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, cuyo tenor literal establece lo siguiente:

“1. El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones.

²⁴ *Ibidem*, Pág. 44. Sobre las diferentes clasificaciones de la discapacidad intelectual es de interés, *Ibidem*, Págs. 42-44.

²⁵ GONZÁLEZ TASCÓN, MARÍA MARTA (2023), “El consentimiento de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual a la

realización de actos sexuales con terceros” en GONZÁLEZ TASCÓN, MARÍA MARTA (Coord.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual*, *op. cit.* pág. 142.

²⁶ *Ibidem*.

2. Las personas con discapacidad tienen derecho a la libre toma de decisiones, para lo cual la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles”.

Por consiguiente, en todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones.

El Tribunal Supremo, aplicando el artículo anteriormente citado, señala, en su sentencia de 15 de junio de 2022²⁷, que el derecho a decidir de las personas con discapacidad en la esfera sexual es una dimensión inseparable de la propia dignidad de las personas.

Así, “lo que se exige es de discernir si el contacto sexual mantenido por una persona con discapacidad psíquica deriva de su propia determinación o si, por el contrario, sólo encuentra explicación en la prevalencia abusiva del acusado que, conocedor de esas limitaciones, logró hacer realidad el encuentro que le permitió satisfacer sus apetencias sexuales”.

De este modo, continúa la resolución, “para que exista el abuso sexual, el déficit intelecto-volitivo de la víctima debe de proyectarse necesariamente sobre la significación del acto sexual y sobre la capacidad de decidir del sujeto, con independencia de cuáles sean las motivaciones últimas que le lleven a mantener la relación”.

Por consiguiente, afirma el Alto Tribunal que esta doctrina “deriva de la voluntad del legislador de buscar un equilibrio entre dos

situaciones extremas que son igualmente rechazables: que un persona con déficit cognitivo no pueda tener jamás relaciones sexuales con personas normalmente imputables, ya que de hacerlo serían responsables de un delito de abuso sexual, y que las personas responsables no puedan aprovecharse impunemente de la singularidad psíquica de la víctima con olvido de la protección que tales personas merecen para que puedan ejercer su actividad sexual con un profundo respeto a su personalidad”.

Asimismo, siguiendo con esta jurisprudencia, “contar con una madurez sexual básica no significa que se desconozca el alcance sexual de los actos. Para la validez del consentimiento sexual la ley penal no exige de un profundo conocimiento de la sexualidad, sino de un conocimiento básico (STS 542/2007, de 11 de junio).

Y resulta evidente también que, en una sociedad libre y respetuosa con los derechos del individuo, la sexualidad de cada sujeto no tiene que estar regida por determinados estándares morales²⁸ vinculados a aspectos como el amor, la descendencia o la monogamia, por referencia a los más habituales, sino que cada sujeto conduce tal faceta de su personalidad de un modo soberano en el ejercicio de su autodeterminación sexual”.

Así, y a modo de resumen, las personas con discapacidad pueden disfrutar de una plena libertad sexual salvo que el grado de discapacidad que padezcan se lo impida o, en su caso, el agresor se aproveche de dicha situación para satisfacer su propio deseo sexual.

En este sentido LUZÓN PEÑA afirma que “En el consentimiento fáctico excluyente sólo de la tipicidad penal no hace falta plena capacidad de obrar y varía según los tipos el grado de madurez y capacidad de

²⁷ Ponente: Pablo Llarena Conde.

²⁸ Batista Cordova, Reinaldo. (2023). «La Violencia Y La Sexualidad: Aproximación a Un fenómeno

histórico». *Cuadernos De RES PUBLICA En Derecho Y criminología*, n.º 2 (junio):33-41. <https://doi.org/10.46661/respublica.8049>.

comprensión requeridos en el sujeto que consiente”²⁹.

Vista la capacidad de consentir, deberemos analizar el momento y la posibilidad de revocación del consentimiento sexual.

3.3. Momento y revocación del consentimiento sexual

El momento de cuándo se presta el consentimiento también es relevante para considerarlo válido. Así, se entiende que su plena eficacia se alcanza cuando se manifiesta con anterioridad a la realización de la acción. Es decir, cuando antecede al encuentro de naturaleza sexual.

Una cuestión controvertida es qué ocurre si el consentimiento se manifiesta una vez consumado el hecho que atente contra la libertad sexual.

Sobre este respecto LUZÓN PEÑA afirma que “Un consentimiento posterior del sujeto pasivo, es decir una ratificación, es irrelevante, porque equivale al perdón, que como es sabido es irrelevante en la mayoría de los delitos, donde prima el interés público en la persecución penal, salvo en los delitos privados (perseguidos sólo mediante querrela: injurias y calumnias) o algunos semiprivados (perseguidos sólo mediante denuncia del ofendido)”³⁰.

En el caso que nos ocupa, los delitos contra la libertad sexual, en virtud del artículo 191 del Código penal, solo son perseguibles previa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia —Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una

persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal—.

De este modo puede ocurrir que la víctima no denuncie, lo que se podría considerar como un consentimiento a posterior, en palabras de LUZÓN PEÑA “el perdón no es una eximente que haga desaparecer el delito, sino una causa de extinción a posteriori de la responsabilidad criminal”³¹.

Ahora bien, si la víctima denuncia y posteriormente perdona a su ofensor —lo que también podríamos considerar como un consentimiento posterior— no tiene efectos de perdón según el propio tenor literal del artículo 191 anteriormente citado: “En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase”.

Sin embargo, ese consentimiento posterior sí podría suponer la absolución del sujeto denunciado al desaparecer uno de los criterios que establece en Tribunal Supremo para entender la declaración de la víctima como prueba de cargo, como es la persistencia en la incriminación.

Sobre este extremo es de interés la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2023³² que conoce de un supuesto en el que una víctima menor de edad es agredida sexualmente por su tío. La chica, en el transcurso del procedimiento se persona ante el Letrado de la Administración de Justicia negando la existencia de dicha agresión. Ese cambio de versión fue utilizado por la defensa del acusado para poner en duda la declaración de la víctima. El Alto Tribunal desestimó esa alegación con los argumentos siguientes:

“La principal censura que se hace de la declaración de la menor es su falta de persistencia. Es cierto que

²⁹ LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Lecciones de derecho penal. parte general 3ª edición ampliada y revisada, op. cit.* Pág. 385.

³⁰ *Ibidem*, 391. En este sentido del consentimiento posterior equivalente al perdón también se pronuncia PÉREZ HERNÁNDEZ, YOLINLIZTLI, (2016),

“Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género” en *Revista mexicana de sociología*, 78(4), Pág. 749.

³¹ *Ibidem*.

³² Ponente: Eduardo De Porres Ortiz De Urbina.

venimos reiterando que una de las notas para valorar la credibilidad de un testimonio es la persistencia, el mantenimiento de una misma versión a lo largo de todo el proceso y en este caso no puede desconocerse que la menor, después de haber declarado en dos ocasiones, compareció en el Juzgado ante el Letrado de la Administración de Justicia, cambió su inicial versión, negando la existencia de agresión sexual y afirmando que ‘desde la fecha en que declaró, el día 11 de diciembre de 2014, hasta el día de hoy, se ha dado cuenta de la gravedad de los hechos denunciados; que en su declaración se inventó que se trataba de una violación cuando en realidad los hechos sucedieron con su consentimiento; que todo fue tal y como lo contó; que el denunciado se masturbó delante del declarante y cuando se lanzó ella le siguió la corriente; que mintió porque tenía miedo a la reacción de su madre, pero que se ha dado cuenta que no puede seguir con la mentira y que tenía que decir la verdad’.

Sin embargo, como señala la sentencia de instancia, esa manifestación no es suficiente para afirmar la falta de persistencia de la víctima, dado que fue realizada sin intervención judicial y de las partes y sin que se exigiera a la menor una explicación de las razones de su cambio de criterio. El simple cambio de versión, sin mayores explicaciones, no es motivo que invalide la declaración que posteriormente pueda prestarse en el acto del juicio.

No es infrecuente que en esta clase de delitos se produzcan retractaciones en el contexto de arreglos familiares lo que si bien, es

un dato que considerar, no es razón suficiente para invalidar la declaración que se preste en el juicio, máxime si la retractación la realiza una menor y se produce sin cumplir las formalidades propias de toda declaración judicial. Habrá de estarse a las circunstancias de cada caso ya que, según hemos expuesto, los tres presupuestos que generalmente se analizan para valorar la credibilidad de un testimonio no operan como requisitos necesarios, sino como parámetros orientativos, alguno de los cuales puede faltar o no cumplirse de forma absoluta, a pesar de lo cual la declaración de la víctima puede ser valorada como creíble.

En este caso la testigo compareció en el juicio y declaró, en consonancia con sus primeras declaraciones, que fue víctima de una agresión sexual y ese testimonio ha resultado creíble porque se ha visto reforzado por distintas pruebas”.

Según esta jurisprudencia, el perdón o retractación de la víctima sí podría suponer una falta de persistencia en la incriminación, siempre que dicha retractación tenga la solidez suficiente como para que el tribunal no considere que se debe a presiones familiares o cualquier otro vicio que afecte a la libre configuración de la voluntad de la víctima.

También es posible que se dé el supuesto de que el sujeto pasivo preste su consentimiento después de haberse iniciado el acto que atente contra la libertad sexual, pero antes de que llegue a consumarse el delito.

Según señala CHANG KCOMT “los casos en los que el autor hubiera realizado la acción sin saber de la existencia del consentimiento ya brindado por parte del titular del bien jurídico serán reconducidos a un supuesto de tentativa inidónea”³³.

³³ CHANG KCOMT, ROMY, *El consentimiento en el derecho penal: análisis dogmático*, op. cit. Págs. 263-264.

Como podemos comprobar, y a modo de resumen, el momento en el que se emita el consentimiento y en el que el sujeto activo tenga conocimiento del mismo puede acarrear distintas consecuencias judiciales que no vamos a reiterar.

En otro orden de cosas, debemos apuntar que el consentimiento puede ser revocado en cualquier momento; lo que supondría que una relación o acto con naturaleza sexual consentida se convierta, a partir de la revocación del consentimiento, en un delito de agresión sexual.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de enero de 2023³⁴ al señalar que:

“no suponer en modo alguno un consentimiento puntual una interpretación extensiva que pueda admitirse un consentimiento posterior por existir uno anterior con otra, e incluso con la misma persona.

11.- No existe una especie de perpetuación en el consentimiento de una mujer para realizar actos sexuales, como si fuera una especie de "cheque en blanco" para realizar un acto sexual que la mujer lo haya hecho antes con esa persona, o con otra. El consentimiento para el acto sexual es renovable para cada acto sexual”.

Así, el consentimiento sexual se debe entender como una autorización específica que afecta a cada acto de naturaleza sexual que se realiza pudiendo, como se dijo *supra*, revocarse en cualquier momento sin que el otro sujeto tenga derecho a continuar con la relación sexual de forma unilateral o, en su caso, limitarse a unas prácticas sexuales determinadas y no a otras.

De este modo, el consentimiento sexual es “único y con respecto a un momento en

concreto, así como con relación a una persona”, sin que sea posible extenderlo a otros sujetos —salvo que así se consienta—, es decir, “El consentimiento para el acto sexual es renovable para cada acto sexual”.

Para ello, la revocación debe ser expresa y conocida por el sujeto activo, de lo contrario estaríamos ante un supuesto de error de tipo.

En este sentido LUZÓN PEÑA afirma que “Obviamente el consentimiento del sujeto pasivo puede ser libremente revocado por éste antes de la realización completa del hecho, en cuyo caso desaparece el consentimiento y por tanto la eximente si pese a ello el autor persiste en realizar el hecho; aunque ciertamente en tal caso podría haber un error de tipo en el agente, creyendo que persiste el consentimiento, o error de prohibición si creyera que la revocación no es válida”³⁵.

Sobre este respecto la Circular 1/2023 indica que “el consentimiento, por lo general, no se presta de un modo absoluto e ilimitado, sino que admite graduaciones, puede aparecer condicionado a las más variadas circunstancias y, desde luego, es revocable sin excepción. Quien recibe el consentimiento para realizar un acto de carácter sexual queda vinculado por los términos en los que le ha sido otorgado y no se encuentra autorizado para exceder los márgenes consensuados”.

De este modo, el consentimiento debe ser continuado durante toda la relación y limitado a lo que cada persona le apetezca en cada momento.

4. Forma del consentimiento sexual

El eslogan con el que se ha dado a conocer la norma objeto de estudio, Ley del *solo sí es sí*, puede llevar a engaño al entender que el único consentimiento válido es el expreso. Sin embargo, de la definición de consentimiento contenida en el artículo 178 del Código penal,

³⁴ Ponente: Vicente Magro Servet.

³⁵ LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Lecciones de derecho penal. parte general 3ª edición ampliada y revisada, op. cit.* Pág. 392.

el consentimiento sexual puede ser expreso o tácito, al entenderse una manifestación libre “mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”.

Según afirma CASTELLVÍ MONSERRAT, una interpretación posible del concepto de consentimiento podría ser que “el delito de agresión sexual no requiere la ausencia de consentimiento, sino la ausencia de una manifestación (clara) de dicho consentimiento”³⁶.

Nos parece una apreciación muy acertada, ya que la expresión “clara” del consentimiento puede manifestarse mediante una actitud pasiva que no haga pensar su rechazo a dicho acto sexual —siempre, claro está, que dicha actitud pasiva no sea consecuencia de un vicio en el consentimiento que trataremos en el epígrafe siguiente—.

El autor citado propone una nueva redacción del artículo 178.1 que nos parece interesante, a saber: “Será castigado (...) el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin que haya manifestado (claramente) su consentimiento”³⁷.

Según el autor, esta nueva redacción “comportaría dos consecuencias”, una “afectaría a los supuestos en que alguien consiente internamente el acto sexual, pero no lo manifiesta en modo alguno; así, por ejemplo, quien ‘roba un beso’ a una desconocida que, pese a no haber dado ninguna muestra de ello, deseaba secretamente recibirlo”³⁸.

La segunda consecuencia, según el mencionado autor, supone “que el tipo de

agresiones sexuales no exigiría la ausencia de consentimiento, sino la ausencia de una manifestación (clara) de dicho consentimiento, el dolo del autor no debería ir referido a la ausencia de consentimiento, sino a la ausencia de una manifestación (clara) de dicho consentimiento”³⁹.

De este modo, el consentimiento tácito debe ser entendido como válido en este tipo delictivo, siempre que sea colegido de una manifestación libre mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

Sobre la validez del consentimiento tácito se pronuncian COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN⁴⁰ al afirmar que “el consentimiento puede ser expreso o presunto”. Según los citados autores, “la diferencia entre ambas especies es considerable: sólo la primera representa un consentimiento real y efectivo, mientras que la segunda es, más bien, una ficción que opera sin que exista un auténtico consentimiento del ofendido”⁴¹.

Así, continuando con lo que afirman COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN “El consentimiento presunto supone la realización de un juicio hipotético acerca de lo que el titular del bien jurídico hubiera hecho si poseyese un conocimiento adecuado de la situación”⁴².

El consentimiento sexual tácito es algo intrínseco de las relaciones sexuales, ya que en la gran mayoría de los casos las personas que intervienen en dicha relación no emiten de forma expresa su consentimiento, sino que se infiere de su comportamiento —actos— ni, mucho menos, se firma un documento en el que se expresa dicho consentimiento.

³⁶ CASTELLVÍ MONSERRAT, CARLOS (2023), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en *Manual de derecho penal. parte especial (Adaptado a las LLOO 1/2019, 2/2019, 2/2023, 3/2023 y 4/2023 de Reforma del Código Penal). Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. TOMO 1*. Tirant lo Blanch, Pág. 285.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ VIVES ANTÓN, TOMÁS, *Derecho Penal. Parte General, 5ª Edición, op. cit.* Pág. 498.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*, Pág. 499.

Por consiguiente, no es descabellado sostener que el consentimiento tácito es plenamente válido en una relación sexual.

En este sentido ÁLVAREZ GARCÍA afirma que “en materia de relaciones sexuales el consentimiento, a veces, se presenta confundido con otra manifestación de voluntad como pudiera ser una invitación, entendida, o no, como iniciativa (que a veces se concreta en una simple mirada); o puede tener el significado de implicarse en la creación de un clímax de carácter, precisamente, sexual, pero en muchas ocasiones de muy difícil delimitación. Pero, en todo caso, las formas de manifestar el consenso para el mantenimiento de relaciones de posible significado sexual, es muy variado: miradas, gestos, elevación del mentón, mohines, movimientos de manos o pies, corporales, orales (con una diversidad de formas de manifestación), por supuesto escritas (correos electrónicos, WhatsApp, SMS, escritura convencional en las superficies más variadas), y un largo etcétera”⁴³.

Esta interpretación es la que se contiene en la Circular 1/2023, citada *supra*, al señalar que:

“En consecuencia, para valorar la concurrencia del consentimiento del sujeto pasivo de la acción la cláusula del inciso segundo del art. 178.1 CP demanda verificar que el responsable del delito no ha explorado la voluntad de aquel previamente y de un modo diligente. Por consiguiente, deben considerarse no consentidos aquellos actos de carácter sexual realizados por quien, a pesar de no obtener previamente indicios objetivamente razonables del consentimiento de la otra persona, actúa de todos modos, pretendiendo comprobar a través de la reacción suscitada de contrario (de la conformidad u oposición que

despierta) si existe o no el consentimiento.

Se impone así un deber de diligencia que exige explorar de un modo responsable el consentimiento de la otra parte antes de ejecutar sobre ella actos con significación sexual. Esta indagación se dirige a contrastar, por tanto, la existencia o inexistencia de consentimiento. Debe recordarse, asimismo, que nos encontramos ante modalidades delictivas que admiten el dolo eventual”.

El Tribunal Supremo señala en este sentido que “La perspectiva subjetiva de la creencia de que existe consentimiento no puede reforzarse ni admitirse, sino en virtud de la clara voluntad, que puede ser expresa o tácita, de la mujer atendidas las circunstancias del caso. No se exige una expresividad manifestada exteriormente, ya que el texto penal permite una aceptación atendidas las circunstancias del caso”⁴⁴.

Así, continúa la resolución mencionada, “El consentimiento no puede entenderse nunca como presunto, porque el consentimiento nunca se puede presumir, sino que se traslada a la víctima su decisión y expresión de alguna manera atendidas las circunstancias del caso que quede reflejado para que, sin lugar a dudas, el hombre conozca con claridad la expresión inequívoca del consentimiento de la mujer para la realización de actos sexuales”. Con lo que diferencia el significado de consentimiento presunto y tácito.

Sobre este respecto el alto Tribunal también ha afirmado que “Si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que ‘no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer’, sino a preguntar si desea tener relaciones

⁴³ ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER (2022), “La libertad sexual en peligro” en IGLESIAS CANLE, INÉS C. y BRAVO BOSCH, MARÍA JOSÉ, (Dirás.), *Libertad sexual y violencia sexual*. Tirant lo Blanch, Págs. 307-308.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2023, Ponente: Vicente Magro Servet.

sexuales y no forzarle directamente a tenerlas”⁴⁵.

De este modo, aunque se admita como válido el consentimiento tácito, se deben interpretar dicho consentimiento como actos que demuestren la intención de la otra parte de mantener relaciones sexuales, y no interpretar el silencio como una autorización para llevar a cabo dichos actos.

En palabras de la citada resolución:

“5.- Las interpretaciones subjetivas del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de ésta última.

6.- No puede alegarse como excusa para tener acceso sexual de que es la víctima la que lo provoca por su forma de vestir o actuar. Esto último no puede manifestarse como "consentimiento", ya que vestir o actuar no equivalen al consentimiento que se exige para dar viabilidad a una relación sexual "consentida", como ha reiterado esta Sala.

7.- No existe el consentimiento presunto entendido por el agresor a instancia de la interpretación subjetiva del autor por la forma que vista o actúe la mujer”.

Así, podemos encontrar supuesto en los que el sujeto activo entienda que hay consentimiento y, sin embargo, la otra parte no consintió. Sobre este respecto nos parecen interesantes las reflexiones de RAMOS VÁZQUEZ entiende que los problemas de una

“defectuosa comunicación en una determinada interacción en el ámbito sexual” entendida, según el autor como “aquella zona de penumbra en la que las ambigüedades son muchas o en las situaciones en las que los criterios parecen claros, pero la persona que, podría decirse, está consintiendo de acuerdo con ellos afirma que, de hecho, no ha consentido” pueden conducir al sujeto activo a un error en el consentimiento de la otra persona⁴⁶.

Este autor hace alusión a “situaciones en que existen criterios (existen actos, entendidos en las circunstancias del caso, que apuntan a un consentimiento), criterios que, insisto, no son el producto de concepciones unilaterales construidas desde el universo masculino sobre el significado del consentimiento, sino que puedan ser intersubjetivamente compartidos también por las mujeres, y, sin embargo, la víctima afirma (y nada hay que nos lleve a pensar que falsamente) que dicho consentimiento no existía.

De un lado, hay base para una aliadescrípción del consentimiento y, por otra, una manifestación de la víctima en sentido contrario. Ahí, en ese intersticio, es donde entra en juego el error, pues, por definición, toda buena base para afirmar el consentimiento es una buena base para sustentar una alegación de error si entendemos que aquel, efectivamente, no ha existido”⁴⁷.

Además, el consentimiento debe obtenerse sin estar viciado, ya que, de lo contrario, se deberá asimilar a la falta de consentimiento y, por lo tanto, estaremos ante una acción típica.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2022, Ponente: Vicente Magro Servet.

⁴⁶ RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO (2023), “Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de «solo sí es sí»” en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, (34), Pág. 247.

⁴⁷ *Ibidem*. Por supuesto, el autor habla de error, y estamos de acuerdo con él, cuando no nos encontramos en situaciones que “no son el producto de

concepciones unilaterales construidas desde el universo masculino sobre el significado del consentimiento” como entender “un «no» como algo distinto a lo que, incontrovertidamente, significa un «no», una negativa” o “penetrar a tu propia pareja mientras duerme sobre la base de una presunción de consentimiento”. Parece lógico pensar que en estas situaciones no hay error en consentimiento y, por consiguiente, deberán considerarse actos contra la libertad sexual.

Veamos cuáles son esos vicios en el consentimiento.

4.1. Vicios del consentimiento sexual

El artículo 178.2 del Código penal señala que “Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”.

De este modo, el legislador entiende que el consentimiento obtenido por medio de la violencia, la intimidación o el abuso de poder estará viciado y, por lo tanto, carente de validez.

Asimismo, no tendrá validez el consentimiento obtenido con abuso de la situación mental de la víctima —tema que ya hemos tratado anteriormente— y el consentimiento tácito emitido por la víctima con una voluntad anulada⁴⁸.

Estos vicios hacen que el consentimiento sea otorgado sin la libertad necesaria para que anule la tipicidad de la acción. Veamos cómo se aplica cada uno de ellos.

4.2. La violencia

La violencia se caracteriza por lo que la jurisprudencia entendía por “fuerza”⁴⁹, con las siguientes características, a saber:

“1) violencia equivale a fuerza física, a medios de acción material que se

proyectan y actúan sobre el cuerpo de la víctima; sin que haya de ser irresistible o de gravedad inusitada, pero sí suficiente, adecuada para el logro del fin perseguido; se mide, por tanto, por su idoneidad, por su eficacia, no por su cantidad;

2) ha de ponderarse atendiendo al conjunto de circunstancias que rodean al hecho, tanto las concernientes a los sujetos como las relativas al lugar, la ocasión, el entorno, etc..;

3) entre la violencia y la acción sexual ejecutada ha de haber una conexión causal, de modo tal que pueda afirmarse que la segunda se ha producido como consecuencia de haberse utilizado la primera; o que la violencia tiene un carácter funcional (ordenada de medio a fin);

4) y en cuanto a la resistencia de la víctima (que no es elemento del tipo, pero se recurre a ella como hecho indiciario) se ha convenido desde siempre en que no precisa ser desesperada; es bastante con que sea real, verdadera, que exteriorice de forma inequívoca la voluntad opuesta al contacto sexual; y no desaparece porque la víctima acepte lo inevitable para evitar males mayores, sin que haya de ser irresistible o de gravedad inusitada, pero sí suficiente, adecuada para el logro del fin perseguido”.⁵⁰

De este modo, el Tribunal Supremo considera violencia “el empleo de fuerza física, que equivale a acometimiento o imposición

⁴⁸ Hablamos de consentimiento tácito porque la víctima con la voluntad anulada difícilmente puede otorgar un consentimiento expreso que, por otro lado, eliminaría la tipicidad de la acción.

⁴⁹ LIZ-RIVAS, LENNY (2018). Algunas bases neurológicas sobre la violencia y la agresión, en ;“Conflictos y diplomacia, desarrollo y paz, globalización y medio ambiente “ coord. Por EMILIO JOSÉ GARCÍA MERCADER, CLAUDIO PAYÁ SANTOS; CÉSAR AUGUSTO

GINER ALEGRÍA (DIR.), JUAN JOSE DELGADO MORÁN (dir.), Thomson Reuters/Aranzadi, pp. 943-955.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 15 de junio de 2023. Ponente: Manuela Eslava Rodríguez. En el mismo sentido es de interés CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA (2023), “Delitos contra la libertad sexual (I): agresiones sexuales contra mayores de edad y cuestiones comunes” en GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUÍS, *Derecho Penal. Parte Especial*, 8ª Edición. Tirant lo Blanch, Págs. 238-239.

material, agresión más o menos intensa, o por medio de golpes, empujones, desgarros, abalanzamientos, sujeciones o comportamientos físicos análogos, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer o paralizar la voluntad de la víctima”⁵¹.

Además, la violencia utilizada por el sujeto activo debe ser suficiente o idónea “para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia autodeterminación”⁵²

En este sentido el Alto Tribunal señala que “la violencia no ha de ser de tal grado que presente caracteres de irresistible, invencible o de gravedad inusitada, sino que basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, que no es otro que la paralización o inhibición de la voluntad de la víctima, actuando en adecuada relación causal”⁵³.

Además, como señala CUERDA ARNAU, la violencia debe ser aplicada sobre el sujeto pasivo del delito, ya que si “se proyecta sobre otra persona, un hijo de la víctima, por ejemplo, con la amenaza de no cejar hasta tanto ésta no se avenga a la relación sexual exigida, no se estará ante una agresión sexual con violencia sino con intimidación en concurso con las lesiones causadas al tercero”⁵⁴.

Asimismo, la violencia puede ser empleada por un sujeto distinto al que comete la agresión sexual, siempre que el sujeto activo se aproveche de la misma para perpetrar el delito⁵⁵.

4.3. La intimidación

Otro de los vicios del consentimiento es la intimidación. La intimidación supone la

eliminación de la voluntad desde una perspectiva psicológica. Es decir, en lugar de utilizar una fuerza física se usa una fuerza psicológica a través de amenazas, ya sea de obra o de palabra, de causar al sujeto pasivo un mal.

En este sentido el Tribunal Supremo ha establecido que:

“la violación mediante procedimiento intimidatorio supone el empleo de cualquier forma de coacción, amenaza, amedrentamiento o uso de vis compulsiva, que compele a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos contrarrestadores de la ofendida, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva.

Supone por tanto un constreñimiento psicológico, o una amenaza de palabra u obra de causar un ‘daño injusto, posible, irreparable y presente que infunde miedo en el ánimo de la víctima produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega’”⁵⁶.

En palabras de CUERDA ARNAU la intimidación debe contar con los siguientes requisitos:

“a) es imprescindible que el sujeto pasivo esté intimidado; es decir, convencido de que pende sobre él un mal que puede hacerse realidad en cualquier momento;

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2023. Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar.

⁵² CÁMARA ARROYO, SERGIO (2023), “Delitos contra la libertad sexual” en SERRANO TÁRRAGA, M^{ra} DOLORES (Coord.), *Derecho penal. parte especial*. Tirant lo Blanch, Pág. 241.

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2019. Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

⁵⁴ CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA, “Delitos contra la libertad sexual (I): agresiones sexuales contra mayores de edad y cuestiones comunes”, *op. cit.* Pág. 239.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2023. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre.

b) lo normal es que lo esté por una amenaza, grave, seria, inmediata, de un mal injusto, efectuada por el autor o un cooperador de éste;

c) el constreñimiento psicológico en que la intimidación consiste suele manifestarse en forma de pasividad de la víctima, de modo que esa resignada anuencia a los deseos del agresor, nunca puede equivaler a la prestación del consentimiento;

d) al sujeto activo ha de constarle la intimidación del sujeto pasivo y ha de aprovecharla para tener con ella la acción sexual deseada;

f) la intimidación, el miedo, por lo general, ha de ser racional; esto es, fundado; mas, puede no serlo cuando el sujeto pasivo, por su extrema impresionabilidad o por estar sometido a una fuerte tensión, se atemoriza con facilidad —siempre que el temor sea profundo—, mientras el sujeto activo lo rentabilice para el comportamiento sexual;

g) entre la intimidación y el contacto sexual ha de darse una relación de causa a efecto, de tal modo que pueda afirmarse que el segundo no se hubiera producido faltando la primera; es decir, la primera ha de tener un carácter funcional o instrumental⁵⁷.

Asimismo, también podemos considerar como intimidación la ambiental⁵⁸, que supone la presencia de varios sujetos activos, o la denominada intimidación familiar que, en palabras del Alto Tribunal:

“la intimidación también puede ser generada -sobre todo en el ámbito familiar- mediante una paulatina y persistente coerción y amedrentamiento del sujeto pasivo que va minando progresivamente su capacidad de decidir libremente sobre la conducta sexual que se le requiere, hasta someterla a una sumisión absoluta, con nula capacidad de oponerse ante los males con que reiteradamente se le amenaza de no acceder a los deseos del sujeto activo. Es lo que se denomina un estado de intimidación permanente o una situación objetiva intimidante, susceptible de integrar el elemento intimidatorio que precisa el tipo penal de agresión sexual”⁵⁹.

De este modo para lógico colegir que la intimidación cuenta con un gran número de aristas, aunque como nota común deberemos decir que debe ser suficiente para anular la voluntad del sujeto pasivo, cuestión que habrá que demostrar en cada supuesto concreto.

4.4. El abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima

Para poder apreciar este vicio en el consentimiento de la víctima, el sujeto activo debe de ocupar una posición de superioridad respecto de aquella y, además, ha de aprovecharse de dicha posición para conseguir la relación sexual.

La situación de superioridad puede generarse por diversas causas como las derivadas de relaciones docentes, laborales, amistad, familiar, etc.

⁵⁷ CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA, “Delitos contra la libertad sexual (I): agresiones sexuales contra mayores de edad y cuestiones comunes”, *op. cit.* Págs. 239-240.

⁵⁸ La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2021, ponente: Leopoldo Puente Segura, señala que esta intimidación ambiental “surge allí donde, aun en ausencia de una admonición concreta inmediatamente anterior a la realización del acto sexual impuesto, el sujeto activo aprovecha con este fin, el temor, el

sojuzgamiento de su víctima, resultante de actos previos concluyentes y del conjunto de circunstancias que en el caso concurren, de modo tal que, conociendo que la misma no se halla en condiciones de prestar consentimiento libre, prevaleciendo de que se encuentra seriamente intimidada, le impone la realización de conductas de contenido sexual”.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008. Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo.

Por consiguiente, se deben dar dos circunstancias conjuntamente, a saber, la situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, y que el victimario se aproveche de esa situación para satisfacer su deseo sexual.

La primera situación es fácilmente demostrable, el problema es probar el aprovechamiento de la misma.

Según señala la Circular 1/2023, ya citada *supra*, sobre la situación de superioridad en el caso de menores de 18 años y mayores de 16, “la intensidad de la presión ejercida en estos casos revistiera menor entidad que la exigida en el abuso de superioridad del derogado art. 181.3 CP, sí se reconocía la presencia de una coerción que, aunque menor, revelaba la inexistencia de un consentimiento libremente prestado por la víctima”.

Así, para demostrar la existencia de una relación de superioridad entre mayores de edad, que anule el consentimiento, deberá precisar de la existencia de una coerción que, por su intensidad, revele la inexistencia de un consentimiento libremente prestado. Sin embargo, en el caso de menores de 18 años y mayores de 16, no se requiere de dicha relación de superioridad tenga ese grado de intensidad, con lo que su prueba será menos complicada.

En lo que respecta sobre el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima, ya ha sido tratado en el epígrafe sobre la capacidad para consentir. Simplemente recordar que para apreciar esta circunstancia el autor debe aprovecharse de ella, es decir, no se puede apreciar por el simple hecho de que exista la vulnerabilidad⁶⁰.

⁶⁰ Sobre la concurrencia de esta circunstancia es de interés, sin ánimo de exhaustividad, CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA, “Delitos contra la libertad sexual (I): agresiones sexuales contra mayores de edad y cuestiones comunes”, *op. cit.* Págs. 235-236; CÁMARA ARROYO, SERGIO, “Delitos contra la libertad sexual” en SERRANO TÁRRAGA, M^a DOLORES (Coord.), *Derecho penal. parte especial, op. cit.* Págs. 233-234 o CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (Dira.) (2023), *Manual de*

4.5. Privación del sentido o con la voluntad anulada

El legislador al establecer estos dos vicios del consentimiento parece que entiende que no es lo mismo la privación del sentido que la anulación de la voluntad.

Lo que no parece descabellado afirmar es que ambos vicios afectan a la voluntad del sujeto pasivo, aunque con matices distintos. La privación del sentido no es “una completa anulación de la voluntad de la víctima, sino ante una afectación que, si bien incapacita a la persona para captar correctamente la realidad y acomodar su conducta a tal conocimiento, no provoca una pérdida total de conciencia”⁶¹.

En este sentido podemos recoger la interpretación de la privación de sentido realizada por el Tribunal Supremo y recogida en su sentencia de 13 de diciembre de 2021⁶²:

“la privación de sentido, no se quiere decir con ello que la víctima se encuentre totalmente inconsciente, pues dentro de esta expresión del tipo legal se pueden integrar también aquellos supuestos en los que existe una disminución apreciable e intensa de las facultades anímicas que haga a la víctima realmente inerte a los requerimientos sexuales, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios; y la de 15.2.94, precisa que la correcta interpretación del término “privada de sentido” exige contemplar también aquellos supuestos en que la pérdida de conciencia no es total pero afecta de manera intensa a la capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas que pretenden

Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I, 3^a Edición. Tirant lo Blanch, Págs. 281-282.

⁶¹ CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA, “Delitos contra la libertad sexual (I): agresiones sexuales contra mayores de edad y cuestiones comunes”, *op. cit.* Pág. 236.

⁶² Ponente: Carmen Lamela Díaz.

aprovecharse de su debilidad... los estados de aletargamiento pueden originar una momentánea pérdida de los frenos inhibitorios que, en el caso presente, y tal como afirma el relato de hechos probados desemboca en una anulación de sus facultades intelectuales y volitivas y de sus frenos inhibitorias, quedando sin capacidad de decisión y de obrar según su voluntad, esto es privada de cualquier capacidad de reacción frente al abuso sexual.

En igual sentido la STS. 680/2008 precisó que la jurisprudencia ha considerado reiteradamente incluíble en el art. 181.2 CP el caso en el que la víctima se encuentra en una situación de pérdida de la capacidad para autodeterminarse en la esfera sexual, por padecer una situación de profunda alteración de las facultades perceptivas, que no le permite acomodar su actuación conforme al conocimiento de la realidad de los hechos, cabiendo encuadrar en tal situación a personas desmayadas, anestesiadas o narcotizadas, o, en suma, sometidas a los efectos de una droga o del alcohol, aún no exigiéndose una pérdida total de conciencia, bastando con que el sujeto tenga anulados de forma suficiente sus frenos inhibitorios, resultando no estar en situación de oponerse al acceso sexual, o no expresar una resistencia clara y precisa al mismo”.

Por último señalar que la Circular de la Fiscalía 1/2023, citada en varias ocasiones en el presente trabajo, entiende, con sustento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se debe agravar más la conducta —con base en lo previsto en el artículo 180.1.7ª del Código penal— cuando es el sujeto activo el que, “—bien directamente, bien a través de terceros con quienes se halle concertado— sea el causante de la pérdida de la conciencia o del control sobre los propios actos que sufre la víctima”.

Así, continúa la Circular “la aplicación de esta modalidad agravada se rechazará cuando el sujeto se limite a aprovecharse de la privación de sentido provocada por la propia víctima o por terceras personas con quien no se encuentra concertado”, constituyendo un delito de agresión sexual con arreglo a los artículos 178 y/o 179 del Código penal.

4.6. Engaño

La Ley Orgánica 10/2022 supuso la modificación del tenor del artículo 182.1, eliminando las agresiones sexuales específicas sobre personas mayores de 16 y menores de 18 años.

Dicho precepto castigaba a quien, “interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho”.

Sin embargo, según la Circular de la Fiscalía 1/2023, “Tras la reforma del Código penal operada por la LO 10/2022, estos supuestos pueden integrarse ahora en el delito de agresión sexual del art. 178.1 CP o, en su caso, en las modalidades de los arts. 179 o 180 CP, siempre que el error ocasionado a la víctima sea de tal magnitud que, de facto, pueda concluirse que la concreta acción ejecutada por el responsable del delito nunca fue consentida por aquella”.

Así, continúa la Circular, “se considerará que constituyen actos con significación sexual no consentidos supuestos como los siguientes: aquellos en los que se hace creer a la víctima que se utilizará el preservativo durante la penetración y este nunca llega a usarse o en los que, valiéndose de alguna treta, el responsable del delito se deshace sigilosamente del mismo durante el coito (stealthing)” o “aquellos en los que el sujeto activo se aprovecha de que la víctima tiene los ojos vendados para intercambiarse con otra persona de forma subrepticia y sin que aquella lo advierta; o aquellos en los que se suplanta la identidad de la pareja”.

5. Conclusiones

Como conclusiones extraídas de este análisis del consentimiento sexual podemos resaltar las siguientes.

PRIMERA.- El consentimiento sexual supone un elemento de eliminación de la tipicidad de los delitos contra la libertad sexual siempre, claro está, que se formule con todos los elementos para su validez.

SEGUNDA.- El contenido para entender que el consentimiento sexual es válido los podemos resumir en los siguientes puntos, a saber:

- El sujeto debe ser titular del bien jurídico protegido, es decir, debe ser el titular de la libertad sexual.
- El titular del bien jurídico protegido debe tener capacidad para consentir, entendida esta en un sentido amplio al comprender a aquellas personas con un grado de discapacidad que, sin embargo, no les impida conocer el alcance de su decisión.
- El consentimiento debe de otorgarse antes de mantener la relación sexual, aunque es posible que se convalide tras el acto de naturaleza sexual —Por ejemplo, si no se denuncia o se modifica la versión de los hechos, al desaparecer la persistencia en la incriminación como elemento fundamental para considerar la declaración de la víctima como única prueba de cargo—.
- El consentimiento puede ser revocado en cualquier momento.
- El consentimiento debe ser expreso, aunque cabe la posibilidad de que sea tácito siempre que se suponga la manifestación libre que exprese de manera clara la voluntad de la persona de mantener relaciones de carácter sexual.
- Por último, el consentimiento debe ser libre y carente de vicios.

TERCERA.- Los vicios en el consentimiento eliminan su validez. Tales vicios vienen fijados en el artículo 178 del Código penal:

- Violencia.
- Intimidación.
- Abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima.
- Hallarse privadas de sentido.
- Abuso de la situación mental.
- Tener anulada por cualquier causa la voluntad.

CUARTA.- Tanto la concurrencia de un consentimiento válido como la existencia de vicios del mismo deben ser objeto de examen en cada supuesto concreto por parte de los juzgados y tribunales, por lo que serán fundamentales las pruebas aportadas por cada una de las partes en el proceso judicial para determinar la concurrencia o no del tipo delictivo.

Referencias

- ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO Javier (2022). “La libertad sexual en peligro” en IGLESIAS CANLE, INÉS C. y BRAVO BOSCH, María José, (Dirás.), *Libertad sexual y violencia sexual*. Tirant lo Blanch.
- BATISTA CORDOVA, Reinaldo. (2023). La Violencia y la Sexualidad: aproximación a un fenómeno histórico. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (2) 33-41.
<https://doi.org/10.46661/respublica.8049>.
- CÁMARA ARROYO, Sergio (2023). “Delitos contra la libertad sexual” en SERRANO TÁRRAGA, M^a Dolores (Coord.), *Derecho penal. parte especial*. tirant lo blanch, pág. 241.
- CAMPANER MUÑOZ, Jaime (2022). “El consentimiento sexual como eje de la reforma penal: pura logomaquia (un enfoque procesal contrario a las últimas iniciativas legislativas)”, en *revista de derecho y proceso penal*, (65).

- CAMPO MON, Mari Ángel y MARTÍNEZ LÓPEZ, Verónica (2023). "La sexualidad y la afectividad en la discapacidad intelectual desde un punto de vista psicológico" en GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta (Coord.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual*. Tirant lo Blanch.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, Carlos (2023). "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales" en *Manual de derecho penal. parte especial (Adaptado a las LLOO 1/2019, 2/2019, 2/2023, 3/2023 y 4/2023 de Reforma del Código penal)*. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. TOMO I. Tirant lo Blanch.
- CHANG KCOMT, Romy (2020). *El consentimiento en el derecho penal: análisis dogmático*. Tirant lo Blanch.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás (1999). *Derecho Penal. Parte General, 5ª Edición*.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.) (2023). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I, 3ª Edición*. Tirant lo Blanch.
- CUERDA ARNAU, María Luisa (2023). "Delitos contra la libertad sexual (I): agresiones sexuales contra mayores de edad y cuestiones comunes" en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, *Derecho Penal. Parte Especial, 8ª Edición*. Tirant lo Blanch.
- DELGADO-MORÁN, Juan José y LIZ-RIVAS, Lenny. (2022). Derecho penal y violencia de género en España. Algunas cuestiones a considerar. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis, SC, v. 32.n. 12. p.330-343. Mai./Ago. 2022. <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2022.v32i12.8560>
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Coord.), (2023). *Derecho civil ii (obligaciones y contratos)*, 6ª Edición. Tirant lo Blanch.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2018), "El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción" en FARALDO CABANA, Patricia y ACALE SÁNCHEZ, María (Directoras) *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Tirant lo Blanch.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, (2018) *Sistema de derecho civil. Volumen II (Tomo 2), Contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual*. Duodécima edición, Madrid, Tecnos.
- ESTELLÉS PERALTA, Pilar María (Dir.), (2023). *Lecciones de Derecho Privado. Aplicado a las Enseñanzas no Jurídicas*, 3ª Edición. Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ CHINCHILLA, Manuel (2022). "La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre: el «nuevo» consentimiento sexual, desde la perspectiva de la eficacia probatoria en el proceso penal" en *Diario La Ley*, (10154), 1. <https://doi.org/10.15304/epc.43.8930>
- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta (2023). "El consentimiento de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual a la realización de actos sexuales con terceros" en GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta (Coord.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual*. Tirant lo Blanch.
- ÍÑIGO CORROZA, Elena (2022). "El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente" en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 75, Fasc/Mes 1, págs. 167-203. <https://doi.org/10.53054/adpcp.v75i1.9693>
- LIZ-RIVAS, Lenny (2018). Algunas bases neurológicas sobre la violencia y la agresión, en "Conflictos y diplomacia, desarrollo y paz, globalización y medio ambiente" coord. por Emilio José GARCÍA MERCADER, Claudio PAYÁ SANTOS; César Augusto GINER ALEGRÍA (DIR.), Juan Jose DELGADO MORÁN (dir.), Thomson Reuters/Aranzadi, pp. 943-955.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (2016), *Lecciones de derecho penal. parte general 3ª edición ampliada y revisada*. Tirant lo Blanch.

- MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván (2012), “El Consentimiento En Materia Penal (The Consent in Criminal Matter)”, en *Derecho penal y criminología*, 33(95).
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luís (2022), “El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual” en *Diario La Ley*, (10143), 1.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2023), *Derecho Penal. Parte Especial*, 25ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 y 4/2023. Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (2023), *Compendio de derecho penal, parte general*, 10ª Edición. Tirant lo Blanch.
- PALACIOS GARCÍA, María, Ángeles. & LIZ-RIVAS, Lenny. (2022) El hostigamiento o delito de “stalking” en el trabajo. en Cuadernos de psicobiología de la agresión: educación y prevención. Universidad Complutense de Madrid. ISSN: 2695-9097. Dykinson. pp. 91-102. <https://doi.org/10.2307/j.ctv36k5cdb.13>
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Yolínziti, (2016), “Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género” en *Revista mexicana de sociología*, 78(4).
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio (2023), “Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de «solo sí es sí»” en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, (34).
- VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (2018), *La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (El consentimiento como un elemento más hacia la reeducación y la reinserción del penado)*, Tirant lo Blanch.



La violencia sexual. Factores de riesgo, perfil del agresor y marco normativo

Sexual violence. Risk factors, profile of the aggressor and regulatory framework

Josefa Fernández Vidal

josefinafernandez@icamur.org

ORCID:0009-0009-3852-409X

Resumen

El tema esencial que trataremos en la presente obra es la violencia sobre la mujer, que en muchos casos culmina con la muerte de aquella a manos de su agresor. En este sentido podemos hablar de feminicidio que es una forma de violencia machista con el peor de los resultados. En el marco de la libertad y seguridad encuentran sus raíces la libertad de la mujer y su capacidad de decisión sobre sus relaciones personales e íntimas. Por ello, ante las cifras cada vez más elevadas de violencia, ya sea psíquica, vicaria, física y sexual, que se ejerce sobre la mujer, las organizaciones e instituciones tanto nacionales como internacionales han desarrollado un conjunto normativo en la lucha contra esta lacra y ofrecer un espacio de libertad, paz y seguridad para la mujer.

Palabras clave: Violencia sexual; Feminicidio; Violencia de Género; Factores de riesgo.

Abstract

The essential topic that we will discuss in this work is violence against women, which in many cases culminates in the death of the woman at the hands of her attacker. In this sense we can talk about femicide, which is a form of sexist violence with the worst results. Within the framework of freedom and security, women's freedom and their ability to make decisions about their personal and intimate relationships find their roots. Therefore, faced with the increasingly high figures of violence, whether psychological, vicarious, physical and sexual, that is exercised against women, both national and international organizations and institutions have developed a set of regulations in the fight against this scourge and offer a space of freedom, peace and security for women.

Key words: Sexual violence; Femicide; Gender-based violence; Risk factors.

1. Introducción

En el contexto de una sociedad marcada por el desprecio y rechazo hacia la violencia de género sobre la mujer, se abren paso los movimientos sociales para visibilizar dentro del marco de la violencia de género, aquella violencia que atenta contra la indemnidad y libertad sexual de las mujeres¹. Por ello, junto a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOVG en adelante)², se aprueba la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS en adelante)³.

La LOGILS establece en su preámbulo, que los derechos humanos están vinculados a la libertad y seguridad, pero al mismo tiempo se encuentran unidos a las relaciones personales. Así, el acceso de las niñas y mujeres a aquellos derechos ha sido coartado por su condición de género, en el seno de una sociedad en la que impera el modelo del patriarcado, que discrimina de forma violenta a la mujer⁴.

La violencia sobre la mujer, por el mero hecho de su condición de género choca con los valores que establece la Constitución Española (CE en adelante). Así, el artículo 1. 1 CE, considera que son valores superiores del ordenamiento jurídico español la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político⁵ y, deja en manos de los poderes públicos:

“[...], promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social⁶”.

Siguiendo con el mismo texto normativo, el artículo 10. 1 proclama:

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social⁷”.

Por su parte, el artículo 14 CE, reconoce el principio de igualdad y, los artículos 15 y 17 del mismo cuerpo legal, garantizan los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad y seguridad⁸. A la luz de estos artículos, podemos afirmar, que la práctica de cualquier violencia sexual transgrede los derechos consagrados en nuestra constitución española.

En cuanto a la definición de agresión sexual, el preámbulo de la LOGILS refiere que son violencias sexuales aquellos actos con connotación sexual, que no son consentidos o que impiden que la vida sexual se desarrolle en un espacio de libertad. Esta concepción de

¹ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta (2003). “El delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual: Comentario al artículo 179 del Código Penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 43, pp. 90-137. de: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/8930/13019> (consultado el 18/12/2023).

² Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Boletín Oficial del Estado, núm. 313, de 29/12/2004. de: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2004/BOE-A-2004-21760-consolidado.pdf> (consultado el 18/12/2023).

³ Ley 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Boletín Oficial del Estado, núm.

215, de 7/09/2022. de: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2022/BOE-A-2022-14630-consolidado.pdf> (consultado el 18/12/2023).

⁴ Preámbulo I de la LOGILS. Vid. nota 3.

⁵ Constitución Española (CE). Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 29/12/1978. de: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf> (consultado el 18/12/2023).

⁶ Artículo 9. 2 CE.

⁷ Vid. nota 5.

⁸ Vid. nota 5.

la violencia sexual comprende, por tanto, la agresión y el acoso sexual, la explotación de la prostitución ajena y todos aquellos delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁹.

En este contexto, tenemos que mencionar, otras conductas que constituyen violencias sexuales, como son la mutilación genital femenina, los matrimonios forzados o la trata con fines de explotación sexual¹⁰.

Para concluir, cabe poner en valor, otra forma de violencia llamada feminicidio¹¹. El feminicidio es el acto por el cual se establece una jerarquía de poder del hombre sobre la mujer y que deriva en el homicidio de la última¹². Por tanto, el feminicidio se enmarca en un contexto de dominación masculina en el que el hombre se ha prevalido de su situación de superioridad y de dominio para consumir este fatal resultado. Además, es el desenlace final de una violencia invisibilizada en muchas ocasiones y sostenida en el tiempo por factores culturales, por lo que combatirlo exige una reflexión desde la perspectiva del género¹³.

2. El delito de agresión sexual

El delito de agresión sexual entraña cierta complejidad desde el punto de vista de la criminología, dado a que se ponen en juego un amplio abanico de factores de carácter individual, social y circunstancial en el comportamiento delictivo.

Desde el punto de vista científico orbitan distintas definiciones en torno al término violación. Así, para algunos autores la violación abarca desde un tocamiento impúdico no consentido hasta la agresión sexual unida a la violencia. Para otros, la violación consiste en imponer a otra persona, con violencia e intimidación, el hecho de mantener una relación sexual contraria a su voluntad. Pese a que no exista una definición unánime del término, el denominador común es, que la violación está estrechamente unida a la violencia e intimidación¹⁴.

Desde el prisma de la criminología, podemos hablar de una gran variedad de modelos que intentan explicar el delito de agresión sexual. Desde una teoría sociobiológica, el ser humano nace con una cierta motivación sexual y será el propio sujeto, quien a lo largo de su convivencia en la sociedad aprenda las conductas sexuales que son aceptables y las que merecen reproche socialmente¹⁵.

⁹ Vid. nota 4

¹⁰ Vid. nota 4.

¹¹ SANZ-BARBERO, Belén., HERAS-MOSTERIO, Julio., OTERO-GARCÍA, Laura., VIVES-CASES, Carmen (2016). "Perfil sociodemográfico del feminicidio en España y su relación con las denuncias por violencia de pareja", en *Gaceta Sanitaria*, Vol. 30, nº 4. de: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0213911116300322> (consultado el 19/12/2023).

¹² AÑÓN ROIG, María José., MERINO SANCHO, Víctor (2019). "El concepto de violencia de género en el ordenamiento jurídico español: balance crítico y propuestas de un concepto holista e integral", en *Ars Iuris Salamanticensis*, 7, 1. de: <https://www.torrossa.com/en/resources/an/4601550> (consultado el 19/12/2023).

¹³ PÉREZ MANZANO, Mercedes (2018). "La caracterización del feminicidio de la pareja o expareja y

los delitos de odio discriminatorio", en *Derecho PUCP*, 81, 163-196. de: <http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n81/a06n81.pdf> (consultado el 19/12/2023).

¹⁴ MARTÍN Nerea., VOZMEDIANO, Lara (2014). "Conducta de agresión sexual: Revisión de la literatura y propuesta de análisis mediante el modelo de triple riesgo delictivo", en *Internacional e-Journal of Criminal Science*, nº 8, pp. 3-32. de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4879422> (consultado el 20/12/2023).

¹⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Juan Carlos., DOMÍNGUEZ PINEDA, Neidy. Zenaida., MIRALLES MUÑOZ, Fernando., y LIZ RIVAS, Lenny. (2023). Conductas de riesgo y programas de prevención en adolescentes institucionalizados. *Cuadernos de RES PÚBLICA en derecho y criminología*, (2), 42-56. <https://doi.org/10.46661/respublica.8286>

Otras teorías abogan por la existencia de una serie de factores que propician la conducta delictiva, como la actitud sociocultural y la frustración en el proceso de aprendizaje¹⁶.

2.1. Algunos factores de riesgo y la agresión sexual

La concurrencia de los factores de riesgo en un sujeto significa que tiene una mayor probabilidad de formar parte de comportamientos antisociales. Sin embargo, no implica que necesariamente sea parte de aquellos. Los factores de riesgos no son causa directa y tampoco se presentan de forma aislada, sino que actúan de forma conectada entre ellos¹⁷.

No existe una única clasificación de los factores en relación con la conducta de agresión sexual. No obstante, podemos mencionar, entre otros, los siguientes:

- Factores de carácter individual como el consumo de sustancias tóxicas, las conductas antisociales, la animadversión hacia el género femenino e incluso haber vivido una infancia marcada por la violencia, etc.
- Factores relativos a las relaciones, como son una relación patriarcal, el vínculo a parejas agresivas, la ausencia de apoyo en el ámbito familiar o la escasez de recurso y agresiones físicas.
- Factores relacionados con la comunidad, serían por ejemplo la escasez de oportunidades laborales o un sistema judicial que no castiga con dureza este tipo de conductas delictivas.
- Factores de carácter social como son la equidad de género, la sumisión sexual, la supremacía del hombre sobre la mujer, etc¹⁸.

En cuanto al riesgo de la reincidencia en los tipos delictivos, podemos referirnos a los siguientes factores de riesgo:

- Factores de riesgo que se corresponden al pasado de la persona y, que son invariables.

- Factores de riesgo del individuo o de su propio entorno que se pueden alterar.

Por tanto, son múltiples los factores de riesgo que pueden influir en la conducta criminal del sujeto y que normalmente se presentan de forma interrelacionada entre ellos, por lo que constituyen un indicador de comportamientos que pueden derivar en la comisión de delitos de agresión sexual¹⁹.

2.2. El perfil del agresor

Existe una amplia clasificación de los diversos tipos de agresores sexuales, por lo que abordaremos los más significativos.

La siguiente clasificación distingue cuatro tipos de violadores:

- El violador que con la realización del acto delictivo persigue denigrar a la víctima.
- El violador que muestra a su víctima que es adecuado sexualmente, para suplir la carencia de una vida adecuada a la sociedad.
- El violador que para sentir placer sexual necesita agredir físicamente a la víctima y, en algunos casos esta violencia llevada al extremo culmina con la muerte de aquella.
- El violador que aprovecha la coyuntura de un hecho delictivo para cometer el delito de agresión sexual²⁰.

Otra clasificación de violadores responde a la existencia de determinados factores psicológicos en el agresor, esto es, la hostilidad, la supremacía y la sexualidad. A tendiendo a estos factores se distingue entre:

- Violación hostil, llevada a cabo motivado por el sentimiento de desprecio hacia la mujer.

¹⁶ Ibidem. p. 5.

¹⁷ MARTÍN Nerea., VOZMEDIANO, Lara (2014). Ob. Cit. p. 19.

¹⁸ Ibidem. p. 20

¹⁹ Ibidem. p. 21

²⁰ Ibidem. p. 22-23.

- Violación en la que el agresor manifiesta su situación de superioridad sobre la mujer por el mero hecho de ser varón.
- Violación premeditada, en la que el agresor acecha a su víctima hasta cometer el acto violento²¹.

Si atendemos al significado de la agresión podemos diferenciar entre otras:

- La violación que se emplea como instrumento para alcanzar la sumisión de la víctima.
- La agresión que expresa el grado de impulsividad²².

Una última clasificación de tipologías de violador es aquella que está vinculada a la motivación. Así se distingue entre:

- Violador oportunista cuya conducta de agresión está dominada por las circunstancias que rodean la situación.
- Violador enfadado, que realiza el ilícito penal motivado principalmente por la rabia y la agresión.
- Violador obsesionado con la sexualidad o erotismo.
- Violador que actúa promovido por su rabia y desprecio hacia la mujer²³.

Ante la gran diversidad de tipologías de agresores sexuales existentes, resulta difícil comprender la conducta de la agresión. Desde el ámbito criminológico español se ha establecido un modelo para facilitar la comprensión de la conducta delictiva en términos generales, que también resulta de aplicación para entender y predecir el comportamiento de la agresión sexual, se trata del modelo Triple Riesgo Delictivo (modelo TRD en adelante).

El modelo TRD se nutre de diversas fuentes de riesgo punible, estima el riesgo social de

delinquir y presenta, entre otros, los siguientes planteamientos:

- Estima el riesgo del comportamiento antisocial de sujetos concretos.
- Clasifica las dimensiones del riesgo por categorías e interrelacionadas entre sí: dimensión del riesgo de carácter personal, basada en el apoyo prosocial y en las oportunidades de delinquir²⁴.
- La motivación que ha impulsado al sujeto activo a la comisión del acto delictivo se definirá teniendo en cuenta dos dimensiones: la de carácter personal y de apoyo prosocial.
- Para estimar el riesgo de la conducta desviada de la norma se considerará la influencia que tiene la dimensión del riesgo en las oportunidades delictiva.
- El modelo puede predecir el riesgo delictivo y establecer pautas para su prevención²⁵.

Desde el punto de vista del delito de agresión sexual, el modelo TRD apuesta por el estudio de la conducta delictiva e intenta elaborar respuestas anticipadas ante tales comportamientos²⁶.

3. La violencia sexual en el marco normativo internacional

No existe en el derecho comparado una regulación unánime sobre la violencia contra la mujer. No obstante, esa violencia se asocia, entre otros delitos, con los delitos de violación, acoso y explotación sexual²⁷. La Organización Mundial de la Salud (OMS en adelante) define la violencia sexual como:

“Todo acto sexual, la tentativa de consumir un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales

²¹ Ibidem. p. 23.

²² Ibidem. pp.-23-24.

²³ Ibidem. pp. 25-26.

²⁴ Ibidem. pp. 27-28.

²⁵ Ibidem. p. 29.

²⁶ Ibidem. p. 30.

²⁷ ALTUZARRA ALONSO, Itziar (2020). “El delito de violación en el código penal español: Análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional”, en *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, Vol. 68, nº 1, pp. 511-558. de: <https://dialnet.unirioja.es/> (consultado el 26/12/2023).

no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo²⁸”.

La violencia sexual constituye una manifestación de la violencia de género, que en los conflictos armados se emplea para llegar a cometer delitos de genocidio, lesa humanidad y de odio, en los que subyace la posición de superioridad del varón frente a la mujer. Este tipo de violencia ha estado latente en las contiendas armadas, por ello algunas leyes castrenses iniciaron la codificación de este tipo delictivo.

3.1. Breve historia del marco normativo internacional

Desde la esfera internacional, la regulación de la violencia y ,por ende, de los crímenes sexuales ha seguido una trayectoria encaminada a la protección, libertad y dignidad de la mujer.

Así, uno de los primeros textos que prohíben la violencia y violación sexual es el denominado *Lieber Code* de 1863, que establecía las normas de comportamiento del cuerpo militar estadounidense y, que pese a no ofrecer una definición de violencia sexual,

se refiere a todos aquellos actos que atenten contra los ciudadanos²⁹.

El *Lieber Code* sirvió de base para las ulteriores Convenciones de la Haya. El IV Convenio de la Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907, refiere de forma indirecta la prohibición de este delito haciendo una alusión al honor y los derechos de la familia³⁰.

Por su parte los Estatutos de Londres y Tokio, establecieron las reglas para sentenciar los crímenes llevados a cabo contra la humanidad, la paz y, en suma, los crímenes de guerra. Esto propició que el Tribunal de Tokio condenara las violaciones sexuales a las que fueron sometidas tanto mujeres como niñas durante la masacre de Nanjing³¹. De este modo, se sienta el precedente para condenar la violencia sexual como crimen de guerra³².

Con anterioridad a los Estatutos de Londres y Tokio, tenemos que mencionar la *Ley Nº 10 del Consejo de Control Aliado*, que considera la violación como crimen de lesa humanidad³³.

De esta manera, se configura un entorno de protección y lucha internacional contra los delitos sexuales. Y en este sentido, los *Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales*, plasman la protección de la mujer, al establecer que:

“Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la

²⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Informe mundial sobre la violencia y la salud. Washington, D.C., Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud, 2003, pp. 1-381. de: <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/725/9/275315884.pdf> (consultado el 26/12/2023).

²⁹ SÁNCHEZ-MORENO Manuel (2018). “Del sexo al cuerpo. Evolución histórica y jurídica de las violencias de género en el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional”, en *Papeles El tiempo de los derechos*, nº 22, pp. 1-18. de: https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/36986/sexo_sanchez_PETD_2018.pdf?sequence=1 (consultado el 26/12/2023).

³⁰ Para más información véase DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Convenio relativo a las leyes y usos de la guerra terrestres (Segunda Conferencia de la Paz, La Haya 18 de octubre de 1907). de: <https://www.dipublico.org/109768/convenio-relativo-a-las-leyes-y-usos-de-la-guerra-terrestres-segunda-conferencia-de-la-paz-la-haya-18-de-octubre-de-1907/> (consultado el 26/12/2023).

³¹ SÁNCHEZ-MORENO Manuel (2018). Ob. Cit. p. 20.

³² Ibidem. pp. 21-22.

³³ ALTUZARRA ALONSO, Itziar (2020), p. 517.

violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor³⁴.

En este contexto, resulta interesante mencionar el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Ambos tribunales fueron creados por el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas y, sus sentencias sentaron jurisprudencia internacional sobre la definición y prohibición de la violencia y violación sexual³⁵.

El TPIR, estableció en la Sentencia *Akaseyu* un concepto de violación, entendido como aquella invasión física de carácter sexual llevada a cabo en situaciones represivas. Esta sentencia constituye un hito en materia internacional, que aporta los elementos que rodean a la violación y distingue entre violación y violencia sexual, entendida ésta última como el acto de carácter sexual que se comete contra una persona en situaciones coactivas y que no queda circunscrito únicamente al asedio físico del ser humano³⁶.

De otra parte, el TPIY ofrece una definición más amplia del concepto de violación y que posteriormente perfila en sus siguientes sentencias. Así, en la sentencia *Kuranac*, matiza que el elemento clave en este tipo delictivo es el consentimiento de la víctima, que ha de prestarlo voluntariamente para que se lleve a cabo el acto sexual. Y apostilla, que el consentimiento ha de ser evaluado en función de las circunstancias que rodean el hecho concreto³⁷.

Ante las diversas sentencias dictadas por los mencionados tribunales, la Sala de Apelaciones en un intento de unificar la jurisprudencia internacional, considera que la ausencia de consentimiento es la piedra angular en el delito de violación, por lo que el hecho de no concurrir amenaza o uso de la fuerza en la relación sexual no implica que sean relaciones consentidas, pues el delito de violación se comete pese a que no concurra la amenaza o fuerza³⁸.

Llegados este punto, debemos de destacar, que la jurisprudencia de estos tribunales, poco a poco, aportó su granito de arena al Derecho Penal Internacional en materia de delitos sexuales. Una jurisprudencia que dio paso a la creación de herramientas legales de carácter internacional para acometer este tipo delictivo, como es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que castiga nuevos tipos delictivos como son la violación, la esclavitud sexual, prostitución forzada y otras formas de abusos sexuales³⁹.

3.2. Legislación europea en materia de delitos sexuales

Actualmente, no existe un único instrumento legal europeo capaz de abarcar todas las formas de violencia contra la mujer. Sin embargo, se ha desarrollado todo un compendio legislativo sobre determinados tipos de violencia como es el acoso sexual en el ámbito laboral y la trata de seres humanos. Por ello, existe un amplio abanico normativo en esta materia y en este caso abordaremos sucintamente las principales normas⁴⁰.

³⁴ Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV) Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. de: <https://www.refworld.org/es/docid/58d56ccd4.html> (consultado el 26/12/2023).

³⁵ LIZ RIVAS, Lenny. (2023). La agresión sexual en los conflictos prolongados. Derecho de intervenir y obligación de proteger. *Cuadernos de RES PUBLICA en*

derecho y criminología, (1), 71–84. <https://doi.org/10.46661/respublica.8044>

³⁶ ALTUZARRA ALONSO, Itziar (2020), p. 519.

³⁷ *Ibidem*. pp. 520-521.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*. p. 522.

⁴⁰ Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. "Normativa: Tratamiento de la Violencia contra la mujer en el Derecho Originario y Derivado de la Unión Europea". de:

Si partimos del Tratado de la Unión Europea (TUE en adelante), de 7 de febrero de 1992⁴¹, observaremos, que este texto promulga una serie de valores, entre los que destacan el respeto a los derechos humanos en una sociedad caracterizada por la no discriminación y la igualdad de género. El mismo texto recoge, que la UE luchará contra la discriminación y la exclusión de los grupos sociales, además, propiciará la igualdad de género, la justicia y la protección social y de los menores⁴².

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴³ (TFUE en adelante) establece un objetivo esencial, esto es, lograr erradicar las desigualdades de género potenciando la igualdad entre el hombre y la mujer.

Tal y como se desprende de los referidos tratados, la Unión Europea traza una línea de actuación contra la violencia de género fomentando la igualdad entre el hombre y la mujer y la no discriminación por razón de sexo.

La llegada del Tratado de Lisboa, marca las actuaciones de la UE en la dirección de desarrollar políticas comunitarias para luchar contra la violencia de género en el marco de la cooperación judicial en materia civil y penal, para promover un espacio de libertad, seguridad, paz y justicia de la UE⁴⁴.

Centrándonos en el marco normativo en materia de violación, el espacio europeo ha incorporado en sus instrumentos esenciales la falta de consentimiento como elemento central en los delitos de violación. De esta forma, en el año 2002 el Comité de ministros del Consejo de Europa estableció, que la legislación de cada estado miembro debía de reprochar la conducta punitiva de los actos sexuales llevados a cabo sin consentimiento⁴⁵.

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la mujer y violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011⁴⁶, brinda protección a todas las mujeres y niñas de cualquier origen, con independencia de su raza, religión, origen social, orientación sexual. El referido convenio exige a los estados parte sancionar, entre otros comportamientos:

- Violencia doméstica (física, sexual, psicológica o económica).
- Acoso, acoso sexual.
- Violencia sexual, violación.
- Matrimonios obligados.
- Mutilación genital femenina.
- Abortos y esterilizaciones forzadas⁴⁷.

Por último, cabe subrayar que el Convenio de Estambul, incorpora la ausencia de consentimiento como elemento para describir el crimen de violación y, por ende, no es necesario el uso de la violencia o amenaza

<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/ambitoInternacional/unionEuropea/normativa/home.htm> (consultado el 26/12/2023).

⁴¹ EUR-LEX. “Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea”. Diario oficial de la Unión Europea, C 326/13. de: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2012.326.01.00.01.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2012%3A326%3ATOC#C_2012326ES.01001301 (consultado el 27/12/2023).

⁴² Vid. nota 39.

⁴³ EUR-LEX. “Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. Diario Oficial de la Unión Europea, C 326/47. de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&qid=1703712341869> (consultado el 27/12/2023).

⁴⁴ Vid. nota 39.

⁴⁵ ALTUZARRA ALONSO, Itziar (2020). Ob. Cit. p. 523.

⁴⁶ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la mujer y violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 137, de 6 de junio de 2014, pp. 42946-42976. de: <https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf> (consultado el 27/12/2023).

⁴⁷ Consejo de Europa. “Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la mujer y violencia doméstica. Convenio de Estambul. Libre de miedo. Libre de Violencia”. de: <https://rm.coe.int/1680464e73> (consultado el 27/12/2023).

para la constitución de la conducta delictiva. No obstante, es un grupo minoritario de países, quienes han incorporado a su ordenamiento jurídico nacional el texto completo del referido convenio y, por ello aún quedan estados europeos sin incorporar el Convenio de Estambul a sus legislaciones, por lo que en sus ordenamientos sólo si media la fuerza o la amenaza concurre la violación⁴⁸.

En virtud de lo expuesto, debemos de concluir que los Estados miembros han de seguir trabajando en la lucha contra cualquier tipo de violencia dotando a los ordenamientos jurídicos nacionales de herramientas suficientes para combatir estos comportamientos antisociales.

4. El feminicidio y la violencia

El feminicidio es un término acotado y descrito por la Socióloga Diana Russel en 1992, como el “asesinato de mujeres, por hombres, motivados por el odio, el desprecio, el placer o un sentido de propiedad de mujer⁴⁹”. Un concepto de reciente cuño, pero que en realidad pone nombre a un fenómeno repetido de forma masiva e invisibilizado a lo largo de la Historia⁵⁰.

La violencia del hombre sobre la mujer es una manifestación de la relación de poder que el primero ejerce sobre la segunda, una discriminación que es el fruto de ideas sexistas y estereotipadas que consideran a la mujer un ser inferior. Por lo tanto, el feminicidio no es

meramente el homicidio de una mujer, sino que es su homicidio en un contexto de dominación masculina en el que el hombre se ha prevalido de su situación de superioridad y de dominio para consumir este fatal resultado⁵¹.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que en el feminicidio es el límite extremo de toda una serie de violencias que sufren las mujeres en todo el mundo, y que son consentidas, silenciadas e invisibilizadas en muchos estados más allá de nuestras fronteras. Los abusos verbales y físicos, violencias sexuales, torturas, abusos, maternidades forzadas, ataques emocionales o incluso mutilaciones genitales, son otras formas de violencia sobre la mujer que solo si tienen como resultado la muerte se convierten en un Feminicidio⁵².

Para erradicar este fenómeno y liberarnos de tal lacra, es importante reflexionar en la perspectiva de género, cuya vulneración es el germen de todos estos sucesos y manifestaciones violentas sobre la mujer. Es preciso reconocer la existencia de violencia en el espacio público y privado, la participación de los medios de comunicación y la imperiosa necesidad de que las instituciones asuman su responsabilidad emprendiendo las acciones frente a ello⁵³.

Por su parte, el legislador desempeñará un papel esencial en la lucha contra el Feminicidio, acotando el marco normativo

⁴⁸ ALTUZARRA ALONSO, Itziar (2020). Ob. Cit. p. 524-525.

⁴⁹ Radford, J., & Russell, D. E. H. (1992). *Femicide: Politics of Woman Killing*. Open University Press.

⁵⁰ BEJARANO CELAYA, Margarita. (2014). “El feminicidio es sólo la punta del iceberg”, en *Región y sociedad*, 26 (4), 13-44. de: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-39252014000600002 (consultado el 27/12/2023).

⁵¹ LAURENZO COPELLO, Patricia. (2012). Apuntes sobre el feminicidio. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 8, 119-143. de: <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPe>

nalyCriminologia-2012-8-5030/Documento.pdf (consultado el 27/12/2023).

⁵² PÉREZ MANZANO, Mercedes. (2018). La caracterización del feminicidio de la pareja o expareja y los delitos de odio discriminatorio. *derecho PUCP*, (81), 163-196. de: <http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n81/a06n81.pdf> (consultado el 27/12/2023)

⁵³ TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí (2014). *Femicidio/feminicidio*. Buenos Aires: Didot. de: <http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/wp-content/uploads/2015/09/P.-Toledo-Libro-Femicidio.compressed.pdf> (consultado el 27/12/2023)

para su represión y castigo. Pero el Poder Judicial también puede contribuir a frenar la violencia contra las mujeres en la interpretación y aplicación de la ley, creando o fortaleciendo una corriente jurisprudencial sólida y unánime.

En España la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, supuso un punto de inflexión y un verdadero cambio de paradigma. Por primera vez se tipificó de forma expresa la ejecución de un acto violento, por un hombre contra una mujer por el mero hecho de serlo. El legislador castiga a través de este instrumento, la violencia sobre la mujer, como una manifestación de poder del hombre sobre la misma, y como “*un símbolo de la más brutal desigualdad existente en nuestra sociedad*”.

Sin embargo, esta ley tiene ciertos límites que podrían afectar a su efectividad. Por ejemplo, se ha criticado como la necesidad de que concurra una relación afectiva entre ambas partes, extinta o vigente. Esto impedirá aplicar este instrumento a todos aquellos agresores que no habían mantenido ningún tipo de relación afectiva con la víctima, y pese a ello perpetraron el crimen por un motivo basado o motivado en el género. No obstante, esta problemática quedó resuelta a partir del año 2015 al incluirse en el Código Penal la agravante de género sin acotar su aplicación a las relaciones de pareja, sino en la posición de superioridad del hombre sobre la mujer.

Por otro lado, Latinoamérica no deja de ser un punto importante en la lucha contra la violencia sobre la mujer frente a su manifestación más extrema, el Femicidio⁵⁴. De hecho, fue en México donde se comenzaron a investigar en entre 1993 y 2006 una serie de asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, que había registrado cifras récord⁵⁵.

Ante esta situación, se puso de manifiesto la necesidad de investigar estos asesinatos con perspectiva de género, elemento fundamental del concepto de Femicidio. Este concepto fue empleado por primera vez en este contexto por Marcela Lagarde, una investigadora y más tarde política mexicana que se propuso legislar sobre esta materia⁵⁶.

La antropóloga Marcela Lagarde empleó este término en lengua hispana en el seno de una investigación sobre el alarmante aumento de asesinatos de diversas mujeres entre los años 1993 y 2006 en Ciudad Juárez⁵⁷. El Femicidio fue empleado por primera vez en este contexto en México, para designar el asesinato de mujeres por razón de su género⁵⁸.

Tras ello, se puso en marcha investigación diagnóstica sobre la Violencia Femicida en la República Mexicana, a través de la cual se pudo constatar que el Femicidio no era un fenómeno aislado, sino que se reproducía en diversos lugares del país. En virtud de los resultados arrojados por esta investigación, Lagarde promovió la tipificación del delito de

⁵⁴ ARAIZA DÍAZ, Alejandra., VARGAS MARTÍNEZ, Flor Carina., MEDÉCIGO DANIEL, Uriel (2020). “La tipificación del femicidio en México. Un diálogo entre argumentos sociológicos y jurídicos”, en *Revista interdisciplinaria de estudios de género de El Colegio de México*, 6. de:
https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2395-91852020000100204 (consultado el 27/12/2023).

⁵⁵ LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. (2006) *El derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia*. Cátedra de la Unesco derechos humanos. Universidad de México. de:

https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/16_DiplomadoMujeres/lecturas/modulo2/2_MarcelaLagarde_El_derecho_humano_de_las_mujeres_a_una_vida_libre_de_violencia.pdf (consultado el 27/12/2023).

⁵⁶ Vid. nota 52.

⁵⁷ OLAMENDI, Patricia (2016). *El femicidio en México*. Instituto Nacional de las Mujeres. Gobierno de México. de:
<https://editorial.tirant.com/es/actualizaciones/9788416786367.pdf> (consultado el 27/12/2023).

⁵⁸ Vid. nota 52.

Feminicidio dentro del código penal mexicano⁵⁹.

4.1. Antecedentes y estado actual del tema

El Feminicidio no es un problema que haya surgido en la actualidad. Se trata de una lacra arrastrada a lo largo de los siglos, concebida y desarrollada en el contexto de una sociedad desigual, misógina y heteropatriarcal⁶⁰.

Aunque los movimientos feministas han contribuido de forma sustancial a mejorar la calidad de vida de muchas mujeres, asegurando la protección de sus derechos humanos, todavía a día de hoy existen amplias regiones del mundo donde se siguen perpetrando graves crímenes contra las mismas por el mero hecho de ser mujeres⁶¹.

Por todo ello es fundamental acotar el problema, analizando sus causas y sus consecuencias, distinguiendo a los diversos agentes que influyen en este ámbito y las armas que ha articulado el legislador para proteger a la mujer⁶².

En el ámbito nacional, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género supuso todo un cambio de paradigma. En el plano internacional también se han hecho ciertos esfuerzos por garantizar la protección de los

derechos de la mujer, entre los que destaca especialmente la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.

Por otra parte, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, es otro instrumento jurídico de carácter internacional destinado a lucha contra la violencia sobre las mujeres y la violencia doméstica. Este convenio es conocido como Convenio de Estambul, porque se presentó en dicha ciudad en el año 2011, aunque no entraría en vigor en Europa hasta 2014.

En Latinoamérica también se evidencia cierta intención de avance y de reconocimiento por la tipificación y el castigo del feminicidio⁶³. En cerca de una veintena de países de la región, la muerte de una mujer por motivos vinculados a su género ha sido tipificada como un delito grave, correspondiéndole las más altas penas en los respectivos ordenamientos jurídicos⁶⁴. Entre ellos se encuentran Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México, Perú y República

⁵⁹ IRIBARNE, Macarena. (2015). "Feminicidio (en México)", en *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 9, pp. 205-223. de: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2822/1518> (consultado el 27/12/2023).

⁶⁰ DÍAZ CASTILLO, Ingrid., RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio., VALEGA CHIPOCO, Cristina. (2019). *Feminicidio: Interpretación de un delito de violencia basada en género*. PCUP. de: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/166017> (consultado el 27/12/2023).

⁶¹ NUÑEZ CETINA, Saydi (2021). Violencia contra las mujeres y feminicidio íntimo a la sombra del covid-19. Los efectos perversos del confinamiento. *Política y cultura*, (55), 99-119. de: <https://polcul.xoc.uam.mx/index.php/polcul/article/view/1451> (consultado el 27/12/2023).

⁶² SARRAUTE, María Magdalena, AVENDAÑO, Carlos (2022) *Un virus sin vacuna: La pandemia de la violencia*

de género y otras discusiones en América Latina. Universidad de México. de: https://www.researchgate.net/publication/357888401_Un_virus_sin_vacuna_La_pandemia_de_la_violencia_a_de_genero_y_otras_discusiones_en_America_Latina (consultado el 27/12/2023).

⁶³ GUERRERA ÁLVAREZ, Ana., CAJIAS SANCHÉZ, Alessandra. (2021). "Estudio del delito de homicidio de mujeres: una aproximación al femicidio en Venezuela", en *Revista venezolana de estudios de la mujer*, 26(56), 69-92. de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7858591> (consultado el 27/12/2023)

⁶⁴ DELGADO MORÁN, Juan José y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Juan Carlos. (2017). El fenómeno de la violencia de género en la República Dominicana. En "El Feminicidio. Victimología y víctima de violencia de género:(una mirada iberoamericana)" Ed. Iuris Universal. Pp.199-226.

Dominicana⁶⁵ Sin embargo, la respuesta punitiva aislada de cualquier otro tipo de mecanismo de prevención no es suficiente para erradicar este fenómeno.

5. Conclusiones

Estamos en una sociedad en la que está presente los delitos de violencia. A lo largo de esta obra hemos realizado un breve recorrido sobre la regulación de este tipo delictivo en cualquier forma en la que pueda tener lugar su manifestación.

Como hemos podido constatar desde el plano de internacional se ha abordado este tipo de delitos cuya primera regulación se produce en el seno internacional.

No menos importante, resultan los movimientos sociales que manifiestan su rechazo ante estas conductas que transgreden los derechos humanos.

En este marco, he dedicado un apartado al feminicidio que constituye el asesinato de mujeres, a manos de hombres, motivados por el odio, el desprecio, el placer o un sentido de propiedad de mujer.

Por su parte, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, abrió un nuevo marco de actuación contra el feminicidio, el cual pasó a ser abordado en España de forma integral, con una gran inversión de recursos y de medios.

De hecho, tras el estudio de ciertos protocolos de actuación, programas e informes, se ha constatado un elevado nivel de coordinación

entre diversas instituciones, órganos de la Administración Pública, asociaciones y agentes de la sociedad civil, los cuales han participado de forma conjunta (y siguen haciéndolo) para luchar contra esta forma de violencia de género⁶⁶. Sin embargo, el número de víctimas mortales en estos años no ha mostrado grandes variaciones, lo cual sugiere la necesidad de dar un nuevo enfoque al problema, habilitando vías distintas para su tratamiento⁶⁷.

Referencias

AÑÓN ROIG, María José., MERINO SANCHO, Víctor (2019). “El concepto de violencia de género en el ordenamiento jurídico español: balance crítico y propuestas de un concepto holista e integral”, en *Ars Iuris Salamanticensis*, 7, 1. <https://www.torrossa.com/en/resources/an/4601550>.

ALTUZARRA ALONSO, Itziar (2020). “El delito de violación en el código penal español: Análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional”, en *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, Vol. 68, nº 1, pp. 511-558. [https://doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp511-558](https://doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp511-558)

ARAIZA DÍAZ, Alejandra., VARGAS MARTÍNEZ, Flor Carina., MEDÉCIGO DANIEL, Uriel (2020). “La tipificación del feminicidio en México. Un diálogo entre argumentos sociológicos y jurídicos”, en *Revista interdisciplinaria de estudios de*

⁶⁵ CAVADA, Juan Pablo., CIFUENTES, Pamela (2019). *Tipificación del delito de feminicidio en Latinoamérica*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. de: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27378/1/BCN_Tipificacio__n_del_femicidio_en_Latinoame__rica_2019.pdf (consultado el 27/12/2023).

⁶⁶ Gobierno De España (2020). *Macroencuesta de violencia contra la mujer*. Ministerio de Igualdad. 2019. de:

https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf (consultado el 27/12/2023).

⁶⁷ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. (2021) Algunas reflexiones sobre los aspectos jurídico penales contenidos en el pacto de Estado contra la violencia de género». *Revista aragonesa, administración pública*, 2021, Vol. 56, 292-307 de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7971157> (consultado el 27/12/2023).

- género de *El Colegio de México*, 6. <https://doi.org/10.24201/reg.v6i0.468>
- BEJARANO CELAYA, Margarita. (2014). El feminicidio es sólo la punta del iceberg, *Región y sociedad*, 26 (4), 13-44. <https://doi.org/10.22198/rys.2014.0.a85>
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. (2021) Algunas reflexiones sobre los aspectos jurídico penales contenidos en el pacto de Estado contra la violencia de género». *Revista aragonesa, administración pública*, 2021, Vol. 56, 292-307 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7971157>
- CAVADA, Juan Pablo., CIFUENTES, Pamela (2019). *Tipificación del delito de feminicidio en Latinoamérica*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <https://goo.su/85mlki>
- DELGADO MORÁN, Juan José y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Juan Carlos. (2017). El fenómeno de la violencia de género en la República Dominicana. En “El Feminicidio. Victimología y víctima de violencia de género:(una mirada iberoamericana)” Ed. Iuris Universal. Pp.199-226.
- DÍAZ CASTILLO, Ingrid., RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio., VALEGA CHIPOCO, Cristina. (2019). *Feminicidio: Interpretación de un delito de violencia basada en género*. PCUP. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/166017>
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Juan Carlos., DOMÍNGUEZ PINEDA, Neidy. Zenaida., MIRALLES MUÑOZ, Fernando., y LIZ RIVAS, Lenny. (2023). Conductas de riesgo y programas de prevención en adolescentes institucionalizados. *Cuadernos de RES PÚBLICA en derecho y criminología*, (2), 42–56. <https://doi.org/10.46661/respublica.8286>
- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta (2023). El delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual: Comentario al artículo 179 del Código Penal, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 43, pp. 90-137. <https://doi.org/10.15304/epc.43.8930>
- GUERRERA ÁLVAREZ, Ana., CAJIAS SANCHÉZ, Alessandra. (2021). Estudio del delito de homicidio de mujeres: una aproximación al femicidio en Venezuela, *Revista venezolana de estudios de la mujer*, 26(56), 69-92. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7858591>
- Gobierno De España (2020). *Macroencuesta de violencia contra la mujer*. Ministerio de Igualdad. 2019. <https://goo.su/HU6HiuP>
- IRIBARNE, Macarena. (2015). Femicidio (en México), *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 9, pp. 205-223. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/articloe/view/2822/1518>
- LAURENZO COPELLO, Patricia. (2012). Apuntes sobre el feminicidio. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 8, 119-143. <https://goo.su/Do5jt>
- LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. (2006) *El derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia*. Cátedra de la Unesco derechos humanos. Universidad de México. <https://goo.su/ZNFE5h>
- LIZ RIVAS, Lenny. (2023). La agresión sexual en los conflictos prolongados. Derecho de intervenir y obligación de proteger. *Cuadernos de RES PÚBLICA en derecho y criminología*, (1), 71–84. <https://doi.org/10.46661/respublica.8044>
- MARTÍN NEREA., VOZMEDIANO, Lara (2014). “Conducta de agresión sexual: Revisión de la literatura y propuesta de análisis mediante el modelo de triple riesgo delictivo”, *Internacional e-Journal of Criminal Science*, nº 8, pp. 3-32. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4879422>
- NUÑEZ CETINA, Saydi (2021). Violencia contra las mujeres y feminicidio íntimo a la sombra del covid-19. Los efectos perversos del confinamiento. *Política y cultura*, (55), 99-119. <https://doi.org/10.24275/ORGU7762>

- OLAMENDI, Patricia (2016). *El feminicidio en México*. Instituto Nacional de las Mujeres. Gobierno de México. <https://editorial.tirant.com/es/actualizacion/es/9788416786367.pdf>
- PÉREZ MANZANO, Mercedes (2018). La caracterización del feminicidio de la pareja o expareja y los delitos de odio discriminatorio, *Derecho PUCP*, 81, 163-196. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.2018.02.006>
- RADFORD, Jill, & RUSSELL, Diana (1992). *Femicide: Politics of Woman Killing*. Open University Press.
- SANZ BARBERO, Belén., HERAS MOSTERIO, Julio., OTERO GARCÍA, Laura., y VIVES CASES, Carmen (2016). Perfil sociodemográfico del feminicidio en España y su relación con las denuncias por violencia de pareja, *Gaceta Sanitaria*, (30),4. <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2016.03.004>
- SÁNCHEZ-MORENO Manuel (2018). Del sexo al cuerpo. Evolución histórica y jurídica de las violencias de género en el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional, *Papeles El tiempo de los derechos*, nº 22, pp. 1-18. <http://hdl.handle.net/10016/36986>
- SARRAUTE, María Magdalena, AVENDAÑO, Carlos (2022) *Un virus sin vacuna: La pandemia de la violencia de género y otras discusiones en América Latina*. Universidad de México. <https://goo.su/UhUcZnA>
- TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí (2014). *Femicidio/feminicidio*. Buenos Aires: Didot. <https://goo.su/ZPMNb0h>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Informe mundial sobre la violencia y la salud. Washington, D.C., Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud, 2003, <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/725/9275315884.pdf>
- Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. “Normativa: Tratamiento de la Violencia contra la mujer en el Derecho Originario y Derivado de la Unión Europea”. <https://goo.su/9OPOia>
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Boletín Oficial del Estado, núm. 313, de 29/12/2004. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2004/BOE-A-2004-21760-consolidado.pdf>
- Ley 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Boletín Oficial del Estado, núm. 215, de 7/09/2022. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2022/BOE-A-2022-14630-consolidado.pdf>
- Constitución Española (CE). Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 29/12/1978. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>
- Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV) Aprobado el 12 de agosto de 1949 <https://www.refworld.org/es/docid/58d56ccd4.html>
- DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Convenio relativo a las leyes y usos de la guerra terrestres (Segunda Conferencia de la Paz, La Haya 18 de octubre de 1907). <https://goo.su/XHJCo>
- EUR-LEX. “Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea”. Diario oficial de la Unión Europea, C 326/13. <https://goo.su/KnczV>
- EUR-LEX. “Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. Diario Oficial de la Unión Europea, C 326/47. <https://goo.su/Xv53>
- Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la mujer y violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 137, de 6 de junio de 2014, pp. 42946-42976. <https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf>



La LO 1/2004, de 28 de diciembre después de la aprobación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral sobre la violencia sexual¹

LO 1/2004, of December 28, after the approval of LO 10/22, of September 6, on comprehensive guarantee on sexual violence

Sonia Victoria Villa Sieiro

Universidad de Oviedo

villasonia@uniovi.es

ORCID:0000-0002-4442-816X

Resumen

La LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la violencia sexual, supuso la modificación de un buen número de leyes. Entre esas leyes, nos interesa el impacto que ha supuesto respecto de lo dispuesto en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; ley claramente de género y con perspectiva integral, al igual que la que la modifica. Los cambios en la LO 1/2004 tienen lugar a través de la Disposición Final novena de la LO 10/2022, en la que, esencialmente, se ha procedido a realizar modificaciones en sus Títulos I, II, III, V y en tres de sus disposiciones adicionales. No se ha procedido, sin embargo, a modificar el concepto de violencia de género, pese a ser una cuestión necesaria ya desde la ratificación del Convenio de Estambul por nuestro país hace casi una década. De este modo, por ejemplo, los derechos previstos en estas leyes quedan limitados respecto de muchas mujeres.

Palabras clave: Derecho penal; Víctima; Derechos; Violencia de género; Violencia sexual.

Abstract

LO 10/2022, of September 6, of comprehensive guarantee of sexual violence, meant the modification of a good number of laws. Among these laws, we are interested in the impact it has had regarding the provisions of LO 1/2004, of December 28, on Comprehensive Protection Measures against Gender Violence; clearly gender law and with a comprehensive perspective, as well as the one that modifies it. The changes in LO 1/2004 take place through the ninth Final Provision of LO 10/2022, in which, essentially, modifications have been made to its Titles I, II, III, V and three of its additional provisions. The concept of gender violence has not been modified, however, despite it being a necessary issue since the ratification of the Istanbul Convention by our country almost a decade ago. In this way, for example, the rights provided for in these laws are limited for many women.

Key words: Criminal law; Victim; Rights; Gender violence; Sexual violence.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto -Generación de conocimiento 2022- PID2022-142009OB-I00 sobre "Análisis retrospectivo de factores concurrentes en los feminicidios de pareja y su evolución en el tiempo para el diseño de mecanismos de prevención" (PREVEMFEM).



1. Introducción

La LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la violencia sexual, que, como se verá, ya ha sido modificada, supuso la modificación de distintos textos normativos.

Entre ellos dio lugar a la modificación de cuatro de los títulos y tres disposiciones adicionales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, bien variando la terminología empleada en algunos extremos, bien añadiendo contenido.

Analizaremos en las siguientes páginas las concretas modificaciones sufridas y los efectos que se derivan de ellas, pero sin perder de vista la importancia que representa para el tema que ambas sean leyes con perspectiva de género y, además, de carácter integral; cuestión que no siempre es positiva.

De hecho, uno de sus principales inconvenientes guarda relación con la modificación que la LO 10/2022 ya ha sufrido por LO 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

2. Las Leyes Orgánicas 1/2004 y 10/2022 como leyes con perspectiva de género y con carácter integral

Ambas leyes guardan dos conexiones, más allá de la modificación que una genera en el articulado de la otra, que a nuestro entender, son especialmente relevantes.

Por una parte nos encontramos ante leyes que responden a lo que se podría denominar una perspectiva de género.

Por otra, ambas tienen carácter integral.

2.1. Las leyes orgánicas 1/2004 y 10/2022 como paradigma de leyes de género

La LO 1/2004 fue la primera ley que introdujo la terminología de la “violencia de género” y lo hizo ya en el título de la ley, lo que podría parecer una declaración de intenciones. El problema, sin embargo, y más allá de otros que surgieron con la ley (pese a la unanimidad con la que se aprobó), como las cuestiones de inconstitucionalidad, reside en lo que se ha de entender por esa violencia.

El Preámbulo de la ley se refiere reiteradamente a la necesidad de enfrentar un problema que es público y no privado y que, como en muchos textos internacionales que se citan y parecen tomarse como referencia, afecta a las mujeres por el hecho de serlo. Se señala, expresamente, que “la Ley pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce contra las mujeres”.

A modo de ejemplo, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General y citada en el Preámbulo de la LO 1/2004, señala en su artículo primero que “por «violencia contra la mujer» se entiende “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

Por su parte, por ejemplo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979 dispuso que la “discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades

fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Sin embargo, el artículo 1 de la LO 1/2004, relativo al objeto de la ley, dispone en su apartado primero que la ley “tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.” (cursiva añadida).

Además, según el apartado tercero la violencia género a la que se refiere la ley comprende “todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”. Estamos, pues, a diferencia de los textos internacionales que la preceden y que la ley invoca, ante una definición que podríamos denominar *limitada* o *restringida*, pues ni protege a todas las mujeres ni lo hace frente a todo tipo de violencia.

Como se puede apreciar únicamente protege a las mujeres por la violencia que puedan sufrir por sus parejas o exparejas (hombres), pero ni se contempla todo tipo de violencia (no se alude, por ejemplo, a la económica), ni todas las que se mencionan se atienden finalmente.

No hay más que pensar en la forma de violencia física de mayor calado que puede existir que es la que deriva en feminicidios y que no tiene una sanción específica en el Código penal (a diferencia, por ejemplo, de las lesiones) por lo que únicamente queda recurrir al empleo de las agravantes de los artículos 22.4 (por la parte incluida en la reforma de 2015) y 23 CP (agravante mixta de parentesco), que pueden aplicarse conjuntamente.

Es más, también las violencias sexuales fueron relegadas al uso de las citadas agravantes genéricas,² pues cuando se redactó la LO 1/2004 no se incluyeron, en el Título IV relativo a la Tutela Penal, modificaciones para responder a esa previsión del artículo 1 de la ley respecto de los tipos relativos a los atentados contra la libertad sexual.³ De hecho, esto no se ha contemplado expresamente, como después se indicará,

² Como reciente ejemplo de la aplicación de la agravante de género en los delitos de agresión sexual, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 722/2023, de 29 de septiembre (rec. 10505/2022). *Vid.*, también, GIL GIL, ALICIA., (2023). “La agravante de ser o haber sido la víctima esposa o mujer ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, en la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual”, en VVAA (Dirs.,) Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés, Tirant lo Blanch, pp. 815-831.

³ En puridad en nuestro CP, de acuerdo con lo dispuesto en la LO 1/2004, como bien señala BOLDOVA PASAMAR, los tipos o delitos de violencia de género “son únicamente cuatro (lesiones, maltrato de obra, amenazas leves y coacciones leves: arts. 148.8, 153.1, 171.4 y 172.2) y se reducen, además, a las relaciones de pareja presentes o pasadas”. Bien es cierto, no obstante, que la presencia del Convenio de Estambul hace que respecto a otros tipos se efectúe una

conexión con la violencia de género desde una perspectiva “más amplia” y relacionada con el hecho de que quienes la sufren son fundamentalmente mujeres. El citado autor, a propósito de los trabajos previos al texto refundido del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, señala la “deturpación del concepto de violencia, al ampliarse hasta extremos sinuosos que resultan incompatibles con su concepto jurídico-penal o que lo desbordan”. *Vid.*, BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL, (2021). “Algunas reflexiones sobre los aspectos jurídico-penales contenidos en el pacto de Estado contra la violencia de género”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, p. 296. Dos páginas después el autor destaca también que, desde un punto de vista demoscópico, se aprecia un uso extensivo del concepto de violencia contra la mujer ya que ciertas conductas que se incardinan dentro del ámbito de estudio no se corresponde con violencia de género ni con otra clase de delito, aunque sean conductas machistas (éticamente reprobables, pero no punibles por ausencia de violencia o amenaza).

hasta, precisamente, la reforma operada por la LO 10/2022.

En este sentido cabe aun destacar que desde el año 2014, en el que España ratificó el Convenio Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, aprobado en 2011), no se ha producido modificación alguna en la definición citada, a pesar de que también el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, incluyó en la medida 102, la necesidad de adaptar nuestra definición a la del convenio de Estambul.⁴

El Convenio de Estambul fija entre sus objetivos el “proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica” (art. 1.a)⁵. Cabe destacar su referencia la “violencia contra las mujeres”, pues no alude a la “violencia de género”, si bien, entre sus definiciones, sí hace referencia a la “violencia contra las mujeres por razones de género”, estableciendo, en su artículo 3 (sobre definiciones) que por ella “se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”. En ese mismo artículo,

entre otras definiciones, se refiere a la “violencia contra las mujeres” por la que se deberá entender “una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”.

A ello se ha de unir que en el artículo 2, que versa sobre el ámbito de aplicación del convenio, se señala que “se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada”.⁶

Así pues, cabría afirmar que, además de ciertas dificultades con respecto al contenido que en nuestro país se otorga a la violencia de género, también se presentan dificultades con la definición, ya que violencia de género y violencia sobre la mujer (o contra la mujer) no son términos sinónimos, a pesar de lo cual el legislador parece entenderlos como tales en ocasiones.⁷

⁴ En el texto la medida estaba en naranja, color que se utiliza cuando “se estima que una medida está en proceso si se han dado pasos suficientemente significativos para su implantación: reuniones, estudios, análisis, programación, proyectos legislativos o reglamentarios... aunque todavía no se pueda considerar totalmente implantada.” Finalizado el Pacto de Estado en 2022, se publicó, avanzado 2023, el informe sobre el mismo, sobre el que no podemos pronunciarnos en estas líneas, aunque sí cabe destacar que la necesidad de seguir trabajando en esta materia es patente y ha dado lugar a la publicación de la “Estrategia estatal para combatir las violencias machistas 2022-2025” (téngase presente la denominación ahora empleada) <https://goo.su/1S0wD5F>

⁵ Vid., <https://rm.coe.int/1680462543>

⁶ Según el artículo 3.b del Convenio de Estambul por “violencia doméstica” se entenderán “todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que

se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima”.

⁷ <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/faqs/types-of-violence> subraya determinados conceptos y expresiones clave entre los que se encuentran “violencia de género” y “violencia contra mujeres y niñas”. Respecto de la primera indica que “se refiere a los actos dañinos dirigidos contra una persona o un grupo de personas en razón de su género. Tiene su origen en la desigualdad de género, el abuso de poder y la existencia de normas dañinas. El término se utiliza principalmente para subrayar el hecho de que las diferencias estructurales de poder basadas en el género colocan a las mujeres y niñas en situación de riesgo frente a múltiples formas de violencia. Si bien las mujeres y niñas sufren violencia de género de manera desproporcionada, los hombres y

Ello no sucede sólo en la LO 10/2022 sino que ya sucedía en la LO 1/2004, pues, pese al título de la ley, por ejemplo, en el Título V se crean los “Juzgados de Violencia sobre la Mujer” que, siguiendo la línea del título, podrían haber sido “Juzgados de Violencia de Género”, en la medida en que su competencia se ve *condicionada* por el hecho de que la víctima sea o haya sido la esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (art. 44, si bien es cierto que también se alude a descendientes o menores o incapaces que convivan con él –y guarden cierta relación civil- cuando hubieran estado presentes).

Algunas definiciones y afirmaciones ya en el Preámbulo de la LO 10/2022 tampoco están exentas de crítica, hasta el punto de que se puede entender que el texto se aparta del Convenio de Estambul.⁸

Y si entramos en el texto de la ley y analizamos su objeto y finalidad (artículo 1), así como su ámbito de aplicación (artículo 3), es posible afirmar que las víctimas sexuales en las que se está pensando son *únicamente* mujeres, niñas y niños o adolescentes; que sólo ellas pueden beneficiarse, por ejemplo, del derecho a la

asistencia integral especializada y accesible previsto en el artículo 33.2,⁹ pues éste se conecta con el 3.2 de la ley que no se refiere a los varones adultos. De este modo, cabría advertir una similitud también en relación con el sujeto activo y pasivo entre las leyes que nos ocupan.

Por último, no es posible acabar este apartado sin, al menos, mencionar que la LO 10/2022 ya ha introducido en algunos artículos del Código penal relativos a los delitos sexuales una sanción más elevada cuando el hecho es llevado a cabo por la pareja o expareja, en los términos que se recogieron en la LO 1/2004.¹⁰

2.2. Las leyes orgánicas 1/2004 y 10/2022 como leyes de carácter integral.

A nadie se le escapa que ambas leyes tienen carácter integral. En el título de ambas se refleja esto. Cabe subrayar, no obstante, que la LO 1/2004 fue la primera que utilizó esta técnica, mientras que la 10/2022 ha sido la última por el momento. Hubo otras entre ellas, y habrá, sin duda, otras después de la LO 10/2022,¹¹ pues resulta indubitado su carácter ventajoso ante determinadas problemáticas como las que nos ocupan; problemáticas que no pueden resolverse

los niños también pueden ser blanco de ella. En ocasiones se emplea este término para describir la violencia dirigida contra las poblaciones LGBTQI+, al referirse a la violencia relacionada con las normas de masculinidad/feminidad o a las normas de género.” En relación con la “violencia contra mujeres y niñas” señala que “se define como todo acto de violencia basado en el género que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o mental para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. La violencia contra las mujeres y niñas abarca, con carácter no limitativo, la violencia física, sexual y psicológica que se produce en el seno de la familia o de la comunidad, así como la perpetrada o tolerada por el Estado.”

⁸ En este sentido, *vid.*, ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER, (2023). “Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-r3, pp. 4-10.

⁹ Como se verá a lo largo del trabajo la LO 10/2022 también prevé expresamente una serie de derechos para las víctimas. Cabe apuntar, brevemente, el enfoque victimocéntrico que se advierte en esta ley, así como en otras recientes, apostando por un cambio respecto a la dinámica anterior.

¹⁰ En este sentido resulta de particular interés el siguiente trabajo: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL Y TRAPERO BARRALES, MARÍA A., (2023). “La cualificación de las agresiones sexuales y la violación a la esposa, exesposa o mujer con análogos vínculos de afectividad o pareja o expareja [arts. 180.1.4ª y 181.4 d) CP”, en *VVAA (Dirs.) Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés, Tirant lo Blanch*, pp. 1341-1375.

¹¹ De hecho, se estaba trabajando en el Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos, pero la ley se vio paralizada por la disolución de las Cortes Generales el 31 de mayo de 2023.

únicamente desde una perspectiva jurídica y aún menos desde un abordaje estrictamente jurídico penal, aunque la presencia de mecanismos articulados por el derecho, y también en concreto por la rama penal del derecho, seguirán siendo imprescindibles.

En todo caso, resulta claro que un enfoque más amplio en el que se incluyan diferentes normas jurídicas e, incluso, otros mecanismos no estrictamente jurídicos sino más bien sociales,¹² como la educación, pueden jugar un papel esencial en la lucha contra estas reprochables conductas. La solución a estos problemas (o al menos su reducción) pasa, pues, por afrontarlos desde distintas perspectivas en una lucha conjunta e integral. El Preámbulo de la LO 10/2022 indica que “al tratarse de una norma compleja que abarca un ámbito particular pero amplio de la

violencia contra las mujeres, la regulación por una ley ad hoc exhaustiva constituye el instrumento más adecuado para garantizar la consecución de dichos fines”. Tampoco puede olvidarse otro aspecto que puede hacer “rentables” las leyes integrales para las esperas de poder: el de la comunicación política.¹³

No obstante, pese al aspecto positivo de estas leyes, se ha de tener también presente un segundo aspecto sobre ellas que ya no es tan positivo como son los problemas que comportan, entre los que destacan problemas de técnica jurídica, algo que, sin ir más lejos, se ha puesto de manifiesto en la propia LO 10/2022¹⁴ a raíz de la cual se produjeron numerosas reducciones de condena y excarcelaciones que provocaron alarma social¹⁵ y una fuerte polémica entre distintos

¹² Recordemos la existencia de mecanismos de control formales e informales. La educación es, en estos campos, fundamental. En relación con el sistema educativo MAGRO SERVET entiende que se hace necesario el protocolo nacional homologado de detección de agresiones sexuales a menores en centros escolares, lo que implica el desarrollo de los artículos 34 y 53 de la LO 8/2001. *Vid.*, MAGRO SERVET, VICENTE, “La necesidad del protocolo nacional homologado de detección de agresiones sexuales a menores en centros escolares”, en *Diario La Ley*, nº 100375 (25 de octubre de 2023), pp. 1-14.

¹³ En este sentido, aunque no lo desarrolla, ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER, (2023). “Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-r3, p. 10, n. 18.

¹⁴ Ley, que, por cierto, para algunos directamente es innecesaria. *Vid.*, en este sentido las argumentaciones de MARTÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA B., (2021). “Por qué es innecesaria e inconveniente una ley integral en garantía de la libertad sexual”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*.

¹⁵ Posiblemente por ello, los medios de comunicación se hacían eco de todas las rebajas y excarcelaciones de modo sistemático. Con el paso de los meses los datos pasaron a ofrecerse de forma menos frecuente. A fecha 24 de noviembre de 2023 el CGPJ publicó que se habían acordado al menos 1.233 reducciones de pena en aplicación de la Ley Orgánica 10/2022 según los datos

recabados, hasta el día 1 de noviembre, del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales. Además, se habían producido al menos 126 excarcelaciones. *Vid.*, <https://goo.su/z3vbfDR>. La Fiscalía, por su parte, abogó por valorar medidas alternativas cuando se rebajara la condena por la ley, aunque, especialmente al principio, intentó directamente oponerse a las posibles rebajas invocando la disposición transitoria recogida en el CP de 1995 sobre esta temática de la retroactividad de las leyes penales, pero, lo cierto es que tal argumento difícilmente podía prosperar ya que los tribunales aludían a que la LO 10/2022 no estableció ninguna regla transitoria, aunque pudo hacerlo, por lo que tiene que regir en sus propios términos el artículo 2.2 del CP sin modulaciones ni restricciones previstas en la transitoria de la regulación de 2015 (que, recordemos, establecía que no se considerase más favorable dicha ley en relación a la anterior cuando la duración de la pena impuesta al hecho con sus circunstancias fuese también imponible con arreglo a la reforma operada). A modo de ejemplo, el 14 de marzo de 2023 la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en Auto nº 22/2023) confirmó, por primera vez, una reducción de pena dictada por la Audiencia Provincial (en diciembre de 2022) tras la entrada en vigor de la Ley 10/2022 al no compartir el criterio de la Fiscalía. Afirma la sentencia que sin una disposición transitoria “que por naturaleza concierne a la ley en la que se inserta, y que no despliega efectos generales sobre otras normas distintas que han prescindido de esa regla, la fuerza en el ámbito penal, su carácter general, lo ostenta el

sectores que terminó por dar lugar a la modificación de la ley por la LO 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Al margen de cuestiones asociadas a definiciones, a las que ya se aludió en el apartado relacionado con su carácter de leyes de “género”, como bien apunta ÁLVAREZ GARCÍA, pese a las posibles bondades de estas leyes son dos los peligros que comportan.

Por una parte, existe el peligro de que “los principios que gobiernan la ley integral interfieran los de las leyes modificadas (códigos penales, civiles, procesales...)”, y, en segundo lugar, como avanzamos, existe el peligro de que “los departamentos que abordan esa ley integral, en algunas ocasiones con insuficientes conocimientos jurídicos, terminen cometiendo importantes errores técnicos”.¹⁶

principio de retroactividad favorable al reo; sus limitaciones o son explícitas, o sencillamente no son; y aún respecto de las explícitas habría que plantearse, en según qué casos, su constitucionalidad o no”. Así, según la Sentencia, “cada supuesto merece un análisis particularizado en el que se confronten no sólo las escalas de penas que se corresponden con las antiguas frente a las nuevas figuras, sino atendiendo también a los términos en los que la sentencia haya determinado la individualización concreta de la pena en función de las circunstancias que incidieron en cada ocasión y enjuiciamiento.” En relación con lo anterior cabe citar la Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre

¹⁶ Vid., ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER, (2023). “Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica

Entre los defectos técnicos que se pueden mencionar en relación con la LO 10/2022 se ha de tener presente, en primer lugar, y en relación con las numerosas revisiones y excarcelaciones a las que ya hemos aludido, la ausencia de Disposiciones Transitorias que tantos problemas generó antes de la reforma y que seguirá generando en la medida en que la LO 10/2022 ha pasado a ser una ley penal intermedia,¹⁷ con lo que ello conlleva. Sin embargo, la LO 4/2023 que la modifica, sí las incluye (la segunda disposición transitoria es la que alude a la cuestión de la revisión de sentencias).

No es éste, sin embargo, el único problema de técnica jurídica. Podemos citar, siguiendo al mismo autor: confusión de rango normativo, errores de remisión o gran desconcierto normativo.¹⁸

Una ley que auna varios de estos problemas y fue modificada por la LO 10/2022, aunque se le prestó poca atención y casi pasó desapercibida en la reforma operada por la LO 4/2023, fue la LO 5/2000. Quizás la razón fue que no llegó a plantear ningún problema en la

10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-r3, p. 10. No es éste el lugar para desarrollarlo, pero, si analizamos la gran cantidad de reformas que el vigente CP ha sufrido y cómo se han realizado muchas de ellas, parece que se hace ya imprescindible una *reformulación* del mismo, empleando, al efecto, todos los medios posibles para preservar la seguridad jurídica, lo que incluye contar con especialistas en la materia.

¹⁷ La STS (Sala de lo Penal) 709/2023, de 28 de septiembre (rec.10164/2023) es un ejemplo de anulación de una rebaja de la pena por la extrema violencia empleada después de la agresión sexual (circunstancia prevista en el nuevo 180.4.2º y que no estaba prevista en la ley aplicada por el tribunal). Constituye, así, un caso en que la ley penal intermedia no puede considerarse más favorable.

¹⁸ Vid., ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER, (2023). “Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-r3, pp. 13-16.

práctica, que sepamos, durante el tiempo en que estuvo redactada en los términos previstos por la LO 10/2022, que la incluyó en su disposición final séptima que, para empezar, no fue una de las que la disposición final decimoséptima dotó de rango orgánico.

Además de eso, llama también la atención que se incluyera la *nueva* medida de “educación sexual y educación para la igualdad”, introducida en el nuevo apartado cinco del artículo siete, en todo caso, como accesoria ante la comisión de un delito de los previstos en los capítulos I y II del Título VIII del Código Penal (esto es, artículos 178 a 183 bis) se incluyera también como imperativa, en el artículo 10.2 c) cuando el delito cometido fuera de los tipificados en los artículos 178-183; reiteración innecesaria¹⁹ que se subsana haciendo desaparecer *silenciosamente* esa letra c del artículo 10.2 en la disposición final segunda de la LO 4/2023.

En dicha disposición final segunda también se procede a cambiar la enumeración de los artículos a los que se puede aplicar el régimen previsto en el artículo 10.2 de la LO 5/2000, suprimiendo algunos apartados de algunos artículos y otros artículos completos, para evitar posibles vulneraciones de los principios

rectores en la materia, pues con la ampliación del ámbito del artículo 10.2 de la LO 10/2022 a todos los delitos contra la libertad sexual surgía un problema de coordinación con los artículos 8.2, 9.2 y 10.2 de la ley del menor al poderse imponer, en algunos casos, a los menores de edad, penas más graves que a los mayores de edad.²⁰

3. Cambios experimentados en la LO 1/2004 con motivo de lo previsto en la Disposición Final 9ª de la LO 10/2022

La Disposición Final novena de la LO 10/2022, se centra, tal y como de su título se desprende, en la modificación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.²¹

Concretamente el texto recibe dieciséis modificaciones. De un análisis de todas ellas es posible afirmar que las modificaciones se concentran en los títulos primero (relativo a las medidas de sensibilización, prevención y detección), segundo (sobre los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género), tercero (sobre Tutela Institucional) y quinto

¹⁹ Por no decir que innecesaria era también la inclusión específica de esa medida habida cuenta del funcionamiento del sistema de menores, lo que puede deberse a esos problemas de *desconocimiento* o *desatención* en el proceso de modificación de los textos.

²⁰ Mencionamos esta ley porque se vio afectada por una de las que tratamos y es un ejemplo, a varios niveles, de los problemas que pueden derivarse de las leyes integrales. No son, sin embargo, las citadas, las únicas posibles críticas, a pesar de que la doctrina no parece haber prestado especial atención a esta concreta *problemática* durante la vigencia de la ley. Y es una cuestión muy relevante, en especial si tenemos en cuenta el aumento de los casos de delincuencia sexual juvenil; algo que queda reflejado en la Memoria de la Fiscalía presentada al inicio del año judicial 2023 (7 de septiembre), según la cual en el último lustro se ha producido un alarmante incremento del 116% de las agresiones sexuales perpetradas por menores en España (en el año 2017 se registraron 451 causas y en 2022, se registraron 974 causas –y 501 condenas según

el INE, esto es un 12,1% más que en 2021-). <https://goo.su/BmlG>. También se hace eco de este aumento SERRANO GÓMEZ, quien pone de manifiesto que vivimos una situación que se agravará con el paso del tiempo, en particular, por nuestros devaluados sistemas educativos. Vid., SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, (2023), “Consideraciones criminológicas sobre los delitos contra la libertad sexual”, en *Diario La Ley*, nº 10414, trabajo en el que también resalta que España es uno de los países europeos con menor índice de delitos contra la libertad sexual, pero en el problema se agrava a un ritmo muy superior al de la criminalidad en general. No entramos, sin embargo, en este trabajo a valorar las modificaciones llevadas a cabo por la LO 4/2023 en relación con la LO 10/2022 porque, al margen de los problemas que hubieran derivado de su carácter de ley integral, también confluyen factores de política criminal y de otra índole que se alejan del núcleo de nuestro trabajo.

²¹ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2022/BOE-A-2022-14630-consolidado.pdf>

(relativo a la Tutela Judicial), además de en algunas de sus disposiciones adicionales (la segunda –protocolo de actuación-, la decimonovena –fondo de garantía de pensiones de alimentos- y la vigésimoprimer –macroencuesta de violencia contra la mujer).

Cuando se procede al análisis de todas las disposiciones afectadas es posible agruparlas en dos tipos de modificaciones: las relativas al cambio de redacción en algunos puntos del texto existente (de mayor o menor calado) y las relativas a la inclusión de nuevos apartados. De este modo, como veremos, se producen cambios, concretamente, en los artículos 3, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 29, 32, 47, 66²² y las Disposiciones Adicionales 3ª y 19ª. La Disposición Adicional 21ª es de nueva incorporación al igual que los artículos 19 bis, 28 bis y 28 ter (todos ellos comprendidos en Título II de la LO 1/2004²³).

Veamos, a continuación, en qué han consistido estos cambios y en qué situación queda, tras ellos, la redacción de la LO 1/2004.

3.1. Modificaciones en artículos ya existentes

Las modificaciones que se han llevado a cabo en artículos ya existentes en la LO 1/2004 no siempre son de la misma envergadura. En

ocasiones se limitan al cambio de una palabra (lo cual no significa, necesariamente, que sea una modificación de escasa relevancia) y en otras se añaden nuevas frases o párrafos. En muchos artículos, de hecho, suceden ambas cosas.

Así, en la modificación del artículo 3, sobre planes de sensibilización,²⁴ se añade el carácter *permanente* al Plan Estatal de Sensibilización y Prevención de la Violencia de género,²⁵ en relación con el cual sólo se hace una modificación en sus elementos y es la de aludir a la presencia de “las víctimas y su entorno” en lugar de a los “afectados” como se hacía en el texto previo a la modificación. Además, se añade que se ha de elaborar un Informe anual de evaluación del Plan que se remitirá a las Cortes Generales.

Tal informe lo ha de elaborar la Delegación del Gobierno contra la violencia de Género una vez oída la Comisión a la que alude el artículo.²⁶

Las modificaciones entre los artículos 17 y 23 afectan a varios capítulos del Título II, sobre los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género.²⁷

²² El artículo 3 se sitúa en el Título primero. Los artículos 17-19 y 21-23 se sitúan en el Título II. Los artículos 29 y 32 en el Título III y los artículos 47 y 66 en el Título V.

²³ Con el 28 bis y el 28 ter se crea un nuevo capítulo en este Título II. Es el Capítulo V del Título II de la LO 1/2004 relativo al derecho a la reparación. Cabe señalar que a este derecho también se hace referencia expresa en el Título VII (arts. 52-57) de la LO 10/2022. Dicho título no es el único en la LO 10/2022 que alude a derechos de las víctimas de violencia sexual (aspecto de la ley que matizaremos posteriormente).

²⁴ Punto uno de la Disposición final novena de la LO 10/2022.

²⁵ Recordemos que el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, inicialmente planteado para el período 2018-2022, se ha visto prorrogado de forma indefinida. *Vid.*, <https://goo.su/m2C6E>

²⁶ Todavía no nos consta la elaboración de este primer informe, aunque ya ha pasado más de un año desde la entrada en vigor de estas disposiciones en atención a lo

previsto en la Disposición final vigesimoquinta de la LO 10/2022. No obstante, cabe mencionar el primero que surgió tras la LO 1/2004, que se puede consultar en <https://goo.su/jpmk>

²⁷ No puede perderse de vista, como indicábamos, que éstos no son los únicos derechos que tiene una víctima en estos casos. Además de las especificidades de la ley de garantía integral de la libertad sexual, se ha de tener presente que una víctima de violencia de género (por cuanto es, como punto de partida, *víctima* tiene acceso a todos los derechos previstos en general para cualquier víctima. En este sentido, entre otros textos como la Ley 35/2995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (también modificada por la LO 10/2022), destacamos lo dispuesto en el Título I de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (<https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-4606-consolidado.pdf>), que alude a los derechos básicos de la víctima: derecho a entender y ser entendida (art. 4), derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes (art.

El Capítulo I de este Título II es el que afecta a “la información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita”.²⁸ Al margen de pequeñas “correcciones”, como pasar a escribir en mayúscula “las Administraciones Públicas”, el único cambio en la redacción se produce en el artículo 17 en el que se señala que todas las mujeres víctimas de violencia de género tienen garantizados los derechos reconocidos en la ley “sin que pueda existir discriminación en el acceso a los mismos”.

Anteriormente se hacía una referencia al acceso a estos derechos especificando un listado de situaciones que eran irrelevantes a tal fin, como eran su origen, relación “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Por lo demás, en relación con el derecho a la información, previsto en el artículo 18, se incluye una alusión expresa a que no puede existir discriminación en el acceso a la plena

información y asesoramiento adecuado, y, también, que la información ha de ser accesible para las mujeres que desconozcan el castellano “o, en su caso, la otra lengua oficial de su territorio de residencia”.²⁹

En el caso del derecho a la atención integral, abordado en el artículo 19, todo son pequeñas adiciones al texto precedente, destacando la importancia de llegar a las zonas rurales y alejadas,³⁰ señalándose la intención de facilitar una distribución equitativa de los servicios así como la accesibilidad a los mismos.

Por otra parte, se presta especial atención a los menores, añadiéndose la necesidad de que, dentro de la asistencia social integral ya existente, hubiera presencia de “profesionales de la psicología infantil para la atención de las hijas e hijos menores víctimas de violencia de género, incluida la violencia vicaria”.³¹

5), derechos de la víctima como denunciante (art. 6), derecho a recibir información sobre la causa penal (art. 7), período de reflexión en garantía de los derechos de la víctima (art. 8), derecho a la traducción e interpretación (art. 9) y derecho al acceso a los servicios asistenciales de los servicios de asistencia y apoyo. Tampoco se puede olvidar que *de facto* podríamos aludir a otros *derechos* de la víctima, como el no declarar contra su pareja en virtud de lo dispuesto en el art. 416 LECrim, relativo a la dispensa del deber de declarar; cuestión muy controvertida en la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha variado significativamente a lo largo de los años, como reflejan los dos acuerdos del pleno de 24 de abril de 2013 y 23 de enero de 2018 y la STS 389/2020 de 10 de julio, del Pleno de la Sala II (rec. 2428/2018), para la cual “una vez que este testigo ha resuelto tal conflicto, primero denunciando y después constituyéndose en acusación particular, ha mostrado sobradamente su renuncia a la dispensa que le ofrece la ley. Si después deja de ostentar tal posición procesal no debe recobrar un derecho al que ha renunciado...”. (<https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/3d97ed62a01847f6>). Cabe añadir también que el artículo 416 LECrim sufrió una modificación a raíz de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, con el objeto, según su Preámbulo, de “*proteger en el proceso penal a las personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección*”. La

modificación supuso la introducción de cinco excepciones a la dispensa contenida en el párrafo primero.

²⁸ Apartados dos, tres y cuatro de la disposición final novena de la LO 10/2022.

²⁹ Ha de recordarse que el derecho a la información es básico y piedra angular para el desarrollo de otros derechos. Si se produce una intervención policial los propios agentes facilitan un documento en el que constan todos los derechos. Ahora bien, el documento en sí no siempre es suficiente. *Vid.*, por ejemplo, la versión de lectura fácil del Acta de información de derechos a persona víctima de violencia de género: https://www.policia.es/miscelanea/ufam/acta_victima_genero.pdf

³⁰ A esta cuestión, la de las mujeres que viven en zonas rurales o las de mayor edad, también se prestó atención en diversas medidas del Pacto de Estado contra la Violencia de Género ya que es evidente que no disponen de los mismos recursos.

³¹ Nos encontramos ante la primera mención expresa en las modificaciones a la “violencia vicaria”. Un tipo de violencia que pasó a estar reconocida por la propia LO 1/2004 en su artículo 1.4 por la disposición final décima de la LO 8/2021, según la cual, se trata de una violencia sobre los familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero del mismo artículo, y cuyo objetivo es causar perjuicio

Aún dentro del Título II se produce la modificación de los artículos 21, 22 y 23, constitutivos del Capítulo II relativo a los derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social.³² En el primero de estos artículos se añade el derecho de la trabajadora víctima de violencia de género “a la adaptación de su puesto de trabajo y a los apoyos que precise por razón de su discapacidad para su reincorporación”.

En relación con la prestación por desempleo se incluye alusión expresa a la LO 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En los casos en los que se produzca reincorporación, además de realizarse en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato, se tendrán que garantizar “los ajustes razonables que se puedan precisar por razón de discapacidad”.

o daño a las mujeres. La expresión violencia vicaria se acuñó por la psicóloga clínica y forense Sonia Vaccaro en 2012 para aludir a situaciones consistentes en “infligir acciones a otras personas o elementos instrumentales, por tal de infligir dolor a una persona en concreto que no es contra quien se está tomando la acción directamente, pero sí quien sufrirá sus consecuencias”. *Vid.*, también, sobre el fenómeno, de la misma autora el primer estudio sobre el fenómeno en España, publicado en 2021: https://psicologiafeminista.com/wp-content/uploads/AMPF-Informe_V_Vicaria-DIGITAL.pdf *Vid.*, igualmente, <https://anue.org/wp-content/uploads/2021/06/Violencia-vicaria.-Articulo-completo.pdf> donde se recoge un informe de la Asociación de las Naciones Unidas para España (ANUE). Nos encontramos ante un fenómeno que se lleva considerando y contabilizando como tal desde hace poco más de una década (2013). Concretamente, hasta el momento, se han constatado 50 fallecimientos de menores en este contexto (<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasmortales/fichamenores/home.htm>), pero la cifra no deja de crecer. En estos momentos se analiza la posible comisión de dos asesinatos de dos menores por parte de su padre, divorciado o en trámites, de la madre de los niños, pero sin denuncias previas en materia de violencia de género <https://goo.su/V096>. Téngase presente la posible imprecisión sobre algunos

Parece, pues, que se contempla expresamente que la violencia de género sufrida pueda haber afectado a la capacidad de la víctima; algo que puede ser bastante factible, como también el que la víctima no contara con trabajo anteriormente, precisamente, por el contexto de control y violencia al que se encontraba sometida.

Por otra parte, con la nueva redacción las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo derivadas de la violencia de género no sólo se considerarán justificadas, sino que también “serán remuneradas”. Finalmente, en el caso de las trabajadoras por cuenta propia que cesen en su actividad para poder hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral como víctimas de violencia de género no sólo se les suspenderá de la obligación de cotización durante un determinado periodo, sino que “se les considerará en situación de cese temporal de la actividad en los términos previstos en el texto refundido de la Ley General de la

extremos de este caso por lo reciente del mismo y por estar siendo seguido aún por los medios de comunicación, ya que todavía no se ha registrado en la estadística correspondiente ni como caso en estudio. Así las cosas, no sorprenden algunas de las últimas modificaciones operadas antes de la que tratamos (en la que también surgirá esta cuestión) como la operada por la LO 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia sobre custodia. No obstante, ya el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, donde se realizó en 2011), ratificado en España en 2014, señalaba la necesidad de tomar medidas “para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visitas relativos a los hijos, tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio”, medidas que tenían que impedir que “el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los hijos”.

³² Apartados seis, siete y ocho de la disposición final novena de la LO 10/2022. Llama la atención que no se hiciera modificación alguna en el Capítulo III del mismo título, relativo a los derechos de las funcionarias públicas. Téngase también presente que la LO 10/2022 alude en su capítulo II del título IV a los derechos laborales.

Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre”.

En el artículo 22, sin embargo, los cambios se han centrado en modificación de expresiones, pero no se ha procedido a hacer ninguna adición en el texto. Tras la reforma no se alude ya “al Plan de Empleo del Reino de España” sino “a los planes anuales de empleo a los que se refiere el artículo 11 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre” y en relación con ellos se afirma que “se desarrollará” un programa (antes previsto) en lugar de aludirse a “se incluirá” el programa en cuestión.

Por último, en relación con este Título y capítulo comentados, el artículo 23, sobre acreditación de situaciones de violencia de género, hace tanto cambio de expresiones como adiciones al texto.

Por lo que se refiere a estas últimas, añade un párrafo en virtud del cual si las víctimas son menores de edad también será posible la acreditación por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial. Recordemos que las víctimas menores de edad pueden serlo tanto de modo directo como indirecto, y que su agresor puede ser tanto mayor como menor de edad, lo que plantea diversas cuestiones de interés.³³

Respecto a la acreditación de la situación de la violencia que nos afecta, se añade, en relación con la acreditación por parte de los servicios de acogida de la Administración Pública

competente, que sean los “destinados a las víctimas de violencia de género”.

Es curiosa esta adición con mención expresa a las víctimas de “violencia de género”, especialmente porque este artículo, cuyo encabezamiento alude a la acreditación de situaciones de violencia de género, cambia un par de frases del texto y lo hace para suprimir la alusión a la “violencia de género” (que mantiene en el encabezamiento, por no mencionar en el título de la ley) y reemplazarla por “violencia contra las mujeres”.³⁴

Si tenemos presente que, en realidad, no nos encontramos ante términos sinónimos, cuesta comprender el motivo de este cambio.

El siguiente artículo modificado por la LO 10/2022 en la LO 1/2004 es el artículo 29, primero del Título III sobre Tutela institucional.³⁵ De nuevo advertimos el empleo un tanto *errático* de las expresiones “violencia de género” vs “violencia contra la mujer”.

En este artículo, sobre la Delegación del Gobierno contra la violencia de Género (encabezamiento que no ha variado con la reforma) se ha sustituido en varias ocasiones la alusión a esta misma delegación como “Delegación del Gobierno contra la Violencia sobre la mujer” por “contra la Violencia de Género”, lo cual sintoniza más con el encabezamiento del artículo.³⁶

Sin embargo, continúa el artículo con una frase en la que precisamente señala que dicha Delegación también “elaborará la

³³ Aunque no puede ser ésta una cuestión abordada en este trabajo, es conveniente tener presente que el sistema de menores plantea bastantes matices. *Vid.*, COLÁS TURÉGANO, M^a ASUNCIÓN, (2021), “La tutela del menor víctima de la violencia de género. marco normativo procesal y penal”, en *Rev. Boliv. de Derecho* Nº 32, julio 2021, pp. 650-689.

³⁴ También se da un cambio en la mención a las comunidades autónomas, que pasan a escribirse en minúscula.

³⁵ Apartados seis, siete y ocho de la disposición final novena de la LO 10/2022.

³⁶ También se ha modificado el Ministerio al que está adscrita que pasa de ser el de Trabajo y Asuntos Sociales a ser el de Igualdad o bien el departamento con competencias en la materia.

Macroencuesta contra las Mujeres”, volviendo a *mezclar* ambas expresiones.³⁷

En el Título III sólo se modifica un artículo más, que es el 32, sobre los planes de colaboración. En él destaca la mención, al final del apartado cuarto, a “las mujeres mayores o aquéllas que viven en el ámbito rural”, como un grupo de mujeres que por sus circunstancias personales o sociales puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en la ley.

Antes únicamente se ponían como ejemplos de ese grupo de mujeres con mayores dificultades a las que pertenecían a minorías, las inmigrantes, las que estuvieran en situación de exclusión social o las mujeres con discapacidad; perfiles, en todo caso, muy diversos, como se puede apreciar. Cabe recordar que la especial preocupación por las mujeres de mayor edad y por las que viven en ámbito rural se puso ya de manifiesto en varias medidas del Pacto de Estado contra la Violencia de Género.³⁸

El título V, sobre Tutela Judicial, se ha visto modificado en dos artículos: el 47³⁹ sobre formación, que se sitúa en el Capítulo I, de los Juzgados de Violencia sobre la mujer, y el artículo 66,⁴⁰ sobre la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores, que forma parte del capítulo IV sobre medidas judiciales de protección y de seguridad.

En el artículo 47, más allá de la cuestión formal, vista en más apartados, de escribir “comunidades autónomas” en minúsculas, el

aspecto más relevante es la inclusión, al final del artículo, de la necesidad de tener en cuenta en los cursos de formación también la violencia vicaria; fenómeno al que ya se alude en más ocasiones en este trabajo, pues ha sido objeto de incorporación en distintos artículos.

El artículo 66, por el contrario, ha variado sustancialmente. Para empezar ya no se establece la suspensión del régimen de visitas (antes “visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes”) de modo potestativo, sino que el juez tiene que ordenar la suspensión de dicho régimen de visitas (y también de estancia, relación o comunicación) del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él.

A partir de esa significativa modificación se añade nuevo texto al artículo en virtud del cual, en el supuesto de que el Juez no acordara la suspensión en interés superior del menor, tendrá que pronunciarse necesariamente sobre el modo en el que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del citado inculpado respecto de los menores que dependan de él.

Finaliza el artículo indicando que: “Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, a través de servicios de atención especializada y realizará un seguimiento periódico de su evolución, en coordinación con dichos servicios”.

Esta previsión va en la línea de lo dispuesto en el ordenamiento civil, en el que se modificó el

³⁷ A esta macroencuesta se hará referencia en el siguiente apartado a propósito de la nueva disposición adicional 21. Más allá de lo expuesto en el artículo 29 sólo se procede a cambiar la referencia de “titular” por “la persona titular” en relación con la Delegación de Gobierno, y a escribir “administraciones” con minúsculas. Esto también sucede en el artículo 32.3 (en el que pasa a haber tres párrafos porque el primero introduce un punto y aparte) y en el 33.1 en relación con las “administraciones sanitarias”.

³⁸ *Vid.*, los Ejes 1, 3 y 6, así como las medidas 31, 67 y 178 ss (para mundo rural) y medidas 35, 100 y 192 (para

las “mujeres mayores”, que según el texto son las de más de 65 años). *Vid.*, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf

³⁹ Apartado doce de la disposición final novena de la LO 10/2022. A la formación también se dedican varios artículos en el Título III de la LO 10/2022.

⁴⁰ Apartado trece de la disposición final novena de la LO 10/2022.

artículo 94 CC vía LO 8/2021 (estableciendo la suspensión automática del régimen de visitas frente al progenitor que se viera inmerso en un procedimiento penal de violencia doméstica o de género).⁴¹

Cabe señalar que son frecuentes resoluciones que suspenden ese régimen,⁴² pero también son conocidos casos en los que esto no sucede con consecuencias desgarradoras.⁴³ Sin duda, una valoración del riesgo adecuada podría permitir fundar una resolución motivada en cuanto a la decisión respecto a la concesión de las visitas, pero ésta no es fácil (no tenemos más que pensar en las dificultades que ya se plantean para valorar el riesgo de la mujer víctima o potencial víctima).

El régimen penal tampoco es ajeno a esta protección que se canalizó vía artículo 55 CP a raíz de la STS (Sala de lo Penal) 568/2015, de 30 de septiembre, (rec. 10238/2015) por la que se avala, modificando así su criterio anterior, la privación de la patria potestad por vía penal en los casos de delitos castigados con 10 o más años de cárcel, si hay relación directa entre delito y el ejercicio de la patria potestad, y se determina expresamente en la sentencia. Y ello sin olvidar la posible

aplicación de la pena privativa de la patria potestad (prevista en el artículo 39.j)

Por último, se ha de hacer mención a dos disposiciones adicionales que se han visto modificadas por la LO 10/2022: la segunda, sobre protocolo de actuación,⁴⁴ y la décimonovena,⁴⁵ sobre el fondo de garantía de pensiones.

En el protocolo de actuación se añade que los protocolos han de prestar especial atención a la violencia vicaria.⁴⁶ Son varias las disposiciones de la LO 1/2004 que incluyen especial referencia a este tipo de violencia vía LO 10/2022. Teniendo en cuenta que la modificación que incluyó el reconocimiento de esta violencia vicaria en la LO 1/2004 es varios años anterior, es llamativo que se esperara tanto para hacer estas modificaciones y que se hicieran a través de una ley de garantía integral de la libertad sexual.

Por su parte el fondo de garantía de pensiones añade “de alimentos” a su título.

En su contenido se aprecia una nueva frase de inicio de la disposición. Concretamente se advierte de que el estado ha de garantizar estos pagos “en el marco de la protección

⁴¹ Su redacción dio lugar a interpretaciones opuestas, a una cuestión de inconstitucionalidad y a un interesante pronunciamiento del Tribunal Constitucional: STC 106/2022 de 13 de septiembre de 2022.

⁴² Por ejemplo, en la STS 626/2022 (Sala de lo Civil), de 26 septiembre (rec.5819/2021), se suspende el régimen visitas entre un padre condenado por violencia de género y su hija de cuatro años por considerarlo perjudicial para la menor debido a la presencia de “desajustes psicológicos” que el progenitor padecía en el momento y que le impedían. Al respecto, y enlace a la sentencia, en <https://goo.su/eke5Q>

⁴³ Muy mediático en este sentido fue el caso de violencia vicaria sucedido en Sueca cuando el padre mató a su hijo de once años, en abril de 2022, asestándole diecisiete puñaladas después de hacerle saber a su madre lo que iba a suceder. Fue un caso en el que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 5 de Sueca, había otorgado la custodia compartida al padre, en el marco de un proceso de divorcio de mutuo

acuerdo, poco más de un mes después de que fuera condenado por violencia de género.

⁴⁴ Apartado catorce de la disposición final novena de la LO 10/2022.

⁴⁵ Apartado dieciséis de la disposición final novena de la LO 10/2022.

⁴⁶ Hasta el momento son muchos los protocolos que se han puesto en marcha en el campo de la violencia de género, con más o menos éxito. El más reciente es el conocido como “protocolo cero”, que es del año 2021 y es el protocolo de primer contacto policial con víctimas de Violencia de Género en situación de desprotección y que resulta destacable por estar orientado a “canalizar de manera adecuada la información relativa a minimizar el riesgo de las víctimas en situación de posible desprotección y *que manifiestan su deseo de no denunciar hechos que pueden ser constitutivos de un delito en el marco de la violencia de género*” (cursiva añadida). Puede verse el listado de protocolos en <https://goo.su/cgQG7>

contra la violencia económica en los términos previstos en esta ley”.⁴⁷

También se incluye en la disposición un nuevo segundo párrafo con el siguiente tenor: “Para reforzar las medidas de apoyo a las víctimas de violencia económica, el Gobierno modificará la regulación actual del Fondo de Garantía de Pensiones en el sentido de mejorar su accesibilidad, su eficacia y su dotación económica, a través de la modificación del Real Decreto 1618/ 2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.”

La alusión reiterada en este punto a la violencia económica tiene sentido en el marco de los tipos de violencia que deberían estar ya abarcados en la definición aplicada en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, teniendo en cuenta que aún manejamos un concepto restringido en el que no se hace eco *de facto* en la legislación de violencia de género a algunas de las conductas ya recogidas en el articulado del Código penal, no tiene demasiado sentido la referencia a una violencia que ni ha sido mencionada en la definición que manejamos actualmente en la ley.

Es positivo este intento de ampliación, pero se acusa cierta falta de coherencia y desorden en la regulación, ya que no parece lógico aludir expresamente a la mencionada “violencia económica en los términos previstos en esta ley”, cuando la ley todavía no la menciona expresamente (como se refleja en el artículo 1.3 LO 1/2004).

3.2. Nuevas incorporaciones

La primera de las nuevas incorporaciones se sitúa en el Título II y es el artículo 19 bis,

dedicado a la atención sanitaria.⁴⁸ En este artículo se prevé la atención sanitaria por parte del Sistema Público de Salud para las mujeres víctimas de violencia de género y para sus descendientes, realizándose especial mención a la importancia de la atención psicológica y psiquiátrica, así como al seguimiento de su evolución hasta su completa recuperación, tanto en lo relativo a su sintomatología como a las secuelas psíquicas y físicas que puedan sufrir como consecuencia de la violencia sufrida.

Esto es especialmente importante pues, por una parte, es sabida la deficitaria atención que se proporciona actualmente a la salud mental por parte de los organismos públicos. No son estos los únicos casos en los que dicha atención tendría que extenderse, pero es positivo que se haga referencia expresa a ello, y, por ende, también a la necesidad de psicólogos infantiles dado que los menores pueden ser víctimas de violencia de género directa o indirecta, si bien el artículo sólo alude a esta última necesidad “para la atención de los hijos e hijas menores que sean víctimas de violencia vicaria”.

En nuestra opinión, por lo apuntado, esa asistencia se limita equivocadamente. Parece que el legislador no tuviera presente lo que él mismo reconoció (presencia de menores también como víctimas directas) en el artículo 1.2 de la LO 1/2004.⁴⁹

Por otra parte, el reconocimiento expreso de este derecho a la atención sanitaria es de gran importancia pues no es infrecuente que una mujer que haya sufrido o esté sufriendo violencia de género padezca el conocido como

⁴⁷ Vid., este reciente estudio sobre ella: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2023/pdf/Violencia_economica_pareja_expareja.pdf

⁴⁸ Apartado diez de la disposición final novena de la LO 10/2022.

⁴⁹ En virtud de la modificación operada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Téngase presente que los psicólogos infantiles tratan a niños y adolescentes que, según la OMS, la adolescencia abarca el periodo entre los 10 y los 19 años.

“síndrome de la mujer maltratada” (SIMUM)⁵⁰ que no pocos problemas adicionales ha planteado, por ejemplo, en sede judicial, como consecuencia del tipo de relatos que estas mujeres suelen hacer y que, difícilmente, cumplían con las premisas típicas para conceder verosimilitud a su testimonio, máxime en procedimientos de esta naturaleza en los que la única prueba puede ser el testimonio de la víctima. Tal y como se desprende de la jurisprudencia,⁵¹ es posible afirmar que se “viene declarando de manera

constante y reiterada que el testimonio de la víctima, aunque no hubiese otro más que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia, siempre que se analice su testimonio conforme a los criterios que ha construido nuestra jurisprudencia de forma reiterada”, y que son tres: Ausencia de incredibilidad subjetiva,⁵² verosimilitud⁵³ y persistencia en la

⁵⁰ Nos encontramos ante un síndrome complejo cuya denominación fue acuñada en 1977 por WALKER (WALKER, LEONORE (2012). *El síndrome de la mujer maltratada*. Desclée de brouwer editores) (quien también acuñó “el ciclo de la violencia”) y afecta al equilibrio emocional de las mujeres y perjudica su salud mental. Produce, por ejemplo, pérdida de autoestima o autoculpa, distorsiones en la expresividad, en la percepción, en la memoria o la emotividad (cuestiones que pueden afectar a su testifical) y puede asociarse a otros síndromes. Según la autora hay una serie de criterios que permiten reconocer el síndrome. Aunque, con matices, podríamos aludir a: recuerdos intrusivos del suceso o sucesos traumáticos; hiper excitación y altos niveles de ansiedad; comportamiento de evitación y entumecimiento emocional, normalmente expresado como depresión, disociación, minimización, represión y negación; relaciones interpersonales irregulares e interrumpidas derivadas del poder del agresor y sus medidas de control; imagen corporal distorsionada y/o dolor físico o somático; problemas en las relaciones sexuales; sufrimiento de un suceso traumático por el que teme sufrir daño físico o perder la vida cuyos efectos secundarios duran más de cuatro semanas y que tienen un impacto en partes importantes de la vida de la víctima (como el trabajo, el colegio o las relaciones con los demás). Es más, puede dar lugar hasta al suicidio de la mujer cuando no ve salida ante su sufrimiento. Como indica URRRA PORTILLO “Las mujeres que han sufrido violencia machista de pareja o expareja tienen cinco veces más probabilidades de tener pensamientos suicidas que aquellas que no han sufrido esta violencia”. A lo que se ha de añadir que “en un contexto de angustia, depresión y desesperanza, se produce un suicidio inducido o provocado, como revelan las autopsias psicológicas que determinan la relación causal entre maltrato machista y autolisis.” Añade también el autor que los expertos en psicología tienen que explicar “el proceso de colonización mental, la persuasión coercitiva y el síndrome de adaptación paradójica”. Vid., URRRA PORTILLO, JAVIER., (2023) “Comunicación,

violencia de género y suicidio”, en *Revista Española de Comunicación en Salud* 2023, v. 14, n. 1, p. 106.

⁵¹ En este sentido, *vid.*, por todas, el fundamento de derecho tercero de la STS (Sala 2ª) 567/2015, de 6 de octubre de 2015 (rec. nº 10392/2014).

⁵² Tal y como se indica en el texto y en la nota citada en la nota anterior, la ausencia de incredibilidad subjetiva, que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales, “da lugar a dos aspectos subjetivos relevantes: a) Sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez. En este apartado, los informes periciales son imprescindibles. b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones (Sentencia de 11 de mayo de 1994).”

⁵³ Siguiendo con la misma sentencia sobre este requisito se puede matizar que la verosimilitud del testimonio se basa en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone: “a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea, no contraria a las reglas de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido. b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado

incriminación.⁵⁴ Si bien es cierto que “no pueden ser considerados como reglas de apreciación tenidas como obligatorias, pues no ha de olvidarse que la valoración de la prueba ha de obtenerse en conciencia (art. 741) y ha de ser racional (art. 717)” porque “se trata de criterios orientativos a tener en cuenta por el tribunal y que posibilitan la motivación de la convicción que, se reitera, la ley exige sea racional”,⁵⁵ ha de resaltarse las dificultades que presentan las testificales como prueba única de cargo en el caso de

en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima.”

⁵⁴ Esta persistencia en la incriminación debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. “Este factor de ponderación supone: a) Persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable ‘no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones’ (Sentencia de 18 de junio de 1998). b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar. c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes”

⁵⁵ Fundamento jurídico 4 de la STS (Sala Segunda de lo Penal) núm. 891/2014, de 23 de diciembre (rec. 1455/2014).

⁵⁶ La STS 140/2004, de 9 de febrero señala que “la declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (Sentencias de 5 de junio de 1992, 11 de octubre de 1995, 17 de abril y 13 de mayo de 1996 y 29 de diciembre de 1997). Exigencia que, sin embargo, habrá de ponderarse adecuadamente en los delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim), puesto que, como señala la Sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la

víctimas de violencia de género, muy comúnmente afectadas, como se ha indicado, por el SIMUM y en las que las “corroboraciones periféricas” que ayuden a la credibilidad de su testimonio son de gran relevancia.⁵⁶

Efectivamente, teniendo en cuenta los efectos derivados del SIMUM resulta de especial interés lo fijado en la STS (Sala de lo Penal) 119/2019, de 6 de marzo, pues en ella se prevén una serie de criterios orientativos (un total de once)⁵⁷ a tener en cuenta ante la

imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de circunstancias concurrentes en el hecho”.

⁵⁷ Los once criterios orientativos del Tribunal Supremo a la hora de valorar la declaración de la víctima son: seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa; concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa; claridad expositiva ante el Tribunal; “Lenguaje gestual” de convicción (este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los “gestos” con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal); seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble; expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos; ausencia de contradicciones y concordancia del *iter* relatado de los hechos; ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad; la declaración no debe ser fragmentada; debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido, y, por último, debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica. En esta sentencia, aparte de las pautas generales, el Supremo indica que en casos de violencia de género hay que tener en cuenta que la víctima puede padecer una situación de temor o “revictimización” por volver a revivir lo sucedido al contarle de nuevo al tribunal. Y señala algunos de los factores que han de ser tenidos en cuenta por el tribunal. Estos son: “1.- Dificultades que puede expresar la víctima ante el tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración. 2.- Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido. 3.- Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y

declaración de estas víctimas en el proceso penal.

Además, posiblemente este síndrome esté presente en la mente del legislador cuando en este nuevo artículo 19 bis, apartado tercero, fija que han de establecerse “medidas específicas para la detección, intervención y asistencia en situaciones de violencia contra las mujeres con discapacidad, mujeres con problemas de salud mental, adicciones u otras problemáticas u otros casos de adicciones derivadas o añadidas a la violencia”.

En el citado artículo también se refleja la privacidad e intimidad “de las mujeres”⁵⁸ y de las decisiones que tomen en relación con su atención sanitaria.⁵⁹

El artículo 19 bis no ha sido la única incorporación en el Título segundo de la LO 1/2004. Como ya se avanzó también se creó un Capítulo V, relativo al derecho a la reparación, y formado por los artículos 28 bis y 28 ter.⁶⁰ En el primero de ellos se hace referencia al alcance y garantía del derecho y en el segundo a las medidas para garantizar el derecho a la reparación.⁶¹

La LO 1/2004 recoge que el derecho a la reparación comprende las medidas necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social, las acciones de reparación simbólica, las garantías de no repetición y la compensación económica por los daños y

perjuicios derivados de la violencia. Y esta compensación económica ha de poder satisfacer, al menos, una serie de conceptos enumerados en el texto, entre los que se encuentran algunos más fácilmente cuantificables (pérdida de ingresos o tratamiento terapéutico, por ejemplo) que otros (como, por ejemplo, el daño moral, el daño a la dignidad y el daño social –entendido como daño al proyecto de vida-). La indemnización ha de ser satisfecha por la o las personas civil o penalmente responsables.

Por su parte, las administraciones públicas han de procurar la red de recursos de atención integral del Título II para garantizar la completa recuperación física, psíquica y social de las víctimas.⁶² También velarán por el derecho a la supresión en buscadores de internet y medios de difusión públicos (tengamos presente que en estos casos podemos habernos enfrentado a algunos concretos tipos de delitos que, incluso no siendo estrictamente de género, afectan significativamente más a las mujeres y que presentan especiales dificultades por el medio empleado en su ejecución).

Las administraciones públicas también podrán conceder ayudas complementarias (por ejemplo para financiar tratamientos de reconstrucción genital femenina) y se encargaran de tomar las medidas precisas para evitar represalias o amenazas.⁶³

asumible temor de las víctimas. 4.- Deseo de terminar cuanto antes la declaración. 5.- Deseo al olvido de los hechos. 6.- Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración”.

⁵⁸ Aunque, entendemos, podría haberse incluido la referencia de menores (y adolescentes) para evitar interpretaciones innecesariamente restringidas.

⁵⁹ La LO 10/2022 también tiene presente la detección de las violencias sexuales vía detección e intervención en el ámbito sanitario (art. 20).

⁶⁰ Apartado cinco de la disposición final novena de la LO 10/2022; ley en la que también se dedica un título completo (el VII, formado por los artículos 52 a 57) a este mismo derecho.

⁶¹ El contenido del 28 bis y el principio del 28 ter vienen a ser lo dispuesto en el artículo 52 de la LO 10/2022, relativo también, según su título, al alcance y garantía del derecho a la reparación. Los otros artículos del Título VII de la LO 10/2022 aluden a la indemnización, la pensión de orfandad y prestación de orfandad, completa recuperación y garantías de no repetición, fondos para la reparación a las víctimas y reparación simbólica y enfoque reparador integral transformador.

⁶² Es interesante tener presente cómo en ocasiones se alude a víctimas y en otras a mujeres. Ya vimos anteriormente que, en ocasiones, también se usa de un modo aparentemente *indistinto* violencia de género y violencia contra la mujer.

⁶³ Obviamente, para ello se hace necesario ser capaces de reconocer a las víctimas (o a las potenciales víctimas

Igualmente promoverán el compromiso colectivo frente a la violencia contra las mujeres y el respeto por las víctimas.

Finalmente, la disposición adicional vigésimoprimera⁶⁴ surge para recoger la Macroencuesta de violencia contra la mujer, cuyos resultados han de realizarse y publicarse por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género con una periodicidad mínima trienal. Como ya vimos, la Macroencuesta se recogía (y recoge) en el artículo 29 de la LO 1/2004, pero ahora se exige una periodicidad que no estaba prevista anteriormente en la ley.

De hecho, la última Macroencuesta es del año 2019 y se esperaba la próxima en 2023, si atendemos a la fecha de la anterior,⁶⁵ pues se realizaban de una forma menos asidua de lo que se pretende.

4. Conclusiones

En atención a lo expuesto queda clara la importante modificación que, por parte de la LO 10/2022, ha sufrido la LO 1/2004 en lo relativo a las medidas de sensibilización, en lo que respecta a los derechos de las víctimas de violencia de género, en lo relativo a la Tutela Institucional y la Tutela Judicial, además de en lo relativo a protocolos de actuación, el fondo de garantía de pensiones de alimentos y la macroencuesta de violencia contra la mujer.

Sin duda algunas de esas modificaciones son positivas, pero no todas. Por ejemplo, el hecho de que la LO 10/2022 ya haya

cuando no denuncian), algo que hasta el momento aún presenta demasiadas dificultades, como también las presenta el poder protegerlas una vez identificadas (como consecuencia, por ejemplo, de las dudas que plantea el programa VIOGEN u otros similares).

⁶⁴ Apartado quince de la disposición final novena de la LO 10/2022 (que, en origen, aludía a la disposición decimosegunda en el BOE 215 de 7 de septiembre de 2022, p. 124258).

⁶⁵ Las dos macroencuestas existentes sobre *la violencia contra la mujer* se pueden consultar en <https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Violencia/Macroencuestas.htm> y en

introducido en algunos artículos del Código penal relativos a los delitos sexuales una sanción más elevada cuando el hecho es llevado a cabo por la pareja o expareja en los términos que se recogieron en la LO 1/2004 es coherente (e incluso se hacía necesario) con la actual redacción.

Por otra parte, la referencia expresa a la violencia vicaria en algunos artículos de la LO 1/2004 gracias a lo dispuesto en la LO 10/2022 puede resultar beneficiosa, aunque teniendo presente el tiempo que hace que se recogió en la LO 1/2004 dicha violencia, todas esas matizaciones hubieran sido oportunas mucho antes.

Sin embargo, en relación con la conexión entre las dos leyes que nos ocupan, también se aprecian algunas deficiencias o, cuanto menos, cuestiones que podrían haberse regulado en otros términos o, como avanzamos, en otros momentos.

La tendencia del legislador a emplear de forma *pretendidamente indistinta* de los términos violencia de género y violencia contra la mujer no nos parece oportuna. Y el hecho de que su nueva etapa de lucha contra esta lacra lleve en su título la alusión a las “violencias machistas” sólo puede generar más confusión.

Hubiera sido deseable que se aprovechara esta reforma, de carácter integral (quizás también el motivo de algunos *defectos* como el de aludir a una violencia económica en una disposición adicional que no está aún en el

<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/home.htm> También resulta interesante tener presente la Encuesta Europea de *Violencia de Género* de 2022, que, según consta en la web en la que se puede consultar, es la primera encuesta *sobre violencia contra la mujer* que se realiza dentro del marco del Sistema Estadístico Europeo (SEE), cuya coordinación lleva a cabo Eurostat (Comisión Europea), la oficina estadística de la Unión Europea. *Vid.*, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/Encuesta_Europea/home.htm

articulado) y que afecta, entre otras normas, a la LO 1/2004, para, definitivamente ampliar el sentido de la violencia de género tal y como aún está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, respondiendo así a lo dispuesto en el Convenio de Estambul y a lo ya intentado por el Pacto de Estado contra la Violencia de Género.

Al no haberse realizado así, nos encontramos con que los derechos inicialmente contemplados en la LO 1/2004 y, posteriormente, ampliados -o modificados- por la LO 10/2022 no podrán ser disfrutados por muchas mujeres que tendrían que poder acceder a ellos.

Ello constituye, sin duda, una oportunidad perdida con consecuencias negativas.

Referencias

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (2022). “La libertad sexual en peligro”, en *Diario La Ley*, nº 10007.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (2023). “Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-r3, pp.1-28. <http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-r3.pdf>
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (2021). “Algunas reflexiones sobre los aspectos jurídico-penales contenidos en el pacto de Estado contra la violencia de género”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, pp. 292-307. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7971157>
- COLÁS TURÉGANO, M^a Asunción (2021). “La tutela del menor víctima de la violencia de género. marco normativo procesal y penal”, en *Rev. Boliv. de Derecho*, nº 32, julio 2021, pp. 650-689.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y TRAPERO BARRALES, María A., (2023). “La cualificación de las agresiones sexuales y la violación a la esposa, exesposa o mujer con análogos vínculos de afectividad o pareja o expareja [arts. 180.1.4^a y 181.4 d) CP”, en VVAA (Dir.s.) *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, pp. 1341-1375.
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús (2022). “Juristerapia y la Ley Sissi, why is it that only «no» means «no»”, *Diario La Ley*, nº 103321. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9019093>
- GIL GIL, ALICIA., (2023). “La agravante de ser o haber sido la víctima esposa o mujer ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, en la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual”, en VVAA (Dir.s.) *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, pp. 815-831.
- LLORIA GARCÍA, Paz y CRUZ ÁNGELES, Jonatán (2019). *La violencia sobre la mujer en el S. XXI: Género, Derecho y TIC*, Aranzadi. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=734086>
- MAGRO SERVET, Vicente (2023). “La necesidad del protocolo nacional homologado de detección de agresiones sexuales a menores en centros escolares”, en *Diario La Ley*, nº 100375, pp. 1-14. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9146181>
- MAGRO SERVET, Vicente (2022). “Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía de la libertad sexual”, en *diario la Ley*, nº 10133. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8574406>
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca (2021). “Por qué es innecesaria e inconveniente una ley integral en garantía de la libertad sexual”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. (Ejemplar dedicado a: La reforma de los delitos sexuales).

- MARTÍN SÁNCHEZ, María (2018). *Estudio integral de la violencia de género*, Tirant lo Blanch.
- MERCHÁN GONZÁLEZ, Amaya (2023). “La ¿definitiva? Regulación contra la libertad sexual”, *Diario La Ley*, nº 10311. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8990061>
- MOLINA CABALLERO; María Jesús (2015). “Algunas fronteras de la ley integral contra la violencia de género: jurisdicción de menores y mediación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 17-24, <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-24.pdf>
- URRA PORTILLO, Javier (2023) “Comunicación, violencia de género y suicidio”, en *Revista Española de Comunicación en Salud*, v. 14, n. 1, 106-110. <https://doi.org/10.20318/recs.2023.7838>
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso (2023), “Consideraciones criminológicas sobre los delitos contra la libertad sexual”, en *Diario La Ley*, nº 10414. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9242240>
- VVAA (2014). *Victimología: un estudio sobre la violencia y los procesos de victimización*, Dykinson.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (2018). *Política criminal española en materia de violencia de género*, Tirant lo Blanch. <https://doi.org/10.2307/j.ctvf3w3tj.13>
- WALKER, Leonore (2012). *El síndrome de la mujer maltratada*. Desclée de brouwer editores.



Perspectiva de género y derecho penal: Consideraciones a propósito de la Ley del “sólo sí es sí”

Gender perspective in criminal justice system: An analysis over ‘only yes means yes’ sexual consent law

Alejandro Manzorro Reyes

Magistrado Juez de Juzgado de Primera Instancia
alejandro.manzorro@justicia.es
Ministerio de Justicia

Resumen

La idea de que el Derecho tiene género (evidentemente masculino) permite concluir que el Derecho no es neutro, que las mismas prácticas significan cosas diferentes para hombres y para mujeres y que lo que se presenta como neutral esconde, en la mayoría de las ocasiones, un mecanismo de dominación masculina. Dado que el Derecho está atravesado por estructuras androcéntricas, resulta obligado realizar un análisis críticamente desde una perspectiva feminista de la nueva Ley del “sólo sí es sí” en el ámbito jurídico, con las repercusiones y debate jurídico político que ha despertado la misma llegando a partir de dicho examen, a una serie de conclusiones dignas de tener en cuenta si se pretende enfrentar de forma científica el conflicto que se demanda. Este trabajo es fruto de una comunicación en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla los días 16 y 17 de marzo de 2023, y circunscribiéndose a esta, por lo que en este texto no se aborda la llamada “contrarreforma” a través de la cual se vuelve a valorar a nivel legal los medios comisivos violencia/intimidación para el establecimiento de los marcos penales.

Palabras clave: mujeres maltratadas; violencia sobre la mujer; Ley del consentimiento; perspectiva de género; sólo sí es sí.

Abstract

The idea that the Law has a gender (obviously masculine) allows us to conclude that the Law is not neutral. Same practices mean different things for men and women and that what is presented as neutral hides, in most cases, a mechanism of male domination. Given that the Law is permeated by androcentric structures, it is necessary to critically analyze from a feminist perspective the new Law of “only yes is yes” in the legal field, with the repercussions and political legal debate that it has awakened. Precisely in view of this scenario, one of the main objectives of this article is to try to shed light on this complex issue, not only reconciling the human conflict with a legally acceptable response, but also trying to achieve uniformity of criteria for applying the Law. This work is the result of a communication at the Pablo de Olavide University of Seville on March 16 and 17, 2023, limited to this, so this text does not address the so-called “counter-reform” through which it becomes to assess at a legal level the means of violence/intimidation for the establishment of criminal frameworks.

Key words: Battered women; violence against women; sexual consent law; gender perspective; only yes mean yes; .

Cómo citar este trabajo: Manzorro Reyes, Alejandro. (2024). Perspectiva de género y derecho penal: Consideraciones a propósito de la Ley del “sólo sí es sí. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4), 139–158. <https://doi.org/10.46661/respublica.9364>

Recepción: 11.11.2023

Aceptación: 12.02.2024

Publicación: 04.04.2024



Este trabajo se publica bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.

1. Introducción a una reforma penal fruto de la presión social

Con anterioridad a la entrada en vigor a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, comúnmente conocida como Ley del “sólo sí es sí”, nos encontrábamos ante un panorama donde las soluciones promovidas tanto por la doctrina científica como las adoptadas por los Juzgados y Tribunales no eran uniformes, sino divergentes, siendo que cuando el ordenamiento jurídico no otorga una regulación satisfactoria al conflicto que la demanda y se manifiesta incapaz de resolverlo, no sorprende en absoluto que los Jueces sigan tal disparidad de criterios.

Es por ello, que la nueva Ley del “sólo sí es sí” ha supuesto una nueva óptica en el ordenamiento jurídico

La aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, responde, tal y como en su preámbulo se indica, a una serie de movilizaciones y acciones públicas promovidas por el movimiento feminista que, en consideración del legislador penal español, han dado mayor visibilidad a las violencias sexuales contra las mujeres. Esta ley ha supuesto una reforma en profundidad de los delitos sexuales.

Pocas leyes han dado más de sí que la popularmente conocida como “Ley del sólo el sí es sí”. Nacida con la finalidad de dar respuesta a las reivindicaciones sociales que, tras el caso de la Manada, exigían una mayor protección de las víctimas de delitos sexuales, parece haberse convertido en el gran “caballo de batalla” político.

Las novedades introducidas con la nueva normativa, a estas alturas ya conocidas por la totalidad de la ciudadanía, se centran en la desaparición de la distinción entre “los abusos y las agresiones sexuales”; la ubicación del “consentimiento de la víctima” como eje central de los delitos contra la libertad sexual; así como, un aspecto, a mi modo de ver,

especialmente destacable, que parece haber pasado totalmente desapercibido, esto es, toda una batería de medidas con las que se pretende equipar en protección, tanto a víctimas de violencia de género, como a víctimas de delitos contra la libertad sexual.

2. El género como factor de discriminación contra las mujeres

La violencia basada en el género tiene naturaleza de especificidad, según establecen las investigaciones y, por tanto, y según línea académica, no puede quedar reducida al *desenfreno individual producto de energía incontenible que implican otras violencias o delincuencias*.

Podríamos afirmar que el Derecho se asienta en un marco de referencia sostenido por costumbres y creencias que perpetúan microculturas, siendo una de las más visibles la relacionada con el género.

En efecto, la violencia basada en el género es entendida, según amplia doctrina, como una violencia que tiene fuertes componentes estructurales en función de cómo se han ido tejiendo las relaciones de género. Por tanto, los actos de violencia sobre la mujer, en un contexto de viogen, no son únicamente actos individuales.

Son actos que inciden, que sobrevienen por enlace de la desigualdad de género, creando subordinación femenina sistémica. Y los esfuerzos por descubrir los factores asociados a esta violencia se han de ubicar en el contexto social más amplio de las relaciones que crean este poder. Son necesarios cambios catárticos de género y esfuerzos epistemológico-jurídicos, apunta la corriente académica.

La delimitación del concepto de género no es una tarea exenta de dificultades. El género se constituye en el resultado de un proceso de construcción social en el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que

cada cultura atribuye a sus varones y mujeres¹.

Sin embargo, el género no es sólo un constructo que aporta representaciones culturales sobre lo femenino y lo masculino, sino que también es una forma primaria a través de la que se articula el poder como instrumento de dominación sobre las mujeres². Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que les han sido asignados bajo la etiqueta o el estereotipo de género, pero que son articulados a través de estructuras jerárquicas y de subordinación que generan desigualdad³.

En este contexto general de discriminación sistémica, el género adquiere una importancia clave como causa que explica las diferentes manifestaciones de violencia contra las mujeres, aunque no es la única⁴.

Resultan especialmente importantes, como coeficientes multiplicadores que generan *discriminación múltiple o doble discriminación*⁵, la pertenencia de la mujer a una minoría étnica o religiosa, ser inmigrante o discapacitada, tener diversa orientación sexual, ser víctima de violencia de género o de explotación sexual o estar interna en un centro penitenciario⁶.

Han transcurrido casi tres décadas desde que LARRAURI PIJOAN planteara el interrogante de si el Derecho penal crea, reproduce o combate la desigualdad por razón de género⁷. Después de todo este tiempo (y a pesar de reconocer que algo se ha avanzado, aunque quizás no siempre en la dirección correcta) podemos afirmar que el Derecho Penal sigue recreando esta desigualdad en ámbitos como el de la creación de la norma⁸, su interpretación (particularmente interesante

¹ Así se deduce del concepto de género recogido en el artículo 3 del Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), de 2011, firmado por España en 2014, al establecer que por *género* se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.

² ERICE MARTÍNEZ, Esther., (2018). "Perspectiva de género y derecho penal", en *Boletín Penal Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de enero*, p. 23.

³ MAQUEDA ABREU, María Luisa., (2006). "La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 8.

⁴ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS., (2006). "Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia sobre la mujer"; en este estudio se concluye que no hay una causa única que explique adecuadamente la violencia contra las mujeres, sino que es producto de la convergencia de varios factores en un contexto general de desigualdad; LAURENZO COPELLO, Patricia., (2008). "La violencia de género en el Derecho Penal: un

ejemplo de paternalismo primitivo", en *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, . MAQUEDA ABREU, María Luisa., (2008). "¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico", en *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, p. 390.

⁵ ESPAÑA. LEY Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, publicado en BOE número 71 de 23 de marzo de 2007. Vigencia desde 24 de marzo de 2007.

⁶ SERRA CRISTOBAL, Rosario., (2011). "Mujer y doble discriminación", incluido en la obra *Mujer y Derecho, Jornadas de Igualdad de la Facultad de Derecho, Universitat de* , Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 88 y ss.

⁷ LARRAURI PIJOAN, Elena., (1992). *La mujer ante el Derecho Penal*, pp. 291 y ss.

⁸ Así, frente a la pretendida neutralidad que el legislador confiere a la redacción de los tipos penales, en principio creados para ser aplicados con independencia del género, lo cierto es que hay instituciones como la legítima defensa, tipos delictivos o circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los que el género influye. Así, por lo que respecta a la legítima

por lo que respecta a la permeabilidad de los estereotipos en la respuesta penal y procedimental frente a la violencia sexual), pero también en la esfera de la ejecución penal, a tenor de los obstáculos a los que se enfrenta la mujer presa para su reinserción. Todo ello supone un refuerzo normativo de los estereotipos de género y de su efecto discriminatorio.

De este modo, la violencia institucional se convierte en una cuestión clave para entender los mecanismos de la violencia contra las mujeres⁹. La violencia institucional, prohibida expresamente en el artículo 5 del Convenio de Estambul¹⁰, incluye no sólo las manifestaciones de violencia contra las mujeres en las que el Estado es directamente responsable, sino también actuaciones que evidencian una pauta de discriminación en el ejercicio de sus derechos¹¹, particularmente cuando es víctima de un delito.

Al daño que genera a la víctima el delito se le añaden indirectamente otra serie de perjuicios, provocando que en ocasiones el sistema se vuelva contra ella, revictimizándola¹².

3. Contexto social de la violencia de género

La globalización, la sociedad de la información y las nuevas tecnologías han cambiado la realidad de nuestro tiempo y las formas de relación entre las personas. Internet, las redes sociales y los medios digitales proporcionan importantes herramientas para el contacto

humano a la vez que suponen nuevos riesgos antes inexistentes. Precisamente, los especialistas de todo el mundo han comenzado a interesarse por cómo estas nuevas formas de relación social online están afectando y modificando los comportamientos y prácticas habituales existentes previamente en la sociedad y, a la inversa, estudian cómo las estructuras de relación social propias de las relaciones offline de la vida cotidiana se están trasladando al ámbito digital de Internet y las redes sociales.

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, respecto a las relaciones de pareja, operó la más importante modificación en cuanto al círculo de las posibles víctimas, que ha permanecido invariable, como ámbito propio y específico de la violencia de género, tras la promulgación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, al suprimir, en las relaciones análogas de afectividad a la conyugal, la exigencia de estabilidad, y añadir que se extiende a ellas, aunque no medie entre el sujeto activo y el sujeto pasivo la relación de convivencia.

Esta reforma, como apuntó la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, contribuiría a consolidar uno de los hoy en día principales núcleos de controversia en esta materia: precisar cuáles son las relaciones incluidas en este ámbito específico de protección, a partir de la asunción de la inclusión de las relaciones de

defensa, pone de manifiesto la dificultad de apreciar esta exigencia cuando la autora es víctima de violencia de género, atendiendo a los requisitos de la actualidad de la agresión y de la necesidad racional del medio empleado.

⁹ BODELÓN, Encarna., (2008). "La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo", en *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, p. 295.

¹⁰ CONVENIO del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica firmado por España en el año 2014.

¹¹ BODELÓN, Encarna., (2014). "Violencia institucional y violencia de género", incluido en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, p.133.

¹² COOK, Rebecca y CUSAK, Simone., (2010). *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Profamilia, Bogotá, p. 25.

noviazgo en el ámbito de protección reforzada de la violencia de género.

Respecto a este contexto social, podríamos traer a colación distintos estudios victimológicos que han demostrado variaciones significativas ante determinados delitos según las características de las víctimas. Así los jóvenes también son víctimas de la violencia de género en el ámbito de la pareja con frecuencia, pero menos frecuentemente denunciados.

Así mismo, en el contexto social, podríamos observar nuevas formas de ejercer la violencia como consecuencia del uso de las nuevas tecnologías que tienen una especial incidencia en la juventud, así entre ellas el ciberacoso o *stalking*, entendido como una forma de invasión en el mundo de la víctima de forma repetida, disruptiva y sin consentimiento usando las posibilidades que ofrece Internet, como el reenvío de fotos o vídeos íntimos sin consentimiento, o con un consentimiento viciado. Este nuevo entorno, junto a todas las ventajas que plantea, se presenta como un medio ideal para la comisión de delitos. No solo los denominados delitos informáticos en sentido estricto, sino también los delitos clásicos cobran vida en el entorno tecnológico, como ya pusiera de manifiesto ORTS BERENGUER¹³.

Ciertamente, las mismas conductas que tradicionalmente se producen en el denominado *entorno analógico* pueden ser llevadas a cabo en el *espacio digital*, incluso, como se explica posteriormente, con mayor facilidad que en el medio común no tecnificado, lo que no es más que una consecuencia lógica del espejo social en qué consisten las actuaciones delictivas que, sin embargo, todavía no han encontrado un reflejo suficientemente claro en el texto punitivo ni siquiera en el proyectado recientemente, en el que sigue sin existir una referencia expresa a los que voy a denominar

delitos tecnológicos, incluyendo entre ellos a todos aquellos que se realicen tomando como instrumento algún elemento digital relevante.

Por otra parte, redundando en el contexto social podríamos incidir en el carácter cíclico de la violencia masculina, a pesar de todas las medidas que toma la mujer para evitar que se vuelva a producir, y que van desde la oposición inicial hasta la sumisión y dependencia hacia el agresor de las fases tardías, sin que ninguna de ellas tenga un efecto duradero, hacen que la mujer termine por no saber qué hacer para que esto finalice.

Si no existe un objetivo claro en la conducta del hombre, ni una etiología definida, ¿cómo se va a solucionar o cómo se pueden adoptar medidas para su evitación? Inevitablemente la situación persiste y la persistencia aumenta la gravedad, tanto en términos de riesgo para la víctima como de daño psíquico y de adopción de posibles medidas violentas reactivas por su parte.

La aún falta de concienciación social y la consecuente responsabilización de la víctima unida a la falta de apoyo, véase todo el rechazo generado y el debate suscitado con el consentimiento de la Ley del "sólo sí es sí", agrava aún más el problema psicológico que viene padeciendo por la propia inercia de la situación.

En determinadas actuaciones llevadas a cabo a través de redes sociales o incluso de plataformas de telefonía, el autor puede valerse de perfiles falsos que dificulten la prueba y por lo tanto, que le generen una mayor sensación de seguridad al cometer el delito, utilizando por el contrario, signos o gestos que permitan ser identificado por la víctima pero no por el resto de ciudadanos o justiciables.

Así, por ejemplo, se puede usar un perfil falso en una red social para amenazar a la mujer y de este modo ocultar la verdadera identidad,

cometidos a través de la informática, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 13 - 14.

¹³ ORTS BERENGUER, Enrique., ROIG TORRES, Margarita., (2001). *Delitos informáticos y delitos*

utilizando los mismos ritos y mensajes que son solo conocidos por la pareja o quien haya tenido una relación de afectividad con el autor de los mismos, y que incluso pueden resultar inocuos para terceros, pero sí generar inseguridad y miedo en la mujer que los recibe, que los reconoce como parte del ritual maltratador.

Supone que el medio escrito favorece las conductas de ataque, en la medida en que el sujeto cuando escribe no se enfrenta a la posibilidad de que su ataque sea repelido. Por lo demás, la seguridad que proporciona realizar manifestaciones en el entorno del hogar o del trabajo a través del ordenador o del teléfono móvil, donde el autor se siente seguro y protegido, hace que se emitan con mayor transparencia y sin ningún tipo de límite, todo aquello que se siente¹⁴.

Con carácter general, existe una percepción en el colectivo social de que no existen riesgos en la práctica de algunas acciones que se llevan a cabo en el seno de la pareja. Se considera que es normal, y hasta sano, controlar las horas de conexión de la pareja, pedirle el móvil para comprobar con quién ha *guasapeado* o la contraseña de las redes sociales o del correo electrónico para analizar quiénes son sus amigos y con quién entabla contacto.

Esa idea instalada sobre todo en los y las adolescentes de que el control y los celos son una prueba de amor, y que no pasa nada por verificar cada movimiento que hace el otro si

no tiene nada que ocultar, favorecen conductas que derivan en violencia y a su vez, constituyen indicadores de la misma¹⁵.

Obligatorio, al menos mencionar, la importancia del daño colateral que la COVID-19¹⁶ ha supuesto para la violencia de género, donde las peticiones de ayuda a los servicios de asistencia victimológicos de viogen del 14 de marzo al 15 de mayo de 2020, sumando las llamadas al 016 y el servicio de Whatsapp se elevaron hasta las 18.700 desde el inicio del confinamiento, lo que supone un aumento del 61,56% respecto al mismo período del año anterior.

Sin embargo, las denuncias descendieron en un 10,3% con respecto a 2019, suponiendo el segundo trimestre de 2020 la cifra más baja registrada, rompiendo la trayectoria creciente. Estas cifras tan dispares entre las consultas y las denuncias se explican si tenemos en cuenta que en una situación “normal” ya es difícil tomar una decisión relacionada con la solicitud de ayuda o la denuncia de una pareja, por lo que dicha situación se torna aún más complicada, si cabe, en una situación de confinamiento en la que la víctima se podía llegar a ver obligada para el caso de ver desestimada su denuncia a continuar conviviendo con su agresor.

Tomando como referencia los principales elementos que caracterizan la violencia de género cuya finalidad son controlar y aislar a la mujer, el confinamiento fue un *parque de atracciones* para los maltratadores. Durante

¹⁴ LLORIA GARCÍA, Paz., (2014). “Violencia de género en el entorno digital”, en *Crímenes y castigos, miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 547 y ss.

¹⁵ En este sentido, ALCÁZAR y GÓMEZ-JARABO ponen de manifiesto que determinados comportamientos de maltrato psicológico son aceptados socialmente como pautas de comportamiento normal. p. 35. Igualmente, LORENTE ACOSTA, advierte que el fin último de la violencia de género es el control sobre la mujer y

no el agredirla. La agresión constituye el castigo por no someterse al control del hombre. *Vid.*, LORENTE ACOSTA, Miguel., (2001). *Mi marido me pega lo normal*, Barcelona.

¹⁶ Enfermedad respiratoria muy contagiosa causada por el virus SARS-CoV-2. La OMS tuvo noticia por primera vez de la existencia de este nuevo virus el 31 de diciembre de 2019, al ser informada de un grupo de casos de «neumonía vírica» que se habían declarado en Wuhan (República Popular China).

esos meses de infierno esas mujeres se vieron privadas del apoyo que los servicios sociales les vinieran prestando, de la ayuda de su entorno (familiares, amigos o vecinos), sin un solo minuto de respiro.

Esta situación ha dado como resultado que, durante la pandemia¹⁷, especialmente durante el segundo trimestre del año, cuando el confinamiento era estricto, se redujeron los homicidios, hasta el punto de alcanzar la cifra más baja desde que se comenzó a registrar. Esto no significa una disminución de la violencia, si no que se facilitaban las situaciones de control sobre las víctimas por el aislamiento y el control de la movilidad, así como la disminución de oportunidades de las mujeres a acceder a un trabajo y a los servicios sociosanitarios.

La pandemia¹⁸ ha golpeado con gran fuerza numerosos elementos emocionales como la autoestima, las expectativas de vida, de futuro, etc. Distintos estudios en el ámbito de la psicología refieren un aumento de la angustia, la ansiedad y la depresión general de la población. El sentimiento de ahogo, de estar atrapado en una casa no siempre cómoda, la ruptura de las rutinas, la intriga de qué nos deparará el futuro a nivel profesional y personal, son temas que todos hemos sufrido. Maltratador y víctima también, con lo que tenemos que entender que el maltratador ha descargado todas estas frustraciones en su víctima, y está ha tenido que lidiar con sus propias fobias, más la situación de encierro en el hogar del terror, más las frustraciones de su pareja.

4. Breve análisis del debate sobre reducción de penas, ¿jueces con perspectiva de género machista?

El derecho penal tiene una serie de principios intangibles que no pueden ser ignorados ni sorteados, sin grave quebranto del principio de legalidad y seguridad jurídica que constituyen la médula del Estado de derecho. El principio de legalidad que se contiene en todos los tratados internacionales que proclaman la primacía de los derechos humanos, exige y así se recoge en el artículo 1 de nuestro Código Penal, que no será castigada ninguna acción u omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración.

Como es lógico, un código penal puede experimentar modificaciones a lo largo de su vigencia, teniendo en cuenta que su función es dar una respuesta sancionadora a conductas y acontecimientos que se instalan, en un momento determinado en la realidad social y política de un país.

Por razones de política criminal y con el propósito de adecuar nuestro Código Penal a los convenios internacionales y a las tendencias del derecho comparado, el legislador ha llegado a la conclusión de unificar las conductas atentatorias contra la libertad sexual bajo la única denominación de agresiones sexuales. Consecuentemente hay que ampliar la horquilla punitiva de que disponen los jueces, rebajando las penas mínimas.

La Constitución establece en el artículo 9.3, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales como garantía de la seguridad jurídica. En pura lógica, las disposiciones sancionadoras que favorezcan

¹⁷ LORENTE ACOSTA, Miguel., (2020). “Violencia de género en tiempos de pandemia y confinamiento”, en *Revista española de medicina legal*, volumen 46, número 3, pp. 139 – 145.

¹⁸ HAWIE LORA, Illian., (2021). “La doble pandemia: violencia de género y COVID 19” en *Revista Advocatus*.

al reo tendrán efecto retroactivo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable será oído el reo. Así lo establece taxativamente el artículo 2.2 del Código Penal.

La situación que se preveía hasta ahora en el Código Penal era la diferencia entre dos figuras.

Por un lado, la agresión sexual, entendida como actos de naturaleza sexual no consentidos empleando además violencia o intimidación para ejecutarlos (por ejemplo, un hombre acorrala a una mujer y la somete a tocamientos mientras la amenaza con una navaja).

Y por otro, con penas más leves que los delitos anteriores, el abuso sexual: estos mismos actos de naturaleza sexual sin consentimiento, pero sin violencia ni intimidación. Aquí se incluían casos como los de la sumisión química, es decir, drogar a una persona para luego abusar de ella sexualmente. Era clamoroso que el hecho de usar sustancias para incapacitar a la víctima supusiera una pena menor.

Aquí entra la idea inicial de la modificación: el consentimiento está en el centro, es decir, cualquier acto sexual no consentido es agresión, con independencia de que haya o no violencia o intimidación, porque la sola ausencia del consentimiento ya supone una violencia implícita. Además, se prevé el castigo de situaciones que hasta ahora no estaban ni previstas, como el acoso callejero. La idea, hasta aquí, era buena. Por tanto, se refundieron los dos tipos penales, pero, ahora bien, se ha de tener en cuenta que el Código Penal nunca dispone una pena concreta a cada delito, sino que establece una horquilla, por ejemplo, una pena de prisión de 6 a 10 años.

¿Cómo se concreta? No es al libre arbitrio de los jueces, o no del todo. Este código también contiene una serie de normas para su concreción: por ejemplo, cuando concurre

una causa atenuante se aplicará la mitad inferior de la pena (art. 66.1.1ª), es decir, si de 6 a 10 años van 4 años, la mitad inferior de esta pena es de 6 a 8 años. Así se acota el poder de graduación de los jueces, de modo que en este ejemplo concreto la decisión pasa de una horquilla de 4 años de diferencia a sólo 2.

Pero, además, esa graduación se debe razonar, porque si no se justifica correctamente, da la posibilidad de recurrir. Siguiendo nuestro ejemplo, ante un hecho que tiene prevista esta pena de 6 a 10 años de prisión donde concurre una sola atenuante y ninguna agravante, y donde se entiende que no existe ningún hecho adicional que permita agravar la pena prevista, se establecería la pena mínima de la mitad inferior, es decir, 6 años.

Lo que ha ocurrido al refundir dos delitos en uno es que las horquillas quedaban excesivamente amplias. Por ejemplo: el abuso sexual "simple" iba desde una multa económica a los 3 años de prisión, mientras que la agresión sexual "simple" tenía prevista una pena de 1 a 4 años de prisión. La diferencia entre una pena de multa y los años de prisión previstos era tan grande que se decidió acotar estas horquillas.

El problema ha venido al tocar tanto los límites máximos como mínimos, sin prever la posibilidad de introducir una disposición transitoria.

Aquí entra el segundo concepto: la revisión de las penas. Para esto es necesario explicar cómo funcionan las Secciones de Ejecución dentro de los juzgados de lo penal. Éstas son equipos de funcionarios encargados de controlar el cumplimiento de las penas impuestas: desde el embargo de bienes cuando no se paga una multa, hasta la emisión de las órdenes de busca y captura para que se localice a alguien que deba entrar en la cárcel. Y claro, también los plazos de cumplimiento de las penas.

Por ejemplo, si se despenaliza una conducta en concreto (como pasó en 1976 con el

adulterio) automáticamente tienen que revisarse todas las condenas por el delito en concreto y poner en libertad inmediatamente a quienes las estuviesen cumpliendo.

¿Por qué? Pues porque en derecho penal existe un principio: *in dubio pro reo*, es decir, en caso de duda (o de cambio) siempre se interpretará o se aplicará la norma más favorable al reo. Y esta norma se aplica de oficio, por eso no es necesario siquiera que el propio reo lo solicite, aunque por supuesto los abogados están iniciando ya el procedimiento, sin esperar a que lo haga el Tribunal.

Pero, ahora bien, entonces ¿se podría haber evitado de alguna forma la reducción de penas?

Sí, todo esto se podría haber evitado introduciendo una cláusula llamada “de derecho transitorio”, es decir, una norma que regula las situaciones ya existentes justo en el momento en que cambia la ley: las que se cometieron bajo la vigencia de la ley anterior que no se han juzgado aún, o las cometidas y juzgadas y que se hallan en pleno cumplimiento de la condena.

Este tipo de normas de derecho transitorio suelen prever que en caso de que la pena que ya se estuviese cumpliendo se encuentre dentro de la horquilla de penas que establece la nueva norma, se mantenga, sin aplicar rebajas automáticas.

Parece ser que la introducción de esta cláusula se le olvidó a todo el mundo: a comisiones interministeriales, grupos parlamentarios, CGPJ, Consejo Fiscal. Y es perfectamente posible que haya pasado esto, aunque el olvido no pierde ni un ápice de gravedad.

Por pocas sentencias que se vayan a revisar a la baja, la sensación de desprotección de las víctimas y de las mujeres en general es total. Aquellas mujeres que han tenido que enfrentarse a un hecho profundamente traumático, a un proceso penal que en muchas ocasiones las revictimiza y a unos periodos de tiempo larguísimos hasta que se consigue (a veces, no siempre) una condena,

ven ahora como a sus violadores se les rebaja la pena.

Por tanto, no, no estamos ante jueces machistas, de hecho, el Consejo General del Poder Judicial, en un informe emitido con anterioridad a la aprobación de la Ley Orgánica, ya advirtió de la necesidad de incorporar una disposición transitoria toda vez que las reducciones de condena tienen efecto retroactivo si benefician a condenados.

El Consejo General del Poder Judicial, en ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 599.1.12ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, emitió el 25 de febrero de 2021 el correspondiente informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que fue aprobado por unanimidad.

El informe, que fue remitido al prelegislador, constataba que el cuadro penológico contemplado en el anteproyecto para los delitos de agresiones sexuales tipificados en los capítulos I y II del título VIII del Código Penal suponía una reducción del límite máximo de algunas penas y concluía que “la reducción de los límites máximos de las penas comportará la revisión de aquellas condenas en las que se hayan impuesto las penas máximas conforme a la legislación vigente».

Es más, este tipo de actuaciones minan la confianza de las víctimas en las Administraciones y, singularmente, en la Justicia, aumentando su desprotección.

El informe, que fue remitido al prelegislador, constataba que el cuadro penológico contemplado en el anteproyecto para los delitos de agresiones sexuales [...] suponía una reducción del límite máximo de algunas penas y concluía que la reducción de los límites máximos de las penas comportará la revisión de aquellas condenas en las que se hayan impuesto las penas máximas conforme a la legislación vigente.

En un ejemplo práctico esto quiere decir que si un hombre había sido condenado a 10 años por una agresión sexual con agravante puede pedir una bajada de dos años porque la

horquilla se ha reducido de dos a ocho años. Su pena ha quedado fuera del umbral y el juez no tendrá más remedio que concedérsela.

5. Estereotipos de género y revictimización

Toda la violencia e intimidación se desarrolla a través de una situación de dominación-sumisión en la que alguien más poderoso y fuerte intenta someter a alguien más débil a la fuerza. En el caso de la violencia e intimidación contra las mujeres, la desigualdad de éstas con respecto a los hombres está en el origen del problema.

Nuestra sociedad está estructurada según las distintas funciones atribuidas a uno y otro sexo: las del hombre, basadas en la fuerza, la virilidad, el poder y la ambición; y las de la mujer, centradas en aspectos que no llevan ni al éxito ni al poder y que son socialmente consideradas inferiores a las masculinas.

Este reparto de funciones nos conduce a una sociedad patriarcal, donde el hombre disfruta de todas las esferas de la vida, tanto de la pública como de la privada, mientras que la mujer se ve limitada al ámbito privado o doméstico. La consecuencia más inmediata es la consideración de la mujer como un objeto propiedad del hombre.

Este planteamiento de desigualdad y dominación se va construyendo a lo largo del proceso de socialización, que comienza cuando somos menores; los hombres se han visto obligados a "hacer valer su superioridad" a demostrar su fuerza y a gobernar, desde el ámbito más privado, su hogar, al público; por el contrario, si no han hecho valer su virilidad han sido ridiculizados por la sociedad y considerados "pocohombres". Las mujeres se ven obligadas por los mandatos de género a ser complacientes, a cuidar a los demás, a

renunciar a sus expectativas en función de las de otros, a transigir...

Estos valores patriarcales nos han transmitido que las mujeres y los hombres tienen diferentes características y, por tanto, diferentes papeles en la sociedad; en el momento en el que el sujeto pasivo, es decir, la mujer, intenta romper con esta situación preestablecida, el hombre responde con la violencia para seguir manteniendo su estatus y su sentido de la propiedad hacia la mujer. En ese momento se produce la violencia contra las mujeres.

Como señalan COOK y CUSAK¹⁹, una de las más significativas características de los estereotipos de género es su resiliencia; son dominantes y persistentes. Son dominantes socialmente cuando se articulan a través de los sectores sociales y culturales, y son socialmente persistentes en cuanto permanecen a lo largo del tiempo, integrándose en el imaginario colectivo hasta el punto de no tener conciencia de ello.

Resulta especialmente interesante señalar cuáles son los estereotipos asociados a mujeres víctimas de la violencia machista o de género y de violencia sexual.

Dentro de un contexto de violencia de género, LARRAURI PIJOAN describe excepcionalmente cuáles pueden ser estos modelos estereotipados²⁰: así, es habitual que en el imaginario colectivo se categorice a la víctima como mujer irracional (que retira la denuncia), instrumental (que denuncia para quedarse con el piso), mentirosa (que denuncia falsamente), punitiva (que provoca a su pareja para que se le acerque, incumpliendo con ello la orden de alejamiento impuesta) y vengativa (que busca ante todo conseguir el castigo).

Todo ello desemboca indudablemente en el hecho de que la víctima sea cuestionada

¹⁹ COOK, R y CUSAK, S., *op.cit.*, p.25.

²⁰ LARRAURI PIJOAN, Elena., (2009). "Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas

respuestas desde el feminismo oficial", en *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 312-324.

(muchísimo más que en otros delitos), lo que genera su posterior revictimización. Sin embargo, estos estereotipos no sólo forman parte del imaginario colectivo, sino que también están presentes en las decisiones judiciales²¹.

Los estereotipos calan en la justicia y, consecuentemente, la respuesta judicial aparece impregnada por ellos. Creo que esta transferencia en cierta manera se puede explicar si atendemos al hecho de que todo operador jurídico se forma en una sociedad que es prejuiciosa y que ninguno permanecemos inmune a la influencia de estos estereotipos.

No es extraño, por lo tanto, que estos sesgos se adentren de forma distorsionadora en las actuaciones dando lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y categorías predeterminadas que dejan su impronta, siendo especialmente relevantes las consecuencias, sobre todo, en las decisiones judiciales.

Ante esta situación, no es insólito que la víctima reaccione al prejuicio modificando su actuación en un intento de protegerse frente a la respuesta hostil que le da el sistema²².

Lo explica convincentemente LARRAURI PIJOAN, en referencia a la violencia de género. Esta autora parte del presupuesto de que tanto el proceso de violencia que se ejerce sobre la mujer como el que la propia víctima inicia para liberarse de él son graduales. Frente a esta realidad, el sistema penal opera con sus principios, unos principios que no están pensados para resolver problemáticas amplias, lo que genera que se impacienta con estas mujeres.

Es el propio sistema quien las etiqueta negativamente, porque es incapaz de empatizar con sus reticencias y se irrita

porque perturban su buen funcionamiento. Esto provoca que el propio sistema acabe generando discursos negativos y que se culpabilice a la mujer si no puede obtener condenas, revictimizándola una vez más.

La Ley del sólo sí es sí incorpora una perspectiva “victimocéntrica” que ha pasado de soslayo y que requiere, cuanto menos, de una mínima atención.

En efecto, la nueva norma incorpora todo un sistema de medidas de protección integral de las víctimas de delitos sexuales que, en idéntico sentido al previsto en el marco de las víctimas de violencia de género, pretende ayudar a las mismas a superar la situación de victimización, atendiendo, básicamente, a sus necesidades.

La diversidad de la naturaleza de las medidas en la misma contempladas, no sólo de protección (económicas, sociales, laborales, judiciales, atención psicológica y psiquiátrica, formación especializada a operadores que trabajen en ese ámbito, etc.), sino también de prevención y sensibilización, permite diseñar políticas públicas victimales enfocadas a una mejor y más adecuada tutela de las víctimas, en cuanto instrumento exclusivo de protección, ayuda y asistencia de las mismas.

Lamentablemente, el bronco debate político surgido al albur de las reformas penales ha invisibilizado uno de los aspectos más destacados de la presente norma que, en ese punto, sí se alinea con los objetivos del Convenio de Estambul, cuando insta a los Estados a proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia y a concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra las mujeres.

²¹ BODELÓN, E., op.cit., p. 141.

²² VALLEJO TORRES, Carla., (2018). “El género en el Derecho y su perspectiva en el proceso penal”, *Boletín Penal Jueces y Juezas por la Democracia de*

10 de enero, p. 48, como, por ejemplo, no denunciando los hechos, ocultando datos que pueden ser percibidos como vergonzantes, bloqueando vivencias o resistirse a declarar.

6. Perspectiva de género y derecho penal

La perspectiva de género parte de la idea de que la realidad no se puede analizar de forma aparentemente neutra²³, sin que esa neutralidad, ante situaciones de desigualdad, derive en consolidar y perpetuar esa inequidad²⁴. Porque lo que no se puede negar es que siempre se mira desde algún lado, siempre hay una óptica o una perspectiva desde la que se analiza todo el conflicto. Será necesario, por lo tanto, adoptar una nueva perspectiva que se aleja de la propia, generalmente contaminada por la sociedad prejuiciosa²⁵ y que busque un enfoque nuevo tendente a la consecución de la igualdad material.

El cambio de paradigma de una justicia patriarcal hacia una justicia que incorpore los ojos de género es, por lo tanto, una exigencia que viene legitimada en clave del respeto a los derechos humanos. Porque de lo que se trata no es de reconocer como antaño el papel de la mujer como principal artífice de la paz familiar²⁶, sino de reivindicar la importancia del principio de igualdad real y efectiva entre las personas.

El Derecho penal, como parte integrante del ordenamiento jurídico, tampoco es neutro en cuanto al género y si así fuera, nos encontraríamos ante el único grupo normativo que no se ve afectado por las

discriminaciones que la sociedad ha generado y sigue generando con relación a las mujeres²⁷. Dado que el machismo sigue imperando en todos los ámbitos de la sociedad, será necesario que el enfoque de género se aplique también de forma transversal a todos los sectores del Derecho²⁸, incluido el ámbito penal.

Uno de los objetivos principales de la perspectiva de género en el ámbito penal radica, primeramente, en descubrir las reglas de derecho que crean, legitiman y perpetúan la discriminación²⁹, desmontando con ello la falaz neutralidad del Estado.

La perspectiva de género supone también reconocer herencias culturales sobre la base de la inferioridad y sometimiento de la mujer respecto del varón. Resulta insuficiente invocar el principio de igualdad formal³⁰ (que, por cierto, ya se alcanzó hace tiempo) propio de corrientes feministas de claro tinte liberal, puesto que esto no es útil para deconstruir los esquemas patriarcales sobre los que se asienta la sociedad de hoy en día.

La perspectiva de género debe poner el foco en la búsqueda del desarrollo de una igualdad material o real entre mujeres y hombres presentando estrategias que eliminen las situaciones de injusticia para lograr una equiparación final de lo que en el punto inicial

²³ BARONA VILLAR, Silvia., (2018). *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 62 y ss.

²⁴ VARELA CASTEJÓN, Xermán., FERNÁNDEZ SUÁREZ, Natalia., (2018). "Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género", *Boletín Penal Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de enero*, p. 9.

²⁵ ORTEGA LORENTE, José Manuel., (2018). "Breves reflexiones sobre necesidades formativas de juezas y jueces", *Boletín Penal Jueces y Juezas por la Democracia*, pp. 3 y ss.

²⁶ Generalmente, desde el reconocimiento de su abnegación y de sus derechos conforme al rol asignado.

²⁷ ERICE MARTÍNEZ, Esther., *op.cit.*, p.25.

²⁸ GISBERT GRIFO, Susana., (2018). *Balanza de género*, Editorial Lo que no existe, Madrid, p. 191.

²⁹ RAMÍREZ ORTIZ, José Luis., (2018). "El testimonio único de quien afirma ser víctima desde la perspectiva de género", *Boletín Penal Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de febrero*, p. 9.

³⁰ BARONA VILLAR, Silvia., *op.cit.*, p. 61.

es desigual³¹. Se pretende con ello superar argumentaciones que no van más allá de expresiones como *me da igual que sea un hombre o una mujer, lo que importa es la persona o yo no soy feminista ni machista, yo creo en la igualdad*, para convertirse en un auténtico mandato de anti-subordiscriminación, entendida esta como discriminación estructural de carácter grupal.

Sin embargo, debemos asumir planteamientos realistas y ser conscientes que el equilibrio de posiciones en aras de la igualdad entre hombres y mujeres no se va a lograr incluso incorporando la visión de género en la esfera penal³². El objetivo debe ser modesto, puesto que el Derecho penal no puede liderar la erradicación de estereotipos, pero sí que le puede exigir en su labor de redacción normativa que se adecuen sus normas a la realidad y evolución de la sensibilidad social³³.

De ahí que, se ha de aspirar a que el sistema de justicia no refuerce, a través de la falsa neutralidad, esa relación de poder consolidando jurídicamente esa discriminación³⁴.

La inclusión de la perspectiva de género no solo es una realidad en el plano normativo, sino que podemos afirmar que, paulatinamente, también el TS está adoptando este enfoque en múltiples resoluciones.

El TS incorporó por primera vez el concepto de perspectiva de género en la STS 247/2018, de 24 de mayo³⁵, en un delito de asesinato en grado de tentativa. Frente a la condena inicial por delito de homicidio, el TS aplicó la agravante de alevosía al entender que la indefensión de la víctima mujer (no podía escapar del intento de asesinato) y su especial situación frente al agresor (en el domicilio conyugal y ante la presencia de la hija menor de edad) la colocaron en una posición de inferioridad en un *escenario del miedo* que aprovechó el agresor para cometer el ilícito penal.

Aclara el TS que la agravante de alevosía no debe operar de forma automática, sino que se deberán ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso³⁶.

No es poco frecuente encontrar por parte de la doctrina, el rechazo a la existencia del patriarcado, bajo el argumento de que la CE garantiza el derecho a la igualdad en su artículo 14 o que la inclusión de la perspectiva de género sería contraproducente puesto que intentaría compensar un desequilibrio que es inexistente.

Estas corrientes neomachistas se caracterizan, entre otras cosas, porque minimizan los efectos del patriarcado y de la desigualdad (*también debería existir un día del hombre*), se oponen a leyes como la Ley de Igualdad, pretender arrasar e invisibilizar cualquier tipo de referencia a la violencia de género, incluso

³¹ ESPAÑA. SENTENCIA del Tribunal Constitucional 31/2018, de 10 de abril, BOE número 124, de 22 de mayo de 2018, pp. 53548 a 53638.

³² ERICE MARTÍNEZ, Esther., *op.cit.*, p.24.

³³ ASÚA BATARRITA, Adela., (2008). *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, p. 135.

³⁴ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José., (2018). "La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer", *Boletín Penal Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de enero*, p. 27.

³⁵ ESPAÑA. SENTENCIA del Tribunal Supremo 247/2018, de 24 de mayo de 2018, número de recurso de casación 10549/2017. Ponente Sr. Vicente Magro Servet.

³⁶ Por lo que respecta a la progresiva adopción de la perspectiva de género en la jurisprudencia, véase ampliamente MAGRO SERVET, Vicente., (2018). "La perspectiva de género en los delitos cometidos sobre la víctima mujer", *Revista de Jurisprudencia Le Febvre-El Derecho*, pp. 1 y ss.

nominalmente sustituyéndola por violencia doméstica o intrafamiliar, victimizan a los hombres (*también hay violencia de género contra los hombres o existen muchas denuncias falsas*) y culpabilizan a las mujeres a quienes les reprochan su falso victimismo.

Todo ello, como acertadamente apunta Vallejo Torres, habla muy bien de la eficacia que durante siglos ha tenido el patriarcado inoculando sus premisas que son aceptadas de forma natural por una gran masa social³⁷.

La perspectiva de género y la igualdad real, son conceptos recientes en nuestra sociedad y en nuestro acervo cultural, pero su integración en todas las disciplinas, especialmente en el Derecho y el proceso penal, constituye una obligación de todos los poderes públicos proclamada en el artículo 9.2 de la Constitución, en la estrategia del Consejo de Europa 2018-2023, y de manera más específica en el artículo 49 del Convenio de Estambul ratificado por España en 2014 o en la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021 en la Estrategia de la Unión Europea para la Igualdad de género que en su apartado 33^o pide a la Comisión:

“medidas más enérgicas en relación con la legislación sobre delitos sexuales, y que el sexo siempre tiene que ser voluntario, pide recomendaciones a la Comisión para que todos los Estados miembros para que modifiquen la definición de violación en su legislación nacional de manera que se base en la ausencia del consentimiento”.

De esta obligación se ha venido haciendo eco de forma expresa nuestro Tribunal Supremo en numerosas sentencias, entre las que cabe destacar la STS 145/2020 de 14 de mayo que expresamente declara:

“la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser

interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin”.

En una sociedad igualitaria y respetuosa con los derechos humanos ninguna mujer debería preocuparse de si provoca o no a un hombre, de si debe ir vestida de una forma concreta y de si su actuar despierta el deseo sexual del hombre.

No se pide mayor punición, se pide colocar a la mujer y al bien jurídico protegido de su libertad sexual en el centro del debate, en el centro de la norma, dando carta de naturaleza a su consentimiento de forma explícita y a una interpretación de ese consentimiento, por quien tiene encomendada la tarea de legislar.

Es por ello en que se insiste en la necesidad de legislar acotando un concepto claro del consentimiento que evite interpretaciones judiciales discriminatorias para las mujeres.

Este nuevo concepto de libertad sexual exige el consentimiento indubitado de la mujer, lo que no sucede con el método tradicional vigente, que deja la interpretación de la existencia del consentimiento al arbitrio de quienes juzgan, lo que lleva en muchas ocasiones a una interpretación judicial realizada bajo un prisma masculino, con sesgos de género del concepto “consentimiento” en este tipo de delitos, lo que limita o impide el acceso a la justicia de las mujeres.

El cumplimiento de esta finalidad, esencial para preservar el bien jurídico que pretende protegerse, no es contrario a la presunción de inocencia. La presunción de inocencia es un derecho fundamental de idéntico rango a la libertad sexual.

Todos los tipos penales han de interpretarse y aplicarse siempre con estricto respeto a los derechos procesales reconocidos en nuestra

³⁷ VALLEJO TORRES, Carla., *op.cit.*, p. 44.

Constitución a cualquier persona acusada de un delito, y esto resulta plenamente predicable de los delitos sexuales tal como se encuentran regulados a fecha de hoy y tal como se habrán de regular en un futuro.

Con la definición del consentimiento sexual no se pretende eliminar o mitigar la eficacia de otros derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, sino visibilizar de manera clara y decidida aquello que constituye la base y el núcleo de la libertad sexual, el consentimiento sexual, cuya concurrencia ha de ser clara y concluyente y no puede dejarse a la interpretación amplia y libre de terceras personas.

El hecho de sentar una posición clara y terminante en este sentido no implica tampoco que se invierta la carga de la prueba toda vez que, por el juego del principio de presunción de inocencia, seguirá siendo la víctima la que habrá que acreditar que conforme a las circunstancias del caso no hubo actos, exteriores, concluyentes e inequívocos que implicaron su consentimiento.

7. Análisis de la intimidación ambiental, una oportunidad perdida en la Ley de garantía integral de la libertad sexual

La *intimidación* ha sido definida por la jurisprudencia como la amenaza de palabra u

obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo³⁸.

O por decirlo con otras palabras, consiste en la presentación de un mal identificado y de posible realización, como elemento que suprime, o reduce muy significativamente la capacidad de decisión de la víctima, que no le deja elección aceptable, es decir, situándola ante la necesidad racional de optar por lo que considera en esos momentos el mal menor, lo que no puede entenderse como su consentimiento al mismo, bastando que concurra la intimidación, el convencimiento de la inutilidad de prolongar su oposición de la que podrían derivarse males mayores³⁹.

Conforme con ello, la intimidación⁴⁰ se identifica con la amenaza de un daño ilícito (y en algunos casos lícito), sometida a una condición ilícita, incluyendo los casos de “*vis física compulsiva*”, en los que el agresor causa violencia física a la víctima, o bien a personas u objetos imprescindibles para que la víctima pueda ejercer resistencia, no ordenada directamente a neutralizar la oposición de la víctima.

Es, por tanto, que ante dicha situación de intimidación, que en este caso se prolonga en el tiempo, ha de ser un elemento a considerar y sopesar ante una legítima defensa extemporánea, dada la situación de injusticia soportada. Habrían de ponderarse los elementos determinantes que colocan a dicha mujer maltratada en situación de tal naturaleza que cree que su vida se encuentra

³⁸ Entre otras, ATS, Sala Segunda, de 2 de julio de 2004; ATS Sala Segunda, de 17 de junio de 2004; STS, Sala Segunda, de 16 de marzo de 2004. STS, Sala Segunda, de 17 de septiembre de 2002: intimidación al coger el autor por los hombros a la víctima y empujarla contra la pared en un sitio oscuro; STS, Sala Segunda, de 19 de febrero de 2002: intimidación creada mediante la ejecución de los actos en el interior de un solitario cuarto de limpieza; STS, Sala Segunda, de 18 de diciembre de 2001: la exhibición de una navaja es suficiente para que cumpla su función intimidatoria; la STS, Sala Segunda, de 18 de julio de 2001: intimidación

en el caso del autor que vence la resistencia de la víctima, valiéndose del temor que le inspira a su hija de trece años.

³⁹ Así, la STS, Sala segunda, de 27 de febrero de 2018, citada por PÉREZ CEPEDA (GÓMEZ RIVERO, Nociónes fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial. Página 275). Con anterioridad, véase la STS, Sala Segunda, de 25 de junio de 1997.

⁴⁰ En este sentido, la Sentencia de la Sala Segunda del TS de 30 de noviembre de 2016.

en verdadero peligro y entonces le lleva a dicha reacción, ante su creencia de que no hay otra opción y que lo legítimo es rechazar la situación en la que se encuentra. Inclusive puede que el peligro permanente no esté dado por manifestaciones verbales ni físicas, sino en situaciones en las que el maltratador logra establecer un lenguaje no verbal para mantener intimidada a su víctima y hacerle entender con una mirada, un gesto amenazante o una seña que represente una agresión mortal que en cualquier momento el ataque se producirá.

Y en efecto, es el ciclo de la violencia el que permite afirmar que el violento ataque se producirá, tarde o temprano, pero es evidente que se producirá. Ante dichas situaciones, el peligro podría ser asimilable a la inminencia al encontrarnos con una agresión latente, capaz de configurar el requisito de actualidad de la legítima defensa.

La doctrina jurisprudencial ha delimitado el prevalimiento de la intimidación, partiendo de la consideración que tanto uno como otra son intimidación, caracterizándose el prevalimiento por su grado inferior. Conforme con ello, se distingue en que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado.

En numerosas situaciones la intimidación no se verbaliza de un modo directo, ni siquiera se exterioriza físicamente de una manera determinada y explícita. Son numerosos los supuestos en los que el amedrentamiento, incluso preordenado a la consecución de un fin concreto y específico, puede proyectarse de modo consciente, y de manera paralelamente comprensible para el destinatario, sin necesidad de un lenguaje verbal o de un lenguaje gestual manifiesto e incontestable.

En el conjunto de relaciones humanas, en ocasiones, el contexto aporta un significado o un componente material con un contenido comunicacional esencial y determinante, de modo que resultaría absurdo evaluar el comportamiento y la intencionalidad del

emisor del mensaje desde una interpretación aislada de la conducta.

El contexto, y la forma en que se encadena con la actuación humana, son elementos que –considerando las convenciones humanas y la realidad social en el que se desarrollan– pueden interactuar de una forma tan inseparable y sugerente, que ningún observador ecuánime dudaría sobre su significado o sentido.

Se trata de supuestos en los que todos los sujetos que se interrelacionan interpretarían lo que acontece de un modo semejante, permitiendo con ello una perfecta comunicación de mensajes, esto es, que el destinatario o cualquier observador externo descifren el comportamiento con un sentido equivalente al que motivó su emisión.

Si en una hora profunda de la noche y en un parque solitario, cinco desconocidos se acercan a un hombre, mujer o niño que esté en palmaria situación física de inferioridad y, tras rodearle, uno de ellos pide que le entregue las joyas, el reloj o el dinero que pueda llevar, cualquier persona entiende que no se reclama un préstamo, sino que nos enfrentamos a una exigencia de entrega con la conminación de evitar males mayores. Y quien realiza la acción es consciente de que el traspaso responde a esos parámetros y que, en clara relación causa-efecto, es fruto del temor que indiscutiblemente ha impulsado.

La falta de anuncio de daño no siempre es equivalente a ausencia de intimidación, como tampoco desaparece el amedrentamiento cuando no exista una real intención de causar el mal sugerido.

Siempre que el sujeto activo perciba que hay razones objetivas para infundir temor y que esa sospecha es materialmente adecuada para modificar la que sería la libre opción del destinatario, la instrumentalización de esa situación para la consecución de los fines que pretenden favorecerse integra el concepto legal de intimidación. Es a este tipo de intimidación al que podemos denominar *intimidación ambiental*. Actualmente, la

intimidación ambiental es un concepto que ha sido construido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así en Sentencias como la del caso de la Manada de San Fermín, o el caso de la Manada de Manresa, donde para algunos autores, entre ellos, ACALE SÁNCHEZ, si la víctima no se hubiese encontrado en estado de inconsciencia, de la sentencia se desprenden datos suficientes para la aplicación de la intimidación ambiental.

En la práctica se plantean particularmente conflictivos los supuestos en que la víctima desiste de toda resistencia por considerar la agresión inevitable, siendo la intimidación de carácter implícito. Son situaciones en que, no habiéndose proferido una amenaza explícita, la víctima tiene razones para creer que puede sufrir un mal grave si no accede a mantener relaciones sexuales. Se trataría de “contextos intimidatorios difusos” o “intimidación ambiental”.

La intimidación ambiental ha sido definida en numerosas sentencias, entre las que cabe destacar la STS 1291/2005 de 8 de noviembre⁴¹, cuando determina que en las agresiones sexuales múltiples o en grupo se da un cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima, por la presencia de varias personas que actúan en connivencia con quien realiza el acto sexual o que simplemente contemplan a quien consuma materialmente la violación, “ya que la existencia de un grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental”.

La principal diferencia con el prevalimiento es que, aunque en ambas figuras la intimidación es una forma de coerción sobre la voluntad de la víctima que anula o disminuye radicalmente su capacidad de decidir, sin embargo, en el prevalimiento también hay una situación que coarta la libertad de decisión de la víctima, pero es una especie de intimidación de menor

nivel, pues no impide absolutamente tal libertad, sino que la disminuye considerablemente⁴². Por lo tanto, en la intimidación no hay consentimiento de la víctima porque el miedo que le provoca la fuerza física o moral ejercida por el agresor anula su voluntad, mientras que en el prevalimiento existe la voluntad de la víctima (aunque considerablemente reducida) que acepta acceder a la relación sexual, pero lo hace con un consentimiento viciado no fruto de su libre voluntad autodeterminada, sino fruto de una relación de superioridad que opera a modo de coacción psicológica.

En las agresiones sexuales múltiples existe una intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de su capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación, radicalmente incompatible con la complicidad, por ello considero una oportunidad perdida, el no haber delimitado, conceptualizado y regulado la intimidación ambiental en la Ley Orgánica llamada de garantía integral de la libertad sexual.

8. Conclusiones

La ley del solo si es si es idéntica a la ley de violencia de género en cuanto a que ambas son leyes integrales, porque atajan una problemática estructural, como es la violencia de género, el racismo o la violencia sexual contra las mujeres, desde todos los puntos institucionales posibles.

Es decir, estas leyes no solo se limitan a castigar una conducta inadecuada en el Código Penal, que también, sino que además crean recursos de prevención, detección, acompañamiento y reinserción.

La ley, aparte de reformar el sistema de los delitos sexuales del Código Penal, tipifica conductas que hasta ahora quedaban impunes por no estar recogidas en el Código

⁴¹ ESPAÑA. SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 1291/2005, de 8 de noviembre de 2005 (RJ 2006\398).

⁴² ESPAÑA. SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 305/2013, de 12 de abril de 2013 (RJ 2013\3187).

Penal. Así, a modo de ejemplo, podemos destacar el acoso callejero y el reenvío de contenido sexual como ejemplos de nuevos delitos. En el reenvío de contenido sexual antes solo se castigaba al que teniendo acceso directo a los contenidos sexuales los enviase sin consentimiento al grupo de amigos, por ejemplo, pero no castigaba a los amigos que habiendo recibido este contenido a su vez lo reenviasen a otras personas, como un grupo de trabajo.

La nueva ley castiga conductas que hasta ahora no se podían penar, lo que hacía que los procedimientos que se abrían en los juzgados por estas conductas se archivaban directamente. Antes de que entrase en vigor esta ley, las víctimas se encontraban en una situación de desconcierto evidente en el momento de decidir denunciar lo que les había ocurrido.

Las agredidas podían acudir una comisaría, al hospital o a los juzgados de guardia. Muchas veces iban a todos porque, por falta de coordinación entre instituciones, unas les enviaban a las otras como requisito previo para atenderlas. La nueva ley, para evitar esto, prevé la creación de un centro de crisis 24 horas en cada provincia de España antes de diciembre de 2023. Estos centros contarán con atención psicológica, jurídica y social para víctimas, familiares y personas del entorno durante 24 horas al día, 365 días al año. Estos centros lo que harán es básicamente unificar la respuesta institucional (psicológica, jurídica y social) en un solo organismo, minimizando así lo máximo posible el desconcierto y la desorientación de la víctima. Los servicios que prestan estos centros de crisis son accesibles para las víctimas incluso sin necesidad de haber denunciado.

Muchas veces la víctima, al interponer la denuncia, por el evidente estado de estrés post-traumático en el que se encontraba, redactaba una denuncia con lagunas, de una forma imprecisa y obviando cuestiones esenciales. Esto hacía que posteriormente en la instrucción del procedimiento, si se aportaba información, testigos o detalles

importantes no mencionados previamente en la denuncia se le preguntase a la víctima, de una forma incriminatoria y poniendo en tela de juicio su testimonio porque no facilitó dichos detalles en un primer momento.

La ley ataja estos problemas haciendo que los centros de crisis acompañen a la víctima desde el primer momento, por lo que las pruebas se aportarán de la forma más idónea y detallada posible desde el principio.

Pero más allá de los presentes planteamientos, si de tutelar eficazmente a las víctimas de delitos sexuales se trata, dos han de ser las perspectivas a futuro. Por un lado, frente a la presente deriva retribucionista, hay que volver a poner el foco no tanto en penas privativas de libertad más severas (o en el recurso, en su caso, a la medida de seguridad de libertad vigilada a través, por ejemplo, de pulseras electrónicas), sino en cómo se materializa el objetivo resocializador de las mismas, previsto en el artículo 25.2 de la Constitución.

No se trata de castigar más sino de que se concrete realmente en la ejecución de la privación de libertad el objetivo resocializador, favoreciendo que, en el tratamiento penitenciario individualizado, se adopten programas, herramientas y proyectos que, a futuro, van a garantizar, no sólo que el agresor se reinserte, sino la propia tutela de la víctima del específico delito. Junto a ello, resulta igualmente imprescindible poner en marcha todo el elenco de medidas de protección, prevención e intervención previstas en el marco de la “Ley del sólo el sí es sí”, que ayude a las víctimas a superar la situación de victimización y permita empoderarlas.

Hay que poner, obviamente, recursos materiales, económicos y personales encima de la mesa para la materialización de esas propuestas. Por lo que, al margen de consideraciones ideológicas o metodológicas creo que en el fondo el rechazo a la incorporación transversal de la perspectiva de género también se articula en clave económica. La implementación de la

perspectiva de género representa hoy por hoy una amenaza (no por lo que respecta a la identidad masculina, sino por lo que supone de riesgo para la *supremacía* masculina), ya que choca con un modelo económico imperante basado en relaciones patriarcales de poder y dominación sobre las mujeres, cuya pervivencia puede llegar a desestabilizarse ante las reivindicaciones antidiscriminatorias y empoderadoras por parte de las mujeres.

El estudio completo y multidisciplinar de esa lacra que es la violencia sobre la mujer y del amplio abanico de tutelas a dispensarla (orgánica, procesales, judiciales, sociales, etc) es un camino largo y cuyo recorrido precisa, de un gran rigor científico y de un gran interés no exento de paciencia, aprehensión, empatía y amabilidad.

Referencias

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS., (2006). *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia sobre la mujer*.
- ASÚA BATARRITA, Adela., (2008). *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, p. 135.
- BARONA VILLAR, Silvia., (2018). *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 62 y ss.
- BODELÓN, Encarna., (2008). “La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, p. 295.
- BODELÓN, Encarna., (2014). “Violencia institucional y violencia de género”, incluido en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, p.133. <https://doi.org/10.30827/acfs.v48i0.2783>
- CONVENIO del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica firmado por España en el año 2014.
- COOK, Rebecca y CUSAK, Simone., (2010). *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Profamilia, p. 25.
- ERICE MARTÍNEZ, Esther., (2018). “Perspectiva de género y derecho penal”, en *Boletín Penal de Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de enero*, p. 23.
- ESPAÑA. LEY Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, publicado en BOE número 71 de 23 de marzo de 2007. Vigencia desde 24 de marzo de 2007.
- ESPAÑA. SENTENCIA del Tribunal Constitucional 31/2018, de 10 de abril, BOE número 124, de 22 de mayo de 2018, pp. 53548 a 53638.
- ESPAÑA. SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 1291/2005, de 8 de noviembre de 2005 (RJ 2006\398).
- ESPAÑA. SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 305/2013, de 12 de abril de 2013 (RJ 2013\3187).
- ESPAÑA. SENTENCIA del Tribunal Supremo 247/2018, de 24 de mayo de 2018, número de recurso de casación 10549/2017. Ponente Sr. Vicente Magro Servet.
- GISBERT GRIFO, Susana., (2018). *Balanza de género*, Editorial Lo que no existe, p. 191.
- HAWIE LORA, Illian., (2021). “La doble pandemia: violencia de género y COVID 19” en *Revista Advocatus*. <https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n3.9.5120>
- LARRAURI PIJOAN, Elena., (2009). “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas desde el feminismo oficial”, en *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 312-324.
- LAURENZO COPELLO, Patricia., (2008). “La violencia de género en el Derecho Penal: un ejemplo de paternalismo primitivo”, en *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch.
- LLORIA GARCÍA, Paz., (2014). “Violencia de género en el entorno digital”, en

- Crímenes y castigos, miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 547 y ss.
- LORENTE ACOSTA, Miguel., (2001). *Mi marido me pega lo normal*. Ed. Crítica
- LORENTE ACOSTA, Miguel., (2020). “Violencia de género en tiempos de pandemia y confinamiento”, en *Revista española de medicina legal, volumen 46, número 3*, pp. 139-145. <https://doi.org/10.1016/j.reml.2020.05.005>
- MAGRO SERVET, Vicente., (2018). “La perspectiva de género en los delitos cometidos sobre la víctima mujer”, *Revista de Jurisprudencia Le Febvre-El Derecho*, pp. 1 y ss.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa., (2006). “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología, núm. 8-02*. <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>
- MAQUEDA ABREU, María Luisa., (2008). “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, p. 390.
- ORTEGA LORENTE, José Manuel., (2018). “Breves reflexiones sobre necesidades formativas de juezas y jueces”, *Boletín Penal de Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de enero de 2018*, pp. 3 y ss.
- ORTS BERENQUER, Enrique., ROIG TORRES, Margarita., (2001). *Delitos informáticos y delitos cometidos a través de la informática*, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 13 - 14.
- RAMÍREZ ORTIZ, José Luis., (2018). “El testimonio único de quien afirma ser víctima desde la perspectiva de género”, *Boletín Penal de Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de febrero*, p. 9. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22288
- SERRA CRISTOBAL, Rosario., (2011). “Mujer y doble discriminación”, incluido en la obra *Mujer y Derecho, Jornadas de Igualdad de la Facultad de Derecho, Universitat de*, Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 88 y ss.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José., (2018). “La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer”, *Boletín Penal de Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de enero*, p. 27.
- VALLEJO TORRES, Carla., (2018). “El género en el Derecho y su perspectiva en el proceso penal”, *Boletín Penal Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de enero*, p. 48
- VARELA CASTEJÓN, Xermán, FERNÁNDEZ SUÁREZ, Natalia., (2018). “Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género”, *Boletín Penal de Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de enero*, p. 9.



“Solo sí es sí”. Debate sobre la polémica Ley Orgánica 10/2022

“Only yes is yes”. Debate on the controversial Organic Law 10/2022

Tania Vidal López

Universidad Isabel I. Burgos
tania.vidal.lopez@ui1.es
ORCID:0009-0002-6063-4438

Resumen

La ley del solo sí es sí ha provocado numerosas consecuencias negativas desde su entrada en vigor en nuestro país. Por ese motivo se trata de una ley que ha generado grandes debates en nuestra sociedad y una polémica justificada con el Ministerio de Igualdad de España. En el siguiente artículo, se exponen unas nociones básicas sobre la Ley Orgánica 10/2022, al mismo tiempo que se formulan algunas cuestiones de importancia y relevancia social de estos comportamientos sexuales ilícitos, para finalmente ofrecer un debate desde una perspectiva crítica sobre las consecuencias negativas experimentadas por su entrada en vigor.

Palabras clave: LO 10/2022; Solo sí es sí; Agresiones sexuales; Concienciación; La Manada.

Abstract

The law of “only yes is yes” has caused numerous negative consequences since its entry into force in our country. Therefore, it is a law that has generated great debates in our society and justified controversy with the Spanish Ministry of Equality. The following article presents some basic notions about Organic Law 10/2022, while formulating some questions of importance and social relevance of these illicit sexual behaviors, to finally offer a debate from a critical perspective on the negative consequences for entry into force.

Key words: LO 10/2022; Only yes is yes; Sexual assaults; La Manada.

1. Introducción

La violencia sexual es un tema paradigmático y con gran complejidad, y no puede ser conceptualizado desde un único prisma. Debemos entender que la violencia sexual se manifiesta de numerosas formas y conlleva múltiples efectos negativos para las víctimas. Por ello, para hablar de violencia sexual es necesario el análisis multidisciplinar, abordando la materia desde las diferentes perspectivas, como la criminológica, la jurídica, la psicológica o la sociológica.

Para entender la necesidad de estudio de este tipo de comportamientos lesivos, es necesario entender que se trata de una conducta ilícita que puede afectar a todas las personas, pero que incide especialmente en las mujeres. De hecho, Pastor-Moreno et al. (2022) aseguran que el 44% de las mujeres han sido víctima de comportamientos relacionados con la violencia sexual.

Este estudio plasma los datos de un análisis de 9568 encuestas de testimonios de mujeres mayores de 16 años, que han sido supervivientes de episodios de violencia sexual y que son residentes en España. Este estudio se realizó en 2019 por el Ministerio de Igualdad de España.

En esta línea, la OMS muestra mediante un análisis de datos la prevalencia de la violencia sexual. Para su estudio tuvieron en cuenta 161 países y sucesos comprendidos entre el 2000 y el 2018. Los resultados manifestaron que más del 30% de las mujeres ha sufrido violencia física y/o sexual.

Los datos demuestran que estamos ante conductas con gran incidencia y prevalencia incluso a nivel global. Por tanto, la violencia sexual es una realidad que por su alta frecuencia supone una lacra para la sociedad, pese a que en las cifras oficiales de denuncias no se refleje, pues cabe destacar que existe

una gran cifra negra en los delitos sexuales. Se llama cifra negra a aquellos delitos sexuales que no se conocen por las vías oficiales.

Hay estudios que cercioran que la cifra negra de los delitos sexuales es particularmente elevada, y esto se debe a diversos motivos (Cazorla, 2021). Como el temor a que no se les crea, la vergüenza, el temor de la víctima a que se le juzgue o responsabilice, o la victimización secundaria, entre otros (Martínez-Catena y Redondo, 2016). Por ejemplo, en España se registraron únicamente 636 casos de delitos sexuales denunciados¹.

Lo que delata la necesidad de abordar la temática, para dar visibilidad a estos sucesos y darnos cuenta de que aún falta un largo camino para conseguir la sensibilización de la sociedad, así como el rechazo pleno a estas conductas.

Afortunadamente, observamos que, tras el paso del tiempo, la violencia sexual va cobrando un papel importante en la sociedad, pues a raíz de numerosos movimientos, se ha conseguido una mayor movilización, y en consecuencia una mayor repercusión, que ha ayudado a generar una concienciación social sobre la problemática.

De hecho, en España, el caso de “la Manada” supuso un antes y un después en materia de agresiones sexuales. En concreto, a raíz de esta inédita movilización social, se fortalecieron los movimientos en contra de las agresiones sexuales y se consolidó una fuerte concienciación social con la que surgió la conocida Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Y demostramos que seguimos en la dirección correcta, pues con la premisa de ofrecer un tratamiento más adecuado, se sigue invirtiendo en su estudio, y así también adecuar la respuesta legislativa. Con ello, surge la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica

¹ El INE plasma en su base de datos que en 2022 se registraron 636 casos relacionados con delitos

sexuales. Cifra que aumenta considerablemente desde el año 2017 (332 casos).

10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

2. Los delitos de índole sexual

2.1. Definición

La violencia sexual cuenta con numerosas concepciones, pero cabe destacar las aportada por la OMS.

Las Naciones Unidas definen la violencia sexual como cualquier comportamiento de índole sexual que se dirija contra la sexualidad de otra persona en cualquiera de sus formas y en cualquier ámbito. Comprende tanto cuando se trate de un hecho consumado como cuando se trata de una tentativa.²

Es decir, La violencia sexual comporta conductas desde el acoso verbal, hasta la penetración sin consentimiento. Por ello, hay que entender que la violencia sexual engloba numerosas conductas, en particular, todas aquellas que se realicen contra la libertad sexual de una persona cuando no media su consentimiento.

2.2. Breve referencia a la penología

Actualmente, en el Título VIII del Libro II del Código Penal español se recogen los delitos contra la libertad sexual.

En concreto, el tipo básico se encuentra en el artículo 178 CP. En este precepto penal se recogen todas las conductas que atenten contra la libertad sexual de otra persona cuando no medie consentimiento.

Pues desde la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, conocida como la ley del *solo sí es sí*, se supone que entra en juego el papel del

consentimiento como elemento del tipo. Es decir, para que este delito doloso se lleve a cabo o se intente realizar (tentativa), es necesario que no medie consentimiento.

Con esta ley del *solo sí es sí*, se explica que el consentimiento existe cuando se manifiesta de forma libre y clara la voluntad de la persona de consentir los actos sexuales. Puede manifestarse de forma verbal, pero también implícita en los actos.

Así mismo, esta ley unificó las conductas que hasta entonces se consideraban delictivas en el ámbito sexual (abusos sexuales y agresión sexual), y pasaron a englobarse todas aquellas en las "agresiones sexuales".

Esta ley ha sido muy cuestionada, pues con esta unificación conceptual, conductas consideradas más graves como eran los abusos sexuales, se enmarcan en conductas de menor gravedad como las agresiones sexuales. Al mismo tiempo, con esta nueva regulación, observamos una rebaja en las penas de estas conductas tipificadas.

En concreto, antes de la ley del *solo sí es sí*, la agresión sexual básica era castigada con penas que comprendían hasta los cinco años, y con esta nueva regulación oscilan entre el año y los cuatro años. Otra diferencia significativa es, que, la agresión sexual con penetración se castigaba desde los cinco años, y con la nueva reforma se rebaja el mínimo a cuatro años. Esta rebaja penal también afecta a las conductas agravadas, pues antes oscilaban entre 12 y 15 años, y con esta ley entre 7 y 15 años.

Estas rebajas penales han hecho que los agresores sexuales condenados se acojan a la ley más favorable (ley del *solo sí es sí*) para conseguir reducir sus penas, incluso en algunos casos, ser excarcelados. Lo que

² Definición de la violencia sexual por la OMS: «cualquier acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual u otro acto dirigido contra la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de su relación con la víctima, en cualquier ámbito. Comprende la violación, que se

define como la penetración, mediante coerción física o de otra índole, de la vagina o el ano con el pene, otra parte del cuerpo o un objeto, el intento de violación, los tocamientos sexuales no deseados y otras formas de violencia sexual sin contacto».

provoca una controversia, pues esta ley se supone que se diseñó para mejorar la protección de las víctimas de agresión sexual, y lo que ha supuesto, en líneas generales, es un beneficio para los delincuentes sexuales.

En concreto, en septiembre de este año, el CGPJ cifraba que al aplicar la ley más favorable para el reo se han llevado a cabo 1127 rebajas de la pena y 115 excarcelaciones. Estos datos se recogieron dos días después de que el TS avalara la reducción de la condena, frente al criterio de la Fiscalía, teniendo en cuenta la entrada en vigor de esta ley del *solo sí es sí*.

3. El caso de la Manada y la LO 10/2022

Una mujer de dieciocho años presentó cargos por violación contra un grupo de cinco hombres que, el día 7 de julio de 2016, durante la celebración de las famosas fiestas de los San Fermín en la ciudad Pamplona, atentaron contra su libertad sexual en el portal de una vivienda en el centro de la ciudad en la madrugada.

Este caso de violencia sexual se hizo eco en la prensa de nuestro país debido a varios factores, entre ellos, a que estos comportamientos fueron realizados por cinco hombres que se hacían llamar “la Manada” en su grupo de WhatsApp, en el que compartieron imágenes de la agresión. Así mismo, su defensa se basó principalmente en dos argumentos: que existía consentimiento por parte de la víctima, y que se trataba de una mujer de dudosa credibilidad.

Como resultado de ello, hubo grandes movilizaciones sociales en apoyo a la víctima. Una ola de solidaridad a favor de la denunciante invadió las calles de las ciudades de España. Se organizaron numerosas manifestaciones y concentraciones en su defensa, empleando lemas como: “hermana, yo si te creo”, o “no es abuso, es violación”.

Dos años después de los hechos, en concreto el 26 de abril de 2018 se publicó esta sentencia judicial tan debatida. Los cinco individuos fueron condenados a nueve años

de prisión por el delito de abuso sexual sin violencia, es decir, no fueron juzgados por el delito de agresión sexual ni por violación. Este fallo de la sentencia de la Manada produjo un gran revuelo, y consigo, numerosas protestas por el sentimiento generalizado de injusticia al cuestionar el testimonio de la víctima y no darle el valor que debía a la actuación de los agresores.

Pero esta sentencia no fue el final de este caso, pues ha habido un largo proceso judicial posterior, en el que se han interpuesto numerosos recursos y han intervenido números tribunales. Finalmente, el Tribunal Supremo confirma que los hechos cometidos el 7 de julio son constitutivos de violación, y se les impuso una pena de 15 años de prisión a cada individuo, por el delito de agresión sexual por la violación de la víctima en Pamplona.

Desde que se conocieron los hechos de esta violación grupal, durante la celebración del juicio en la Audiencia de Navarra en noviembre de 2017, y durante los procesos posteriores, observamos el rechazo de la sociedad ante estos comportamientos que atentan contra la libertad sexual de las mujeres.

Estos movimientos sociales sin precedente mostraron la indignación sobre el caso de la Manada, el cual reunió gran atención mediática, pero también fueron el comienzo de una nueva reivindicación social contra los delitos sexuales en nuestro país. Esta presión social sirvió para que se revisara la tipificación de los delitos sexuales.

Con ello, observamos que el caso de la Manada fue clave para mostrar las necesidades sociales respecto a los delitos sexuales y la protección de las víctimas. Este caso sirvió como punta del iceberg para dar voz a una reivindicación social tan necesaria.

La reivindicación sirvió para tratar de alcanzar una armonización de criterios e introducir novedades normativas al respecto. Con ello, nace la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de

septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

Esta ley, en principio, trata de dar respuesta a la demanda social, y tiene como eje central el consentimiento de la víctima. Con esta ley se unifican los conceptos de abusos y agresiones sexuales, en adelante, todos estos comportamientos serán considerados agresiones sexuales, para las cuales se establecen distintas gravedades de la conducta, entre otras modificaciones.

Entre las modificaciones introducidas por la nueva redacción de la conocida ley del *solo sí es sí* sobre los delitos sexuales, se vieron afectados los marcos penológicos de estos delitos, lo que conllevó la rebaja de algunas condenas.

Entre los casos de reducción de condena, paradójicamente, también nos encontramos ante el caso que supuso la concienciación social sobre la necesidad de una nueva ley integral de los comportamientos relativos a las agresiones sexuales. Es decir, el mismo caso que impulsó la redacción de una nueva ley, fue uno de los casos beneficiados por ella. En particular, se rebajó un año de condena a uno de los miembros de la conocida la Manada. En concreto, Ángel Boza fue condenado a una pena de 15 años de prisión, y con la entrada en vigor de la ley del *solo sí es sí*, se le redujo un año, quedándose en 14 años de prisión.

Esta ley, entre otras muchas cosas, supuso beneficios penológicos para los agresores, por ello, poco después se reforma a través de la LO 4/2023, de 27 de abril, tratando de solucionar estas consecuencias negativas que trajo la Ley Orgánica 10/2022.

4. Tolerancia vs rechazo de comportamientos de violencia sexual

En muchas ocasiones, la víctima no denuncia o manifiesta los sucesos que está sufriendo, y esto puede deberse a números factores, especialmente los relacionados con la tolerancia de estas conductas en la sociedad. Como, por ejemplo:

- Por vergüenza a lo que piensen el resto de las personas.
- Temor al aislamiento.
- Por sentirse culpadas.
- Miedo a sentir que no las creen.
- Temor a represalias.
- Victimización secundaria.
- Normalización de la conducta.
- Sistema de apoyo inadecuados.

Como observamos, estos motivos pueden deberse a la insensibilización social sobre este tipo de comportamientos, y pueden suponer unas consecuencias negativas e irreversibles para la propia víctima del delito.

Por ello, para tratar de abordar la materia, es esencial no solo conocer el delito de una forma general, sino que se hace preciso conocer otros elementos que están asociados para tratar de ofrecer una mayor protección a las víctimas, y especialmente, hacerlo de forma más adecuada. Conocer en cada momento de la sociedad la tolerancia o rechazo que tienen ante estos actos sexuales, es necesario para conocer en mayor medida, en que factores hay que incidir, con el fin de ofrecer esta protección integral a la víctima.

Existe un informe realizado por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género de España (2018), en el que analizan la percepción de la violencia sexual en cuanto a su aceptación y rechazo.

Para el análisis de este factor, se realizó a la población una serie de afirmaciones, las cuales debían de valorar con una puntuación de 0 a 5 según el grado de acuerdo con ellas, para posteriormente analizar las respuestas para valorar la actitud de estas personas, identificando si tachan estas actitudes sexuales, o si las justifican, llegando incluso a culpabilizar a la víctima y eximir la responsabilidad del victimario.

El estudio se compuso de varios bloques que se componían de 5 oraciones, extraídas de la escala de Aceptación de Mitos Modernos sobre las Agresiones Sexuales (AMMSA).

Por ejemplo, en el primer bloque aparecían las siguientes afirmaciones (Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, 2018):

1. Si una mujer invita a un hombre a tomar una copa en su casa después de haber salido por la noche, significa que quiere sexo
2. Muchas mujeres tienden a exagerar el problema de la violencia machista
3. Cuando un hombre presiona a su pareja para mantener relaciones sexuales, esto no puede llamarse violación
4. Cualquier mujer que sea tan poco precavida como para andar sola de noche por callejones oscuros tiene parte de culpa si es violada
5. El alcohol es a menudo el causante de que un hombre viole a una mujer

En este caso, se tuvieron en cuenta 2465 personas, y se establecieron 3 grupos de individuos diferentes: el que manifiesta rechazo total a las agresiones sexuales, el que tiene tolerancia plena a las agresiones sexuales, y el grupo intermedio, el cual rechaza algunas agresiones y otras las tolera.

Los resultados fueron que, la mayoría de las personas que participaron en este estudio, se posicionaron en el grupo intermedio, en concreto el 75,8% de los hombres, y el 63,8% de las mujeres. Una minoría de hombres y mujeres se posicionaron en el grupo de tolerancia ante las agresiones sexuales (3,3% y 2,3% respectivamente). Y un número mayor de mujeres (33,8%) que de hombres (20,8%) fueron las que rechazan cualquier tipo de violencia sexual. Dos personas alegaron que no sabían que responder, y una mujer no contestó a ninguna pregunta.

Este análisis de datos también saca a relucir que, cuanto mayor es el nivel de formación de la persona, más probabilidades de que pertenezca al grupo de rechazo de la violencia sexual. Este grupo, casi en su mayoría, está integrado por individuos que tienen estudios universitarios (45,3%), únicamente una

minoría que compone este grupo cuenta con estudios primarios o inferiores (9,7%).

Con todo ello, observamos que, en estos momentos, la empatía social en relación con la víctima de los delitos sexuales está evolucionando. Pues es únicamente una pequeña parte la que es capaz de tolerar los actos de violencia sexual, siendo la mayoría de las personas las que rechazan, al menos, parte de estos comportamientos.

No obstante, aunque sea una afirmación positiva la de que estamos avanzando de una forma progresiva, y por consiguiente que no estemos estancados, aún falta un largo camino que recorrer hasta poder llegar a erradicar la tolerancia a estos comportamientos.

Por ello, hay que seguir trabajando en la concienciación social y atendiendo a las necesidades que van surgiendo y adaptándose a los nuevos tiempos (como concebir que estas conductas pueden suceder a través del ámbito cibernético y de las tecnologías). Pues sin lugar a duda, la percepción y permisibilidad de estas conductas facilita su comisión, impide su prevención, incluso su castigo en muchos casos, normalizando las conductas y aumentando los riesgos y perjuicios de estos comportamientos ilícitos.

5. La victimización secundaria en delitos sexuales

La victimología es una disciplina científica en constante evolución, la cual ha incidido en el valor de la figura de la víctima en el delito, que, normalmente, era la gran olvidada. Y en delitos sexuales, debe cobrar gran importancia el papel de la víctima, especialmente en lo relativo al estudio de sus necesidades y derechos, para proporcionarle una asistencia adecuada a nivel jurídica y psicológico, al mismo tiempo que tratar de minimizar los efectos de la victimización secundaria derivada por conductas sexuales ilícitas.

Hablamos de victimización secundaria (término acuñado por Kühne en 1986) para referirnos a todas aquellas agresiones psíquicas que la víctima experimenta y sufre tras el hecho delictivo, como resultado de la relación y trato con los servicios sanitarios, policiales y judiciales, así como el resto de los eventos relacionados que puedan afectar a la víctima, como el tratamiento por la sociedad (rechazo, aislamiento, etc.) o el que hacen los medios de comunicación.

Una víctima de agresiones sexuales, además de enfrentarse a ese hecho traumático, si decide denunciar, debe enfrentarse a revivir el hecho en numerosas ocasiones: ante la policía, para interponer la denuncia; ante la administración de justicia si se inicia un proceso jurídico; ante un Juez en el juicio oral, si lo hay; ante los servicios sanitarios, en una primera asistencia médica; ante los servicios asistenciales como los servicios psicológicos; etc.

En numerosas ocasiones, la víctima puede verse perjudicada directamente por los procesos que siguen a la agresión sexual, ya que se embarca en un proceso legal largo y prolongado en el tiempo, donde debe estar repitiendo y reviviendo su historia una y otra vez, así mismo, durante este proceso puede encontrarse ante profesionales con poca sensibilidad, por ejemplo, que un Juez pregunte si: “¿Cerró usted bien las piernas para evitar una violación?”³, que agudicen o agraven los factores negativos de la agresión, conllevando a un mayor impacto psicológico.

Por todo lo expuesto, resalta la necesidad de trabajar una mayor sensibilización social respecto a estos delitos, creando una concienciación adecuada al respecto. Pues los cambios sociales pueden suponer una reacción victimal diferente, y esto favorecer una mejor y mayor respuesta, facilitando la lucha contra estos comportamientos, al mismo tiempo que posibilitando a la persona

que de el paso de salir de esa situación de maltrato o agresión.

6. Debate sobre las consecuencias negativas de la LO 10/2022

La Ley del *solo sí es sí*, ha sido elogiada y detestada por el mundo científico en partes iguales.

La motivación de la nueva redacción fue como consecuencia de una reacción pública que desató un movimiento social extraordinario. Estas reivindicaciones sociales generaron un cambio de concienciación excepcional en nuestro país. Esta demanda social manifestó la necesidad de aplicar cambios para destruir el que consideran un reflejo del patriarcado en la ley, estableciendo el consentimiento de la víctima como foco principal para la consideración de estas conductas como delito. Alegaban que la ley debía mostrar la perspectiva e intereses de las mujeres.

Como hemos visto, el punto de inflexión para la redacción de esta ley fue el caso de la conocida Manada. Donde cinco hombres, durante las fiestas de San Fermín en Pamplona, violaron a una mujer, y fueron condenados por estos hechos. Este terrible delito que atentó contra la libertad sexual de la joven supuso la reevaluación española de las leyes sobre agresiones sexuales.

Los movimientos feministas que impulsaron una de las mayores reivindicaciones en este ámbito, exigía que las leyes al respecto se reescribieran en solidaridad a la víctima de la Manada.

Este llamamiento, coincidió con los cambios normativos de la materia que experimentaban otros países, como Alemania, con la nueva ley en la materia que se rige por el principio de “no es no”.

El Parlamento de Alemania aprobó una reforma con la que modifican su Código Penal,

³ La asociación Clara Campoamor denuncia a un juez de violencia de género en Vitoria por considerar que

maltrataba a las víctimas con preguntas capciosas (Rioja, 2016).

y en materia de delitos sexuales tipificaron cualquier acto contra la autonomía sexual cuando se realice contra la voluntad reconocible, sin mediar más condiciones. Pues al definir la violación, encontramos una connotación importante, pues cuando se dice “no” a la relación sexual, incluso si la víctima no se resiste, se trata de una relación no consentida.⁴

Meses después de conocerse la sentencia de la Manada, las autoridades españolas anunciaron que la modificación de ley sobre delitos contra la libertad sexual en España se llevaría a cabo para adaptarlo a las peticiones surgidas por la reivindicación social tan extraordinaria. No obstante, el país experimentaba una época política inestable, y fue en 2020 cuando entró un gobierno de coalición y retomaron el anuncio y promesa de modificación de la normativa sobre delitos sexuales.

El proyecto de ley supuso un gran revuelo. Pues la nueva redacción implicó dos corrientes, los que estaban a favor, y los detractores.

De hecho, tanto el Consejo General del Poder Judicial, como la Fiscalía General del Estado, realizaron unos informes donde detallaron algunas consideraciones donde advertían sobre las consecuencias de la aplicación de la nueva redacción ante los tribunales, cuestionando en sus objeciones la calidad técnica legislativa empleada por el partido político en la redacción del anteproyecto.

A estos informes desfavorables le siguieron muchos otros elaborados por diferentes organismos, entidades y profesionales en derecho con consideraciones desfavorables sobre la aplicación de la nueva redacción, advirtiendo sobre los efectos indeseables que podía producir esta nueva ley⁵, pero los

responsables del anterior ministerio de Igualdad, desoyeron estas advertencias, y aun así, elevaron el anteproyecto de ley al Parlamento para su aprobación.

Como hemos visto, la finalidad de esta reforma obedece a la necesidad de colocar el consentimiento como elemento principal, para así poder tratar de proteger a las personas, en particular a las mujeres, de cualquier acto que atente contra su libertad sexual. Ahora bien, es el momento de analizar qué consecuencias prácticas conlleva la nueva redacción.

La primera consecuencia jurídica proviene de la unificación las conductas de abusos sexuales y agresiones sexuales, ya que, con la nueva redacción, se considera agresión sexual todas aquellas conductas de carácter sexual que se realicen sin consentimiento, independientemente de que se emplee violencia o intimidación. Como consecuencia de esta nueva redacción, se modifican las penas para estos tipos delictivos.

Estas modificaciones también afectaron al marco de las penas a imponer por la comisión de estos comportamientos contra la libertad sexual. En concreto, la nueva redacción ha traído consigo una rebaja sustancial de la pena en comparación a la redacción anterior.

Por ejemplo, con la anterior redacción, una violación agravada se enmarcaba en el delito de abuso sexual con acceso carnal de tipo agravado, y se preveía una pena de doce a quince años.

Con la nueva redacción de esta ley, este hecho se encuadra dentro de las agresiones sexuales agravadas, y son castigadas con penas desde los siete años hasta los quince.

Por todo ello, las reducciones de las penas y las excarcelaciones de los condenados por

⁴ Numerosos medios de comunicación se hicieron eco de la noticia de la nueva redacción de la modificación de su Código Penal alemán, que titulan como la “ley del no significa no”.

⁵ Informes desfavorables por parte de distintos organismos, como el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el Consejo de Estado, el Consejo Fiscal, el Consejo Económico y Social, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), etc.

delitos sexuales (violadores, pederastas, etc.) que se están produciendo tras la entrada en vigor de la ley *solo sí es sí*, no se deben por el “machismo” u otras ideas sobre el patriarcado, sino que son producto exclusivamente de la aplicación de la redacción de la ley, ya que los condenados pueden acogerse a la ley más favorable por el principio de *in dubio pro reo* que se reconoce en nuestro ordenamiento. Se trata de un principio jurídico de obligatorio cumplimiento para los tribunales.

En esta línea, cabe plantearse si los motivos ideológicos sobre la unificación de las conductas afectan a la proporcionalidad de las penas. Pues con la nueva redacción, observamos que se tipifica una única conducta, a la que se denomina agresión sexual, independientemente de que, por ejemplo, medie intimidación o violencia en el hecho. En el tipo penal puede encuadrarse tanto al individuo que realiza un tocamiento, como al individuo que de forma violenta penetra a la víctima. Es decir, con esta redacción se tipifican conductas menos graves y más graves con un mismo marco penológico, por lo que se elevan las penas para los delitos más leves, y se rebajan para los delitos más graves.

La segunda consecuencia de gran importancia es, la inseguridad jurídica. Es decir, se incluye en el precepto penal numerosos supuestos, que, según la “menor entidad” pueden comportar una rebaja de la pena, a merced del tribunal, ya que no se han establecido unos criterios específicos. Esto puede proporcionar el agravio comparativo de conductas juzgadas por distintos tribunales.

La tercera consecuencia, es una cuestión relativa al concepto de consentimiento. En nuestro país se ha hecho eco lo que sería un modelo de consentimiento, pues algunas corrientes sociales increpan en la necesidad de firmar un consentimiento escrito para poder mantener relaciones sexuales. Sin embargo, esto no es cierto. En esta línea, cabe resaltar que la figura del consentimiento no es introducida por esta nueva ley como se hace

creer, ya que incluso con la anterior redacción a esta ley del *solo sí es sí* se contemplaba.

De hecho, en el artículo 181.1 CP se establecía que: “El que (...) y sin que medie consentimiento, realice actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual...”. Por lo tanto, el consentimiento no es un elemento novedoso en estos delitos como nos han intentado hacer creer, antes eran considerados delitos estos actos sin consentimiento, y con esta ley, también.

La cuarta consecuencia, deriva de la cuestión de la carga probatoria y la vulneración de la presunción de inocencia. Es decir, pese a las afirmaciones de la responsable del anterior ministerio de Igualdad, que manifestó que el lema de la ley era: “hermana, yo sí te creo”, esto no puede ser reflejado en una ley, pues vulneraría uno de los principios de nuestro ordenamiento, el principio de presunción de inocencia. Pues no se trata de creer a la víctima, se trata de probar los hechos delictivos aportando pruebas suficientes (artículo 24.2 CE).

Por ello, tanto en la antigua redacción como con la nueva, hay que seguir probando los hechos, ya que se ha introducido una reforma en el Código Penal, pero esta reforma no resuelve la gran problemática que envuelve estos delitos, porque no lleva consigo una reforma procesal o constitucional, y la carga probatoria sigue recayendo en quien acusa.

La quinta consecuencia jurídica negativa y que cabe señalar, es la nueva victimización que está produciendo la entrada en vigor de esta ley del *solo sí es sí*. Pues como hemos comentado, los individuos que ya han pasado por un proceso penal y los cuales habían sido declarado culpables por al menos un delito contra la libertad sexual, se han acogido a esta nueva ley por la retroactividad de nuestro ordenamiento, lo que intrínsecamente se relaciona con la revictimización.

Hablamos de revictimización porque cuando estas personas creían ya cerrado el proceso y se encontraban alejados de esta situación, se han visto involucrados de nuevo, reviviendo

los hechos y acercándose al sufrimiento que esa agresión les causa, pues han tenido que vivir como sus agresores sexuales han solicitado una revisión de la sentencia emitida, y en muchos de esos casos, como hemos comentado, se han apreciado rebajas de las penas, e incluso excarcelaciones.

Esto es un proceso por el que no debería hacerse pasar a una víctima, y especialmente cuando se trata de este tipo de delitos, por las connotaciones psicológicas tan negativas y devastadoras que esto puede suponerles. En esta línea, tener que presenciar como se les rebajaba o incluso ver como se ponía en libertad a su agresor sexual. Esta ley en este sentido no ha protegido a las víctimas del delito, sino que las ha expuesto al ofrecer beneficios directos para los delincuentes, potenciando el sentimiento de sufrimiento, dolor, indefensión e injusticia en la víctima.

La sexta consecuencia y última que cabe resaltar, es la alteración de la ley en la jurisdicción de menores, incluso en la prescripción de esta clase de delitos. La ley del *solo sí es sí*, también afecta a la responsabilidad penal de menores, ya que los menores de 16 y 17 años cuando cometan hechos contra la libertad sexual de otra persona, pese a su menor entidad, serán juzgados por delitos de agresión sexual (considerados delitos de especial gravedad), y se enfrentarán a medidas de mínimo un año de internamiento (artículo 10.2.b de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores), en contra posición a un adulto, que puede ser condenado a una multa por los mismos hechos considerados de menor entidad (artículo 178.3 CP).

Por tanto, la actual redacción distorsiona y cuestiona de nuevo la proporcionalidad y los intereses del menor. Con la anterior redacción, el Código Penal excluía de los delitos de especial gravedad de menores los comportamientos relativos a los abusos sexuales, pero con la nueva reforma ese tipo penal desaparece para tratarse en todo caso, de agresiones sexuales.

Con todo ello, podemos entender a la corriente que cataloga la ley del *solo sí es sí*, como un fracaso. Pues era de esperar, ya que la reforma fue impulsada por el Ministerio de Igualdad abandonando los criterios más básicos de técnica jurídica. Esta ley contó con números informes en contra de su entrada en vigor que no se tuvieron en cuenta.

Como era de esperar, poco después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, fue llevada a cabo una modificación que tenía como objetivo solucionar todas estas consecuencias indeseables producidas por la ley del *solo sí es sí*, en concreto se aprobó la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril.

Sin embargo, este cambio normativo será efectivo para las nuevas comisiones de agresiones sexuales cometidas desde la entrada en vigor de esta última reforma, pero todos aquellos delincuentes que atentaron contra la libertad sexual de otras personas con anterioridad podrán seguir acogiéndose a la ley del *solo sí es sí*, por tanto, esta reforma es acogida en nuestro ordenamiento jurídico como referente, pero no puede reparar todo el daño causado por la negligencia de su actuación anterior.

7. Conclusiones

El coste social de la violencia sexual es enorme, y conlleva unas consecuencias terribles e indeseables. La tolerancia, la normalización de las conductas, la culpabilización a la víctima por no tener una reacción “impecable” ante estas situaciones, por su vestimenta, la empatía con el agresor, entre otras, así como la difusión y repercusión de estos sucesos incluso a través de los medios de comunicación de una forma inhumana, provocan consecuencias negativas en la víctima, pero también en la sociedad, pues no permiten seguir avanzando en el progreso de evolución.

No cabe duda de que la visibilización de estos actos, con un correcto enfoque, facilita la evolución positiva en la concienciación social y la necesidad de proteger a la víctima y sus derechos, esta concienciación social, como

hemos visto, juega un papel muy importante para el estudio y prevención de estos delitos, y sirve en todo caso, para respaldar y apoyar eficazmente a la víctima además de tratar de paliar las consecuencias de la victimización secundaria. No obstante, no debe ser el único eje central para la modificación de la normativa al respecto, pues es necesario que ese enfoque social se refleje en la ley, pero a través del uso cuidadoso y metódico de la técnica legislativa.

Por todo ello, es fundamental:

- Potenciar esta concienciación y transmitirla a las nuevas generaciones promoviendo políticas sobre la sexualidad que incorporen una educación adecuada, al mismo tiempo que políticas igualitarias de género. Concienciación que implique un mayor respeto y sensibilización contra estos actos reprochables. Cualquier comportamiento de esta índole debe ser considerado como un comportamiento inaceptable y reprochable. En esta línea, la educación juega un papel muy importante para la prevención de estas conductas sexuales inapropiadas.
- Mejorar e invertir en los servicios de apoyo y ayuda. Es necesario contar con servicios integrales de calidad, formados por profesionales centrados en este tipo de violencia, para así atender de forma eficiente y eficaz a las víctimas, atendiendo a sus necesidades reales, y tratando de reducir la victimización secundaria de estas personas.
- Mejorar las herramientas y estrategias, adaptándolas al avance de la propia sociedad, para así poder facilitar una temprana detección de los casos, y poder prevenir estas conductas sexuales ilícitas.
- Una continua evaluación de las estrategias y herramientas adoptadas

dirigidas al mantenimiento y buen funcionamiento de las mismas. Permitiendo ser adaptadas y actualizadas para obtener los mejores resultados posibles en cada momento.

- Confiar en nuestros profesionales del ordenamiento jurídico. En concreto, en el Poder Judicial, ya que son ellos los encargados de brindar a través de la redacción normativa la protección de la sociedad frente a los delitos. Es importante la labor del legislador, que debe siempre velar por los intereses sociales, para garantizar y respetar los valores constitucionales. Los organismos del Estado tienen un papel fundamental, y no deben desoírse sus consideraciones, es decir, en ningún momento debe primar el interés político.

De estas ideas fundamentales se desprende la necesidad de estudio continuo sobre este tema, teniendo en cuenta todos los cambios ideológicos al respecto para poder ir adaptándose, para seguir ofreciendo la correcta protección a la víctima de delitos sexuales y la actualización de las herramientas que faciliten la prevención de este tipo de conductas tan lesivas, tanto para la víctima, como para la propia sociedad.

Y, espero que de estas consecuencias indeseables sufridas por la ley del *solo sí es sí*, aprendamos a que una ley no puede ser modificada únicamente por el criterio de la aceptación social o de las ideologías (aunque pueden potenciar la necesidad de cambios legislativos), sino que se debe tener en cuenta el interés común de la sociedad.

Así mismo, la redacción debe elaborarse por legisladores profesionales y competentes, teniendo en cuenta las cuestiones o informes al respecto, antes de promulgar una ley. Y hago hincapié en esta cuestión porque los responsables del anterior ministerio de Igualdad, desoyeron los numerosos informes realizados por profesionales que advertían de

las numerosas consecuencias negativas que acarrearía la redacción de esta ley, y que hemos tenido que vivir, y seguiremos viviendo. La ley debe ser realizada por legisladores, quienes tienen conocimientos jurídicos, y no por personas legas en derecho como los partidos políticos, porque como hemos visto, estas decisiones pueden ser clave para que como ha ocurrido, violadores vean la oportunidad de ver reducidas sus condenas.

Sin lugar a duda, esta ley ha supuesto la creación de un sentimiento de desconfianza ante la justicia y sus quehaceres en nuestra sociedad, que va a tener una complicada y difícil tarea volver a recuperar esa confianza.

Referencias

- CAZORLA GONZÁLEZ, Cristina. (2021). Aproximación del perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo: un análisis a partir de una casuística jurisprudencial. e-*Eguzkilore. Zientzia Kriminologikoen Aldizkari Elektronikoa/ Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, 6.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. (2021). Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.
- DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO (2018). *Percepción social de la violencia sexual*. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad. Centro de Publicaciones. <https://goo.su/JtDs7>
- FARALDO CABANA, Patricia. (2021). The Wolf-Pack Case and the Reform of Sex Crimes in Spain. *German Law Journal*, 22. <https://doi.org/10.1017/glj.2021.38>
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. (2020). Informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual. Consejo fiscal.
- GABILONDO, Pablo. (22 de noviembre de 2022). Jueces y fiscales avisan de que la ley penaliza más a los menores agresores que a los adultos. *El Confidencial*. <https://goo.su/M1wn2t0>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. (2023). Cifras delitos sexuales INE. <https://www.ine.es/consul/serie.do?d=true&s=CON58823>
- JAMARDO, María. (17 de noviembre de 2022). Un total de 22 informes advirtieron de los defectos de la ley del “solo sí es sí” que niega Irene Montero. *El debate*. <https://goo.su/v4ltI>
- LEY ORGÁNICA 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 281, de 24 noviembre de 1995.).
- LEY ORGÁNICA 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2023).
- MARTÍNEZ CATENA, Ana, y REDONDO ILLESCAS, Santiago. (2016). Etiología, prevención y tratamiento de la delincuencia sexual. *Anuario de Psicología Jurídica*, 26 (1), 19-29. <https://doi.org/10.1016/j.apj.2016.04.003>
- MEGÍAS, Jesús., ROMERO SÁNCHEZ, Monica, DURÁN, Mercedes, MOYA, Miguel, AND BOHNER, Gerd. (2011). Spanish Validation of the Acceptance of Modern Myths about Sexual Aggression Scale (AMMSA). *The Spanish Journal of Psychology*, 14(2), 912-925. https://doi.org/10.5209/rev_SJOP.2011.v14.n2.37
- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL. (2019). *Actualidad Internacional Sociolaboral*, 236, 153-174. Gobierno de España. NIPO: 854-19-068-4
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (8 de marzo, 2021). Violencia contra la mujer. *Organización Mundial de la Salud*. <https://www.who.int/es/news->

[room/fact-sheets/detail/violence-against-women](#)

PASTOR MORENO, Guadalupe. RUIZ-PÉREZ, Isabel SORDO, Luis. and HENARES MONTIEL, Jesús. (2022). Frequency, Types, and Manifestations of Partner Sexual Violence, Non-Partner Sexual Violence and Sexual Harassment: A Population Study in Spain. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 19 (13), 8108. <https://doi.org/10.3390/ijerph19138108>

REDACCIÓN. *LA VOZ DE GALICIA*. (19 de noviembre de 2022). La ley del “solo sí es sí” puede permitir que un menor reciba una pena más dura que un adulto por el mismo delito. *La Voz de Galicia*. <https://goo.su/ktAy>

REDACCIÓN. *BBC*. (7 de julio de 2016). “No significa no”: la nueva ley que define qué es una violación en Alemania. *BBC*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-36741725>

RIOJA ANDUEZA, Iker. (5 de marzo de 2016). ¿Cerró usted bien las piernas para evitar una violación?. *El Mundo*. <https://www.elmundo.es/pais-vasco/2016/03/05/56daaed7268e3e754f8b45cb.html>

RTVE.es (9 de junio de 2023). El CGPJ cifra en 1.127 las rebajas de pena y en 115 las excarcelaciones por la 'ley del solo sí es sí'. *RTVE*. <https://goo.su/sqstkUU>



Aspectos victimológicos, psicológicos y forenses en violencias sexuales

Victimological, psychological and forensic aspects in sexual violence

Alba Lancharro Castellanos¹

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
alancas@alu.upo.es
ORCID 0009-0005-4376-0776

Resumen

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS) incluye entre las actuaciones fundamentales para hacer efectivo el derecho a la asistencia integral especializada y accesible de las víctimas de violencias sexuales y acreditar dicha violencia y las consecuencias físicas, psicológicas, emocionales o de otra índole de la misma: el diseño de protocolos de actuación en casos de violencias sexuales; la valoración forense integral realizada por profesionales de equipos sanitarios y psicosociales especializados en la identificación y evaluación de las violencias sexuales para asistir a los jueces y tribunales. Por ello, se ha recopilado información de diversas fuentes de investigación de naturaleza multidisciplinar que aúnan los conocimientos de la victimología con los de otras disciplinas tales como la enfermería, la medicina y la psicología. El presente trabajo se dirige a observar los efectos neuropsicológicos que pueden presentar las víctimas de violencias sexuales y a reflexionar sobre la aplicación práctica de las previsiones de naturaleza forense contenidas en la LOGILS.

Palabras clave: violencias sexuales; victimología; victimización; daño psicológico; prácticas forenses.

Abstract

Organic Law 10/2022, of 6 September, on the comprehensive guarantee of sexual freedom (LOGILS) includes among the fundamental actions to make effective the right to comprehensive, specialised and accessible assistance for victims of sexual violence and to accredit such violence and the physical, psychological, emotional or other consequences thereof: the design of protocols for action in cases of sexual violence; comprehensive forensic assessment carried out by professionals from health and psychosocial teams specialised in the identification and assessment of sexual violence to assist judges and courts. For this reason, information has been gathered from various research sources of a multidisciplinary nature that bring together the expertise of victimology with that of other disciplines such as nursing, medicine and psychology. This paper aims to observe the neuropsychological effects that victims of sexual violence may present and to reflect on the practical application of the forensic provisions contained in LOGILS.

Key words: sexual violence; victimology; victimisation; psychological harm; forensic practices.

¹ Jurista y criminóloga Investigadora postgrado del Departamento de Derecho Público de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla Miembro del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas de la Junta de Andalucía (CIPEC)(SEJ 047)

Cómo citar este trabajo: Lancharro Castellanos, Alba. (2024). Aspectos victimológicos, psicológicos y forenses en violencias sexuales. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4), 172–192. <https://doi.org/10.46661/respublica.9450>

1. Introducción

El 6 de septiembre de 2022 se aprobó la LOGILS² ideada para abordar el debate de la violencia sexual mediante el concepto de «violencias sexuales» como expresión que englobe a todos los actos de naturaleza sexual que no hayan sido consentidos o que condicionen el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito, ya sea público o privado, lo que incluye tanto la agresión y el acoso de carácter sexual como la explotación de la prostitución ajena y todos los demás delitos contenidos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Las violencias sexuales atentan contra la libertad, la integridad física y moral, la dignidad de la persona y tienen repercusiones en todas sus dimensiones: física, mental, emocional, social, etc.

Con independencia de su tipología e intensidad pueden generar lesiones que requieran una inmediata asistencia sanitaria, así como la aplicación de medidas de prevención³ y también de tratamiento de cualquier aspecto de la salud de las víctimas que guarde relación con lo sucedido – incluyendo apoyo psicológico y social según sus necesidades–.

2. Impacto de las violencias sexuales en las víctimas

Hay muchos factores que pueden influir en que la víctima de violencias sexuales decida no

informar de ello ni a las personas de su entorno ni a los servicios públicos⁴:

- Aflicción o vergüenza relacionados con el conocimiento de los hechos y la intimidad.
- Reacciones de rechazo, enfado o falta de credibilidad en su entorno familiar y social.
- Miedo a futuras represalias por parte del victimario o de su entorno.
- "Secreto/pacto", especialmente en menores, cuando el victimario es alguien cercano.
- Actuación inadecuada por las instituciones de control formal –policía, jueces, tribunales, etc.–: no crear un clima adecuado y discreto donde esté garantizada su privacidad, dudar de su credibilidad, etc.
- Dificultad para identificar relaciones afectivas que no son sanas –sobre todo en menores y personas con discapacidad– y calificar ciertos hechos como abusivos⁵.
- Dependencia estructural o financiera del victimario o personas de su entorno que lo respalden.
- Posibilidad de que –en comisaría, en sede judicial, en sociedad– se produzca una confrontación con el victimario.
- Evaluación de la suficiencia probatoria y su repercusión en la posible condena al victimario en el proceso penal.

El apoyo que puedan recibir las víctimas, con independencia de su procedencia –oficinas de atención a las víctimas, de juristas, de agentes policiales, etc.–, tiene un efecto positivo a la hora de denunciar.

² Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Juan Carlos., DOMÍNGUEZ PINEDA, Neydi. Zenaida., MIRALLES MUÑOZ, Fernando, and LIZ RIVAS, Lenny. (2023). Conductas de riesgo y programas de prevención en adolescentes institucionalizados. *Cuadernos de RES PÚBLICA en derecho y criminología*, (2), 42-56. <https://doi.org/10.46661/respublica.8286>

⁴ VIDU AFLOAREI, Ana; VALLS, Rosa, PUIGVERT MALLART, Lidia; MELGAR ALCANTUD, Patricia; JOANPERE FORASTER, Mar (2017). "Second Order of Sexual Harassment-SOSH", en *REMIE. Multidisciplinary Journal of Educational Research*, vol. 7, nº 1.

⁵ BEECH, Anthony; PARRETT, Natalie; WARD, Tony; FISHER, Dawn (2009). "Assessing female sexual offenders' motivations and cognitions: An exploratory study", en *Psychology, Crime & Law*, vol. 15, nº 2-3.

La LOGILS pretende garantizar los derechos de las víctimas ⁶, en particular evitar la victimización primaria y la revictimización o victimización secundaria ⁷ (art. 2.g y arts. 23 y ss.).

La victimización ^{8,9} es un proceso muy complejo con diversas definiciones y categorías según los diferentes agentes que dan lugar a cada clase de victimización y los afectados por dicho proceso ¹⁰:

1. *Victimización Primaria*: consecuencias del proceso por el que una o varias personas sufren los efectos de un hecho traumático o delictivo que ha originado una interrupción vital en la víctima ¹¹.
2. *Victimización Secundaria*: consecuencias negativas resultantes de la interacción de la víctima con el funcionamiento institucional, ya sea policial, médico, judicial o por cualquier otro profesional encargado de prestarle asistencia y apoyo, por parte del entorno cercano a la víctima, por los medios de comunicación y las redes sociales o por la sociedad en general ¹².

3. *Victimización Terciaria*: aquella que pueden sufrir personas que no son la víctima directa del delito pero que se ven afectadas por la onda expansiva del acontecimiento traumático, como pueden ser familiares, relaciones de afectividad similar, allegados, personas dependientes de la(s) víctima(s) directa(s), compañeros de trabajo, vecinos, miembros de la comunidad en general que se sienten preocupados –víctimas indirectas– ¹³.

Un factor relevante en el proceso de reparación es una red de apoyo.

Poniendo el foco en la victimización secundaria, la respuesta tanto del sistema de justicia como social puede resultar perjudicial a la víctima y agravar las consecuencias del hecho y el daño psicológico que pueda presentar –sentimientos de vulnerabilidad, indefensión y desprotección– cuando esta percibe su objetualización y/o culpabilización –en forma de acciones u omisiones ¹⁴– siendo sensible especialmente por sus dinámicas y características el paso por la instancia penal ¹⁵.

⁶ PARDO MIRANDA, Marta (2023). “El delito de agresión sexual. Reflexión con ocasión de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, en *El Criminalista Digital. Papeles de Criminología*, nº 11.

⁷ ACALE SÁNCHEZ, María (2021). “Valoración de los aspectos penales del Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral de la Libertad Sexual de 26 de julio 2021”, en *Revista Sistema Penal Crítico*, (2).

⁸ DAZA BONACHELA, María del Mar (2016). “Escuchar a las víctimas, victimología, derecho victimal y atención a las víctimas”, Tirant lo Blanch.

⁹ MARCO FRANCIA, María Pilar (2018). “Victimización secundaria en los delitos sexuales: Consentimiento y enjuiciamiento a la víctima. Con especial referencia al caso de “la Manada””, en Faraldo Cabana, Patricia/Acale Sánchez, María (dir.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch.

¹⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo; PATRÓ HERNÁNDEZ, Rosa María; AGUILAR CÁRCELES, Marta María (2014). “Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización”, Dykinson.

¹¹ GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina; CORONEL, Elisa; PÉREZ, Carlos Andrés (2009). “Revisión teórica del concepto de victimización secundaria”, en *Liberabit*, vol. 15, nº 1.

¹² TAMARIT SUMALLA, Josep María; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina; FILELLA GUIU, Gemma (2010). “Secondary victimization and victim assistance”, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 18, nº 3.

¹³ TAMARIT SUMALLA, Josep María (2006). “La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas”, en Echeburúa Odriozola, Enrique/Baca Baldomero, Enrique/ Tamarit Sumalla, Josep María (coord.), *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch.

¹⁴ CUBELLS SERRA, Jenny; CALSAMIGLIA MADURGA, Andrea (2013). “La construcción de subjetividades por parte del sistema jurídico en el abordaje de la violencia de género”, en *Prisma Social: revista de investigación social*, nº 11.

¹⁵ CEA RÍOS, Blanca; CAMPLÁ BOLÍVAR, Xaviera; VILARIÑO VÁZQUEZ, Manuel; NOVO PÉREZ, Mercedes (2020). “Victimización primaria y secundaria en la violencia sexual contra mujeres adultas en sentencias

Para evitar reiniciar la evaluación de la situación y necesidades de la víctima cada vez que sea atendida por profesionales sanitarios de distintas especialidades y tener que evocar los hechos repetidamente –lo cual dificultaría el proceso adaptación–afrentamiento–, el suceso que relata podría transcribirse detalladamente para que el personal médico que la asista tenga la información precisa y únicamente puntualice ciertos datos ¹⁶.

Reproducir el hecho traumático cuando el estado psicosocial de la víctima es variable y tendente a la inseguridad y el miedo –a que se la culpabilice, no la crean, tener que enfrentarse al victimario, etc.– puede situar su percepción y conducta en un plano que complique la atención y su recuperación psicológica ¹⁷.

A pesar de que la victimización secundaria pueda verse como un proceso que surge poco a poco al tiempo que la víctima comienza a entrar en contacto con distintos agentes, no es un proceso gradual y lineal, sino que puede aparecer en diversos niveles –familiar,

judicial, laboral y/o social– y momentos –declaración, atención socio-sanitaria, juicio, resolución judicial, etc.– ¹⁸.

Una reacción social negativa genera un mayor sufrimiento y tiende a dar lugar a victimización secundaria; mientras que una reacción social positiva tendrá efectos reparadores en la víctima, le servirá de apoyo y la victimización secundaria se verá disminuida.

3. Huella psíquica en las víctimas

El sufrimiento o el menoscabo de índole psicológica resultado de una victimización se ha denominado huella psíquica ¹⁹ o daño psicológico, entendido como producto de los efectos que el acto delictivo tiene en la salud mental de la víctima y relacionado con síntomas internalizados y externalizados o problemas de conducta ²⁰.

Se caracteriza por una relación de causa-efecto entre la victimización sufrida y el daño observado ²¹, el cual en la mayoría de los casos –dada, entre otras razones, la variabilidad

penales”, en María Martín, Ana/ Fariña Rivera, Francisca/ Arce Fernández, Ramón (ed.), *Psicología jurídica y forense: Investigación para la práctica profesional*, Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense.

¹⁶ MARTÍNEZ SEGURA, Estrella; LLEIXÀ-FORTUÑO, Mar; SALVADÓ-USACH, Teresa; SOLÀ-MIRAVETE, Elena; ADELL-LLEIXÀ, Mireia; CHANOVAS-BORRÁS, Manel R.; MARCH-PALLARÉS, Gemma; MORA-LÓPEZ, Mora (2017). “Perfil competencial en los profesionales de triaje de los servicios de urgencias hospitalarios”, en *Emergencias: Revista de la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias*, vol. 29, nº 3.

¹⁷ ECHARTE PAZOS, José Luis; LEÓN BERTRÁN, Nuria; PUENTE PALACIOS, Isabel; LASO DE LA VEGA I ARTAL, Silvia; DÍEZ FUENTES, Esperanza; MARTÍNEZ IZQUIERDO, María Teresa (2010). “Mejorar la calidad asistencial en la atención a la mujer maltratada en los servicios de urgencias”, en *Emergencias: Revista de la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias*, vol. 22, nº 3.

¹⁸ GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina; CORONEL, Elisa; PÉREZ, Carlos Andrés (2009). “Revisión teórica del

concepto de victimización secundaria”, en *Liberabit*, vol. 15, nº 1.

¹⁹ SCOTT, K. M.; KOENEN, Karestan C.; KING, Lynda A.; PETUKHOVA, Maria V.; ALONSO, J.; BROMET, E. J.; BRUFFAERTS, R.; BUNTING, B.; DE JONGE, P.; HARO, J. M.; KARAM, E. G.; LEE, S.; MEDINA-MORA, M. E.; NAVARRO-MATEU, F.; SAMPSON, N. A.; SHAHLY, V.; STEIN, D. J.; TORRES, Y.; ZASLAVSKY, A. M.; KESSLER, R. C. “Post-traumatic stress disorder associated with sexual assault among women in the WHO World Mental Health Surveys”, en *Psychological Medicine*, vol. 48, nº 1.

²⁰ ARCE, Ramón; FARIÑA, Francisca (2007). “Evaluación forense de la huella psíquica consecuencia de la violencia de género”, en Arce Fernández, Ramón/ Fariña Rivera, Francisca (ed.), *Psicología jurídica: evaluación e intervención*.

²¹ ARCE, Ramón; FARIÑA, Francisca; VILARIÑO, Manuel (2015). “Daño psicológico en casos de víctimas de violencia de género: estudio comparativo de las evaluaciones forenses”, en *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, vol. 6, nº 2.

interindividual en la respuesta al trauma— tiende a ser comórbido al no responder a un solo síntoma o trastorno ²².

Las consecuencias se pueden presentar en forma de reacciones agudas o inmediatas a la vivencia y/o de secuelas psicológicas a más largo plazo ²³.

Existen distintas fases en la respuesta tanto de carácter psicológico como social de una víctima ante la agresión sexual: se suele producir una reacción a corto plazo de gran intensidad, la cual da lugar a una crisis aguda y un shock emocional, seguida de una evaluación cognitiva de lo sucedido y las secuelas físicas que puede llegar a durar varias semanas o incluso meses. Las secuelas psicológicas que ha producido esa agresión merman la capacidad de las víctimas de control y funcionalidad en diversas áreas, comprometiendo así su salud y su calidad de vida ²⁴.

Pese a ello, la capacidad de resiliencia y la fortaleza de muchas de ellas hace que sean capaces, aun con mucho sufrimiento, de crear mecanismos defensivos que les posibiliten enfrentarse a las adversidades que la violencia que han vivido les ha generado.

La victimización sexual ²⁵ es un gran estresor, un acontecimiento traumático ²⁶ que aumenta el riesgo de sufrir distintas formas de psicopatología tales como ansiedad y miedo al delito ²⁷ y malestar emocional y depresión ²⁸ cursando habitualmente en comorbilidad con el trastorno por estrés postraumático (TEPT) ²⁹. Las violencias sexuales pueden conllevar alteraciones en las siguientes áreas:

- *Problemas en la regulación de los afectos o sintomatología de tipo depresiva y ansiosa* ³⁰: disforia permanente, ira explosiva o inhibición, riesgo de intento autolítico ³¹, disfunciones sexuales ³² —y/o la dispareunia, pudiendo convertirse en

²² MILLER, Mark W.; RESICK, Patricia A. (2007). "Internalizing and Externalizing Subtypes in Female Sexual Assault Survivors: Implications for the Understanding of Complex PTSD", en *Behavior Therapy*, vol. 38, nº 1.

²³ ÁLVAREZ-LISTER, M. Soledad; PEREDA, Noemí; ABAD, Judit; GUILERA, Georgina (2014). "Polyvictimization and its relationship to symptoms of psychopathology in a southern European sample of adolescent outpatients", en *Child Abuse & Neglect*, vol. 38, nº 4.

²⁴ VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca Nieves (1993). *Manual de psicología forense*, Siglo XXI.

²⁵ DWORKIN Emily R. (2020). "Risk for mental disorders associated with sexual assault: A meta-analysis", en *Trauma, Violence, & Abuse*, vol. 21, nº 5.

²⁶ LOZANO OYOLA, J. F.; GÓMEZ DE TERREROS GUARDIOLA, M.; AVILÉS CARVAJA, I.; SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, A. (2017). "Sintomatología del trastorno de estrés postraumático en una muestra de mujeres de violencia sexual", en *Cuad Med Forense*, vol. 23, nº 3-4.

²⁷ ALFARO-BERACOECHEA, Laura; PUENTE, Alicia; DA COSTA, Silvia; RUVALCABA, Norma; PÁEZ, Darío (2018). "Effects of fear of crime on subjective well-being: A

meta-analytic review", en *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, vol. 10, nº 2.

²⁸ CAMPBELL, Rebecca; DWORKIN, Emily; CABRAL, Giannina (2009). "An ecological model of the impact of sexual assault on women's mental health", en *Trauma, Violence, & Abuse*, vol. 10, nº 3.

²⁹ AU, Teresa M.; DICKSTEIN, Benjamin D.; COMER, Jonathan S.; SALTERS-PEDNEAULT, Kristalyn; LITZ, Brett T. (2013). "Co-occurring posttraumatic stress and depression symptoms after sexual assault: a latent profile analysis", en *Journal of Affective Disorders*, vol. 149, nº 1-3.

³⁰ LINDQUIST, Christine H.; BARRICK, Kelle; KREBS, Christopher; CROSBY, Carmen M.; LOCKARD, Allison J.; SANDERS-PHILLIPS, Kathy (2013). "The Context and Consequences of Sexual Assault Among Undergraduate Women at Historically Black Colleges and Universities (HBCUs)", en *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 28, nº 12.

³¹ DWORKIN, Emily R.; MENON, Suvarna V.; BYSTRYNSKI, Jonathan; ALLEN, Nicole E. (2017). "Sexual assault victimization and psychopathology: A review and meta-analysis", en *Clinical Psychology Review*, vol. 56.

³² BRIERE, John; ELLIOTT, Diana M.; HARRIS, Kathryn; COTMAN, Ann (1995). "Trauma Symptom Inventory:

miedo, aversión o desinterés por las relaciones sexuales³³— o alternancia entre las mencionadas.

- En la fase aguda del síndrome de trauma por violación la culpa y el miedo son estados prominentes, los expertos suelen observar una falta de organización en la vida del paciente por alteraciones del dolor —fibromialgia—, la alimentación, el estado de ánimo o el sueño, problemas gastrointestinales y bruxismo; con posterioridad, durante la fase crónica, podría experimentar flashbacks, pesadillas, fobias y/o alteraciones ginecológicas de carácter permanente — dolor pélvico crónico, sangrados vaginales irregulares, síntomas del síndrome premenstrual o periodos menstruales dolorosos, infecciones del tracto urinario o de transmisión sexual (ITS), disminución del deseo, entre otras³⁴.
- *Conciencia*: histeria y/o amnesia de los sucesos traumáticos, preocupaciones, episodios disociativos, reviviscencia de experiencias en forma de síntomas intrusivos propios del TEPT³⁵, etc.

Es primordial en la entrevista clínica prestar especial atención a síntomas y/o signos que puedan sugerir una agresión sexual facilitada por drogas (*DFSA drug facilitated sexual assault*), como la presencia de nistagmus,

midriasis, ojos rojos, etc. Situaciones en las que, si cabe, cobra mayor relevancia la valoración psíquica de la víctima. Suelen ser frecuentes la pérdida de conciencia y de memoria, confusión, desorientación, visión borrosa, mareos, náuseas, vómitos, desinhibición, sensación de parálisis, somnolencia, alteraciones del habla o visuales y/o de la motricidad o del equilibrio³⁶.

La víctima con frecuencia no recuerda nada de lo que pudo ocurrir —unas horas de su vida se podría decir que están en blanco— o tiene recuerdos parciales que en la mayor parte de las ocasiones resultan complicados de interpretar.

- *Autopercepción* de la persona que ha sido víctima: pérdida de confianza en sí misma; baja autoestima; sentirse disminuida, derrotada o sin valor; sensación de indefensión, vergüenza, culpa o fracaso relacionados con el acontecimiento amenazante —la víctima puede llegar a sentirse responsable por los hechos o por no haberlos evitado—; y de ser distinta a los demás o sentirse estigmatizada³⁷.
- *Problemas de relación o dificultades para mantener relaciones interpersonales y sentirse cerca de otras personas*: aislamiento y/o rechazo social; fracasos constantes en la autoprotección y/o búsqueda de un/a rescatador/a³⁸.

Psychometrics and Association With Childhood and Adult Victimization in Clinical Samples”, en *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 10, nº 4.

³³ ALONSO LUPIAÑEZ, Judith (2017). "Atención enfermera a la sexualidad de las mujeres que han sido víctimas de violencia sexual", en *La violencia hacia las mujeres: una mirada interdisciplinar*, vol. 2, nº 2.

³⁴ VREES, Roxanne A. (2017). "Evaluation and Management of Female Victims of Sexual Assault", en *Obstetrical & Gynecological Survey*, vol. 72, nº 1.

³⁵ HEGARTY, Kelsey; TARZIA, Laura; HOOKER, Leesa; TAFT, Ángela (2016). "Interventions to support

recovery after domestic and sexual violence in primary care”, en *International Review of Psychiatry*, vol. 28,(5).

³⁶ DU MONT, Janice; MACDONALD, Sheila; ROTBARD, Nomi; BAINBRIDGE, Deidre; SMITH, Norman; COHEN, Marsha M. (2010). "Drug Facilitated sexual assault in Ontario, Canada: Toxicological and DNA findings”, en *J Forensic Legal Med*, vol. 17, nº 6.

³⁷ CUDRIS TORRES, Lorena; GUZMÁN MACIEL, Clara Gabriela; GONZÁLEZ MENDOZA, Almeida Liliana; SILVERA TORRES, Liliana; BOLAÑO ACOSTA, Lilian (2020). "Malestar psicológico en víctimas de violencia sexual, intrafamiliar y del conflicto armado”, en *Tempus Psicológico*, vol. 3, nº 1.

³⁸ COMBS, Jessica L.; RILEY, Elizabeth N.; PETERSON, Sarah J.; JORDAN, Carol E.; SMITH, Gregory T. (2018).

La afectación psicológica por la violencia sexual generalmente es acompañada de vergüenza. La víctima considera con frecuencia que, en adición al estigma social, denunciar los hechos la convierte en objeto de burla o de rechazo por parte de su pareja y de sus familiares. Las víctimas agredidas por un conocido pueden llegar a culparse, siendo habitual –por miedo al cuestionamiento de su credibilidad y al juicio de los demás, por sentir humillación, presión o vergüenza– que no verbalicen el suceso y teman ser victimizadas en el futuro, pudiendo llegar a aislarse de la sociedad³⁹.

3.1. TEPT y diagnóstico diferencial

El TEPT ha sido ampliamente descrito y analizado en el ámbito de las violencias sexuales por la posibilidad de establecer una relación de causalidad entre los acontecimientos traumáticos vivenciados y el daño observado, dadas las características etiológicas del trastorno mismo: el miedo intenso –después de haber presenciado el evento caótico, traumático o conflictivo⁴⁰– a volver a vivir lo que ya pasó, las secuelas físicas y psicológicas que ha dejado el suceso, las alteraciones desencadenadas en la conciencia y en la atención, a nivel emocional, conductual, psicológico, físico y social –en especial alteraciones en las funciones

mentales superiores, concretamente en la memoria y el pensamiento⁴¹– y, por ende, en la conducta de la persona.

El Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la *American Psychiatric Association* (APS) en su 5ª edición (DSM-5) centra el TEPT en los ejes de sintomatología intrusiva, alteraciones cognitivas y anímicas, de alerta y reactividad y evitación persistente de estímulos asociados al evento traumático –internos (recuerdos y pensamientos) o externos (como personas o lugares)⁴².

Sobre el TEPT se ha evidenciado un correlato neuroanatómico en relación con el funcionamiento psicológico, como el impacto en la estructura del hipocampo, y concretamente cambios en los patrones de actividad –disminución en la perfusión y metabolismo de la glucosa– vinculados con deficiencias de memoria⁴³.

Ante las vivencias de vulneración sexual sistemáticas o crónicas en el tiempo, el TEPT presenta características distintivas propias del Trastorno por Estrés Postraumático Complejo (TEPT-C)⁴⁴, el cual registra mayor complicación por exposición prolongada al estresor y comprende la alteración del núcleo del esquema de uno mismo, de los demás y de las creencias esenciales sobre la moralidad y

“Pre-Assault Personality Predicts the Nature of Adverse Outcomes Among Sexual Assault Victims”, en *Journal of Studies on Alcohol and Drugs*, vol. 79, nº 2.

³⁹ CARNEY, Amy Y. (2018). “Public health nursing and the issue of trust in campus sexual assault”, en *Public Health Nursing*, vol. 35, nº 4.

⁴⁰ CASADO-BLANCO, Mariano; CASTELLANO-ARROYO, María (2013). “Trastorno por estrés postraumático en la práctica médico-legal”, en *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 39, nº 1.

⁴¹ BISSON, Jonathan I.; ROBERTS, Neil P.; ANDREW, Martin; COOPER, Rosalind; LEWIS, Catrin (2013). “Psychological therapies for chronic post-traumatic stress disorder (PTSD) in adults”, en *Cochrane Database of Systematic Reviews*, nº 12.

⁴² LEVIN, Andrew P.; KLEINMAN, Stuart B.; ADLER, John S. (2014). “DSM-5 and posttraumatic stress disorder”, en *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, vol. 42, nº 2.

⁴³ KIM, Shin-Young; CHUNG, Young-Ki; KIM, Bom Sahn; LEE, Su Jin; YOON, Joon-Kee; AN, Young-Sil (2012). “Resting cerebral glucose metabolism and perfusion patterns in women with posttraumatic stress disorder related to sexual assault”, en *Psychiatry Research: Neuroimaging*, vol. 201, nº 3.

⁴⁴ HERMAN, Judith Lewis (2015). “Trauma and recovery: The aftermath of violence--from domestic abuse to political terror”, Basic Books.

espiritualidad; la desregulación emocional; y la disociación patológica y somatizaciones, entre otras.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en la guía CIE-11⁴⁵ y el DSM-5 han incorporado en el TEPT síntomas consistentes con el TEPT-C, en cuanto al funcionamiento interpersonal y a la referida desregulación emocional⁴⁶.

El error que más comúnmente se comete al realizar el diagnóstico adecuado del TEPT es confundirlo con una patología diferente con características o síntomas parecidos⁴⁷.

Trastorno de estrés agudo: Cuando ha transcurrido menos de un mes desde el episodio de violencia sexual, puede considerarse este diagnóstico si se aprecian en el paciente síntomas de intrusión, estado de ánimo negativo, síntomas disociativos, de evitación y alerta⁴⁸, etc.; a diferencia del TEPT, en cuyo caso los síntomas son persistentes de modo constante meses después de la vivencia del suceso detonante⁴⁹.

Trastorno de adaptación: Puede presentarse con posterioridad a hechos de toda clase de severidad no siendo preciso que el paciente

fuese protagonista en dichas situaciones potencialmente estresantes o que los actos hubiesen estado dirigidos a atentar directamente contra él⁵⁰.

Trastorno depresivo mayor: Quienes padecen de TEPT habitualmente manifiestan de manera simultánea síntomas conectados a la depresión; sin embargo, es de suma relevancia conocer y distinguir si estamos ante un caso de TEPT o únicamente ante síntomas de depresión mayor⁵¹.

En este último supuesto, el paciente no suele revivir el trauma frecuentemente –no cumpliría el criterio de interferencia del evento traumático en sus pensamientos y su vida cotidiana–, ni evita las actividades o los estímulos que le pudiesen recordar los hechos padecidos, caso contrario a lo que sucedería en el TEPT⁵².

4. Actuación desde la enfermería

En Estados Unidos y en Canadá existen equipos multidisciplinares de respuesta a agresiones sexuales –*Sexual Assault Response Team (SART)*– para facilitar una respuesta

⁴⁵ CLOITRE, Marylène; GARVERT, Donn W.; BREWIN, Chris R.; BRYANT, Richard A.; MAERCKER, Andreas (2013). “Evidence for proposed ICD-11 PTSD and complex PTSD: a latent profile analysis”, en *European Journal of Psychotraumatology*, vol. 4, nº 1.

⁴⁶ FORD, Julian D. (2015). “Complex PTSD: research directions for nosology/assessment, treatment, and public health”, en *European Journal of Psychotraumatology*, vol. 6, nº 1.

⁴⁷ GUERRERO VACA, Darío Javier; GARCÍA RAMOS, Diana Carolina; PEÑAFIEL SALAZAR, Dayanara de los Ángeles; VILLAVICENCIO NARVÁEZ, Lilia del Carmen; FLORES FERNÁNDEZ, Verónica Fernanda (2021). “Trastorno de estrés postraumático en mujeres víctimas de violencia. Una revisión”, en *Dominio de las Ciencias*, vol. 7, nº 3.

⁴⁸ APA, American Psychiatric Association (2013). “Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders” (DSM-5), en *The American Psychiatric Association*.

⁴⁹ ERRÁZURIZ, Paula; FISCHER, Candice; BEHN, Alex; LETELIER, Catalina; MONARI, Marietta (2019).

“Orientaciones Prácticas para Psicoterapeutas que Atienden a Pacientes con TEPT Después de un Desastre Natural”, en *PSYKHE*, vol. 28, nº 1.

⁵⁰ ECHEBURÚA, Enrique; AMOR, Pedro J.; SARASUA, Belén; ZUBIZARRETA, Irene; HOLGADO-TELLO, Francisco Pablo; MUÑOZ, José Manuel (2016). “Escala de Gravedad de Síntomas Revisada (EGS-R) del Trastorno de Estrés Postraumático según el DSM-5: propiedades psicométricas”, en *Terapia Psicológica*, vol. 34, nº 2.

⁵¹ CRESPO GENERELO, T.; CAMARILLO GUTIÉRREZ, L.; DE DIEGO RUIZ, H. (2019). “Trastorno por estrés agudo y postraumático”, en *Medicine: Programa de Formación Médica Continuada Acreditado*, vol. 12, nº 84.

⁵² BUESA, Sara; CALVETE, Esther (2013). “Violencia contra la mujer y síntomas de depresión y estrés postraumático: el papel del apoyo social”, en *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*, vol. 13, nº 1.

coordinada a las víctimas de agresión sexual. Están formados por psicólogos, trabajadores sociales, juristas, agentes de policía y personal sanitario, en concreto, por el enfermero o la enfermera examinador/a de agresión sexual – *Sexual Assault Nurse Examiner (SANE)*–⁵³, quien está capacitado/a específicamente para brindar una correcta atención a las víctimas, realizar la exploración física y psicológica, recoger adecuadamente las muestras forenses y conocer el sistema normativo vigente en la región en cuestión⁵⁴.

Sus competencias van desde ofrecer la seguridad y la privacidad precisas a la víctima hasta atender sus necesidades médicas, psicológicas, forenses y legales y su seguimiento posterior⁵⁵.

No obstante, esta figura no está presente en todos los Estados ni en la totalidad de los centros sanitarios; en España no existe un experto similar al SANE⁵⁶ y sería oportuno y conveniente procurar la inclusión de un/a enfermero/a habilitado/a en cuidados a víctimas agredidas sexualmente como una salida profesional en la rama de la enfermería legal y forense⁵⁷.

5 Intervención Médico-Forense

El Comité Científico-Técnico del Consejo Médico Forense, tras analizar la bibliografía y

las últimas evidencias científicas, publicó en 2021 el «Protocolo de actuación médico-forense ante la violencia sexual en los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses»⁵⁸, enriquecido con aportaciones del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF) en cuestiones de su competencia sobre análisis genéticos, microbiológicos y toxicológicos.

Tiene como propósito dotar de herramientas a los profesionales forenses que permitan reforzar la calidad de la investigación pericial y prestar al mismo tiempo una asistencia centrada en la víctima y en sus necesidades, tal y como se desprende de la lectura del artículo 47 LOGILS.

Se aboga por nuevas formas de atención basadas en procesos graduales que sean libremente elegidos por la víctima sin que la decisión de denunciar el delito comprometa la verificación de las lesiones o la recogida de indicios que posibiliten autenticar los hechos.

Antes y durante el proceso es sustancial que la víctima se sienta calmada, cuidada y protegida y explicarle los pasos y actuaciones que el personal sanitario va a llevar a cabo.

El protocolo mantiene el principio comúnmente aceptado de evaluación asistencial y forense conjunta para evitar la repetición de exploraciones⁵⁹, ya que dentro

⁵³ CHANDRAMANI, Ayushi; DUSSAULT, Nicole; PARAMESWARAN, Ramya; RODRÍGUEZ, Jaclyn; NOVACK, Jared; AHN, James; OYOLA, Sonia; CARTER, Keme (2020). “A Needs Assessment and Educational Intervention Addressing the Care of Sexual Assault Patients in the Emergency Department”, en *Journal of Forensic Nursing*, vol. 16, nº 2.

⁵⁴ ADAMS, Phyllis; HULTON, Linda (2016). “The sexual assault nurse examiner's interactions within the sexual assault response team”, en *Advanced Emergency Nursing Journal*, vol. 38, nº 3.

⁵⁵ PLICHTA, Stacey B.; CLEMENTS, Paul T.; HOUSEMAN, Clare (2007). “Why SANEs matter: Models of care for sexual violence victims in the emergency department”, en *Journal of Forensic Nursing*, vol. 3, nº 1.

⁵⁶ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Jorge; MARTÍNEZ JARRETA, María Begoña; TENÍAS BURILLO, José María (2016). “Buenas prácticas en la valoración pericial de personas que sobreviven a la violencia sexual”, en *Ciencia Forense. Revista Aragonesa de Medicina Legal*, nº 13.

⁵⁷ HERNÁNDEZ DE URRUTIA, María del Pilar (2022). “Atención por parte de la enfermera especializada a mujeres víctimas de agresiones sexuales”, en *Ética de los Cuidados*, vol. 15.

⁵⁸ CONSEJO MÉDICO FORENSE (2021). “Protocolo de Actuación Médico-Forense ante la violencia sexual en los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses”, Ministerio de Justicia.

⁵⁹ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Jorge; BAÑÓN GONZÁLEZ, Rafael; PASTOR BRAVO, María del Mar (2022). “El nuevo Protocolo de actuación ante la violencia sexual

de lo posible, las muestras sanitarias, las pruebas forenses y las pruebas médico-legales se deberán recoger en un único acto con el fin de evitar la anamnesis y la práctica de pruebas que ya hayan sido realizadas y así minimizar los posibles impactos psíquicos derivados de la agresión sexual⁶⁰.

Un aspecto básico en el abordaje de delitos contra la libertad sexual es la elaboración de una buena anamnesis; la cual ha de ser minuciosa y lo más completa posible, incorporando información sobre las características de la agresión –contacto físico, uso de violencia o intimidación, eyaculación, uso de productos u objetos, etc.–; lugar, fecha y hora de la misma; datos del agresor y su relación con la víctima; acciones realizadas por la víctima –micción, cambio de ropa, aseo personal, ingesta de líquidos, alimentos o medicamentos–, todo ello para poder dirigir y valorar la exploración física y la toma de muestras⁶¹.

La exploración física tiene que ser cuidadosa pero exhaustiva para proteger y preservar cualquier evidencia⁶², sin perder de vista que el cuidado de la víctima es prioritario y se debe promover su tranquilidad, proporcionar un trato comprensivo y emplear el tiempo necesario para prepararla considerando su situación emocional –angustia,

aturdimiento⁶³–, temores y pudor respecto al examen físico.

Finalizada la valoración integral, se realizará el tratamiento específico de las lesiones físicas⁶⁴ y de la posible intoxicación y las interconsultas precisas para la evaluación psicológica y, en caso de riesgo social, se contactará con profesionales de la rama del trabajo social.

Por lo que se refiere a la evitación de daños adicionales a las víctimas, además del cumplimiento de las prescripciones contenidas en el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, y de aquellas contenidas en el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), es esencial que se cree un clima de seguridad, privacidad y confianza que propicie una comunicación con la mayor intimidad posible⁶⁵ y mantener una actitud empática, de forma que los profesionales encargados de recibir la declaración de las víctimas demuestren consideración hacia su sufrimiento y respeten su dolor y sus silencios sin cuestionarlas ni culpabilizarlas⁶⁶.

del Consejo Médico Forense”, en *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 48, nº 1.

⁶⁰ FERNÁNDEZ ALONSO, Carmen; REY NOVOA, Modesto; SALVADOR SÁNCHEZ, Lydia (2020). “Proceso de atención integrada ante las agresiones sexuales”, en *Sacyl*, Junta de Castilla y León.

⁶¹ VEGA VEGA, Clara; NAVARRO ESCAYOLA, Esperanza; EDO GIL, Juan Carlos (2014). “Protocolo de actuación médico-forense en los delitos contra la libertad sexual”, en *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 40, nº 3.

⁶² UNODC (2011). “Guidelines for the Forensic analysis of drugs facilitating sexual assault and other criminal acts”, en *United Nations Drug Crime*, vol. 45.

⁶³ ISORNA FOLGAR, Manuel; RIAL, Antonio (2015). “Drogas facilitadoras de asalto sexual y sumisión

química”, en *Health and Addictions/Salud y Drogas*, vol. 15, nº 2.

⁶⁴ ALONSO LUPIAÑEZ, Judith (2017). “Atención enfermera a la sexualidad de las mujeres que han sido víctimas de violencia sexual”, en *La violencia hacia las mujeres: una mirada interdisciplinar*, vol. 2, nº 2.

⁶⁵ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Jorge; MARTÍNEZ JARRETA, María Begoña; TENÍAS BURILLO, José María (2016). “Buenas prácticas en la valoración pericial de personas que sobreviven a la violencia sexual”, en *Ciencia Forense. Revista Aragonesa de Medicina Legal*, nº 13.

⁶⁶ PERAMATO MARTÍN, Teresa (2022). “El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. Propuestas normativas”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 2.

Las respuestas a las inquietudes que pudiesen tener las víctimas serán respetuosas, oportunas y sensibles; el tono de voz debe ser tranquilo; entablando un diálogo que permita exponer de modo razonado y claro cuáles de sus peticiones pueden ser atendidas y cuáles no, respetando en todo momento su autonomía para la toma de decisiones ⁶⁷ y escuchando cualquier consideración y apreciación.

5.1. Acompañamiento de la víctima

Se aconseja que la víctima esté acompañada por una persona de su confianza, si es ese su deseo, a lo largo del proceso pericial –desde el momento inicial, cuando se recopile información para elaborar la historia, durante la exploración física de la víctima, cuando se recojan las muestras, etc.⁶⁸– a fin de evitar su incomodidad y reducir al mínimo las causas generadoras de victimización secundaria, siguiendo las recomendaciones establecidas por la OMS ⁶⁹.

La natural presencia de un acompañante se sustenta en el 4.c) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito; y en el artículo 8.2 del Código de Deontología Médica ⁷⁰, siendo además recomendado por las principales guías y protocolos en la materia ⁷¹.

5.2. Consentimiento informado

La LOGILS en su artículo 48.2 establece que:

«la recogida de muestras biológicas de la víctima y otras evidencias, incluidas imágenes, que puedan contribuir a la

acreditación de las violencias sexuales, que se realizará previo consentimiento informado ⁷², no estará condicionada a la presentación de denuncia o al ejercicio de la acción penal».

Para la actuación forense debe contarse con el consentimiento de la víctima como expresión práctica de su autonomía.

Los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses (IMLCF) deben poner a disposición un documento de consentimiento informado que incluya de manera independiente cada una de las partes que integran una evaluación pericial, incorporando al menos la aceptación de la exploración física, la recogida de muestras para estudios biológicos, la toma de muestras para análisis químico-toxicológicos y la captura de imágenes fotográficas.

El consentimiento se debe obtener con información suficiente, previa explicación en un lenguaje comprensible y de modo atento y delicado del alcance del reconocimiento, la finalidad de las actuaciones que se van a llevar a cabo, la toma de muestras y los aspectos relativos a la toma y el archivo de imágenes, debiendo recogerse por escrito, reflejarse en el informe pericial e incorporarse al expediente médico-legal.

En caso de no aceptar el reconocimiento, bien en parte o bien en su totalidad, también se debe hacer constar por escrito.

La obtención del consentimiento para el examen y para la divulgación de información a terceros a través del informe pericial es

⁶⁷ SART (2018). “National Guidelines on Referral and Forensic Clinical Examination Following Rape and Sexual Assault (Ireland)”, en *Sexual Assault Response Team*.

⁶⁸ U.S., Department of Justice (2013). “A National Protocol for Sexual Assault Medical Forensic Examinations Adults/Adolescents”, en *Office on Violence Against Women*.

⁶⁹ WHO (2003). “Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence”, en *World Health Organization*.

⁷⁰ CDM (2022). “Código de Deontología Médica. Guía de Ética Médica”, en *Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos*.

⁷¹ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Jorge (2018). “Guías y protocolos de actuación”, en *Manual de atención y valoración en violencia sexual*, JM Bosch Editor.

⁷² La definición de consentimiento informado, a efectos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se recoge en el artículo 3.

elemental. La vulneración de este requisito puede conllevar la anulación de la prueba o incluso la persecución del médico por violentar la intimidad de la víctima sin su aprobación previa ⁷³.

El documento con el consentimiento informado estará expresado en un lenguaje claro y conciso que permita a la víctima entender y aceptar el alcance de cada uno de los diferentes apartados de manera individualizada o en su conjunto.

Toda víctima tiene derecho a consentir o rechazar cualquiera de las intervenciones o todas las partes de un examen médico-forense por un delito contra la libertad sexual y debe ser informada de ello antes de su comienzo, pudiendo revocar su aceptación para cada paso o para aspectos particulares dentro de cada uno de ellos, de modo que si en cualquier momento la persona afectada desiste o se niega a una práctica concreta o solicita que se suspenda, su petición deberá ser atendida ⁷⁴.

El consentimiento en menores y personas con discapacidad: Si son menores que no tienen la capacidad de comprender ni intelectual ni emocionalmente el alcance de las intervenciones o si son personas con discapacidad que lo precisan, el documento con el consentimiento informado será firmado por el representante legal del menor o de la persona con discapacidad. En caso de discrepancia o duda, la situación se comunicará a la autoridad judicial para que esta adopte la decisión más idónea para

salvaguardar el interés del menor o de la persona con discapacidad ⁷⁵.

Si se trata de un menor de dieciséis años, el Código de Deontología Médica (2022) especifica en su artículo 12.3 que su opinión resultará más o menos determinante en función de su madurez.

5.3. Toma de muestras

Las decisiones referentes al tipo de muestras a recoger en cada supuesto, según cuestiones como el tiempo transcurrido, métodos utilizados por el agresor o el relato de los acontecimientos, serán tomadas por el médico forense.

La LOGILS, en su artículo 48.2, habilita al personal sanitario, en aquellos supuestos en los que no fuese posible la presencia de un profesional de la medicina forense en el centro hospitalario, para la recogida de muestras biológicas y otras evidencias que se conservarán debidamente, garantizando la cadena de custodia –que estará documentada mediante la cumplimentación del modelo correspondiente recogido en la normativa vigente⁷⁶– para su remisión al IMLCF de la manera más inmediata posible.

6. Valoración psicológica-forense

La psicología forense es la rama de la psicología jurídica cuya función es aplicar los conocimientos y técnicas de la psicología para responder a las demandas que se realizan desde el ámbito legal y ayudar a jueces y tribunales a tomar decisiones en relación a la conducta delictiva y sus implicaciones ⁷⁷.

⁷³ WHO (2003). "Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence", en *World Health Organization*.

⁷⁴ Artículo 2.2 y Capítulo IV "El respeto de la autonomía del paciente" de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁷⁵ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁷⁶ Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

⁷⁷ MUÑOZ, José Manuel (2013). "La evaluación psicológica forense del daño psíquico: propuesta de un protocolo de actuación pericial", en *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 23, nº 1.

El psicólogo forense, mediante la evaluación pericial psicológica, trata de hacer valoraciones psico-legales relacionando elementos del funcionamiento psicológico con aspectos de naturaleza jurídica, quedando los resultados reflejados en el informe psicológico forense ⁷⁸.

La constatación y valoración del daño psíquico de la víctima conlleva un valor probatorio de la victimización en los casos penales –donde en ocasiones el delito sucede en la intimidad y sin testigos– y es especialmente importante en el contexto jurídico por varias razones: ayuda a fundamentar los hechos probados, a determinar el delito y a establecer la indemnización que le corresponde a la víctima –relacionado con el artículo 53 LOGILS– ⁷⁹.

Los daños directos o indirectos provocan efectos que repercuten en el cerebro: el daño directo derivado de golpes en la cabeza –en su caso– de forma repetida, el daño causado por el estrés crónico por generar una gran cantidad de cortisol y el daño indirecto resultante del TEPT al dar lugar a lesiones que

pueden ser permanentes a nivel psicológico y cognitivo ⁸⁰.

En todas las violencias sexuales resulta indispensable la realización de una valoración psicológica preliminar atendiendo fundamentalmente al estudio de las áreas emocional, cognitiva, conductual, fisiológica y motora de la víctima, valorando también posibles signos de intoxicación que hubiesen podido determinar una situación de vulnerabilidad ⁸¹.

Se debe tener en mente la hipótesis de que los recuerdos difieren tanto en contenido como en calidad con el transcurso del tiempo ⁸².

Se ha desarrollado el Sistema de Evaluación Global (SEG) como técnica capaz de evaluar la huella psíquica que la víctima puede sufrir ⁸³ y dotar las declaraciones de valor de prueba.

Para elaborar un Informe Pericial con la técnica del SEG se podrían utilizar dos instrumentos psicométricos –MMPI-2 ⁸⁴ y SCL-90-R ⁸⁵– y la entrevista clínico-forense ⁸⁶; junto al cuestionario 16-PF5 ⁸⁷, el cual permite

⁷⁸ MUÑOZ, José Manuel; MANZANERO, Antonio; ALCÁZAR, Miguel Ángel; GONZÁLEZ, José Luis; PÉREZ, María Luisa; YELA, María (2011). “Psicología Jurídica en España: Delimitación Conceptual, Campos de Investigación e Intervención y Propuesta Formativa dentro de la Enseñanza Oficial”, en *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 21, nº 1.

⁷⁹ ESBEC RODRÍGUEZ, Enrique (2000). “El psicólogo forense en el proceso penal. Evaluación psicológica de la víctima”, en Esbec Rodríguez, Enrique/ Gómez-Jarabo García, Gregorio (ed.), *Psicología forense y tratado jurídico-legal de la discapacidad*, Edisofer.

⁸⁰ HIDALGO-RUZZANTE, Natalia; GÓMEZ MEDIALDEA, Pilar; BUESO IZQUIERDO, Natalia; JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Pilar; MARTÍN DEL MORAL, Elena; PÉREZ GARCÍA, Miguel (2018). “Secuelas cognitivas en mujeres víctimas de violencia de género”, en *Congreso para el Estudio de la Violencia contra las Mujeres*.

⁸¹ OSM, Observatorio de Salud de las Mujeres (2023). “Guía de Pautas Básicas Comunes del Sistema Nacional

de Salud (SNS) para la actuación sanitaria ante Violencia Sexual”, en *Ministerio de Sanidad*.

⁸² ARCE, Ramón; FARIÑA, Francisca (2005). “Peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, la huella psíquica y la simulación: el Sistema de Evaluación Global (SEG)”, en *Papeles del Psicólogo*, vol. 26, nº 92.

⁸³ APA, American Psychiatric Association (2013). “Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders” (DSM-5), en *The American Psychiatric Association*.

⁸⁴ HATHAWAY, Starke R.; MCKINLEY, J. C. (2000). “MMPI-2: inventario multifásico de personalidad de Minnesota-2”, TEA Ediciones.

⁸⁵ DEROGATIS, Leonard R. (2002). “Manual SCL-90-R: Cuestionario de 90 Síntomas”, TEA Ediciones.

⁸⁶ FISHER, Ronald P.; GEISELMAN, R. Edward; AMADOR, Michael (1989). “Field test of the cognitive interview: Enhancing the recollection of actual victims and witnesses of crime”, en *Journal of Applied Psychology*, vol. 74, nº 5.

⁸⁷ CATTELL, R. B.; CATTELL, A. K. S.; CATTELL, H. E. P. (1995). “PF-5. Cuestionario de personalidad para adultos”, TEA Ediciones.

llevar a cabo estudios de la personalidad, y el test Toni-2⁸⁸ de las capacidades cognitivas.

La analizada victimización secundaria podría verse acrecentada si se presentan unos resultados que no se ajustan a la realidad o se incurre de otra forma en una mala praxis. Por ello, resulta crucial el empleo de métodos de evaluación empíricamente contrastados⁸⁹, evitando el uso de protocolos o técnicas que no cuenten con respaldo científico.

7. Conclusiones

Una buena praxis por los profesionales encargados de brindar apoyo, protección y justicia a las víctimas resulta esencial para la reparación física, psíquica, simbólica y social; desde la atención inmediata e individualizada que reciba en los servicios de urgencias encaminada a su recuperación física y atenuación del shock traumático que los hechos desencadenaron hasta la sentencia que ponga fin al procedimiento penal y el posterior seguimiento que, en su caso, pudiese necesitar por equipos psicosociales especializados.

La presencia de expertos de la enfermería cualificados en actuación ante agresiones sexuales facilitaría la integración y la coordinación entre los ámbitos legal y forense y el ámbito sanitario, optimizaría los tiempos y los recursos disponibles para el cuidado holístico de las víctimas de esta clase de violencia sexual y garantizaría el asesoramiento y la derivación a profesionales de otras disciplinas o a centros especializados.

El uso de herramientas y técnicas adecuadas y específicas para valorar la sintomatología derivada de la vivencia de acontecimientos traumáticos supone obtener un diagnóstico claro y ofrecer una valoración ajustada a las circunstancias de cada víctima y así diseñar

intervenciones personalizadas para cada una de ellas.

Por la importancia del informe pericial psicológico-forense en el proceso judicial y en particular en delitos contra la libertad sexual, es necesario reducir lo máximo posible el margen de error de los resultados que el informe aporte, teniendo presentes las graves consecuencias en las que podrían derivar unas conclusiones erróneas para la presunta víctima y para el presunto victimario.

Es fundamental tener siempre presente la humanización asistencial para que el tratamiento que recibe la víctima no sea exclusivamente como un objeto de peritaje o prueba, pues en ese caso la asistencia estaría contribuyendo a continuar la victimización.

Todo lo anterior redundaría positivamente tanto en el impulso y la actualización de las intervenciones descritas en las diferentes guías y protocolos como en la promoción de una formación experta y especializada en violencias sexuales.

Referencias

ACALE SÁNCHEZ, María (2021). “Valoración de los aspectos penales del Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral de la Libertad Sexual de 26 de julio 2021”, *Revista Sistema Penal Crítico*, n.º 2. <https://multisite.usal.es/wp-content/uploads/spc2021/>

ADAMS, Phyllis; HULTON, Linda (2016). “The sexual assault nurse examiner's interactions within the sexual assault response team”, *Advanced Emergency Nursing Journal*, vol. 38, n.º 3. <https://doi.org/10.1097/TME.0000000000000112>

⁸⁸ BROWN, Linda; SHERBENOU, Rita J.; JOHNSEN, Susan K. (1995). “Toni-2. Test de Inteligencia no verbal: Apreciación de la habilidad cognitiva sin influencia del lenguaje”, TEA Ediciones.

⁸⁹ GANCEDO, Yurena; REDONDO, Laura; AMADO, Bárbara G. (2020). “Evaluación psicológica-forense en víctimas de agresión sexual: un estudio de caso”.

- ALFARO-BERACOECHEA, Laura; PUENTE, Alicia; DA COSTA, Silvia; RUVALCABA, Norma; PÁEZ, Darío (2018). "Effects of fear of crime on subjective well-being: A meta-analytic review", *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, vol. 10, n° 2. <https://doi.org/10.5093/ejpalc2018a9>
- ALONSO LUPIAÑEZ, Judith (2017). "Atención enfermera a la sexualidad de las mujeres que han sido víctimas de violencia sexual", *La violencia hacia las mujeres: una mirada interdisciplinar*, vol. 2, n° 2. <https://doi.org/10.1344/musas2017.vol2.num2.6>
- ÁLVAREZ-LISTER, M. Soledad; PEREDA, Noemí; ABAD, Judit; GUILERA, Georgina (2014). "Polyvictimization and its relationship to symptoms of psychopathology in a southern European sample of adolescent outpatients", *Child Abuse & Neglect*, vol. 38, n° 4. <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2013.09.005>
- APA, American Psychiatric Association (2013). "Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders" (DSM-5), *The American Psychiatric Association*. <https://doi.org/10.1176/appi.books.9780890425596>
- ARCE, Ramón; FARIÑA, Francisca (2005). "Peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, la huella psíquica y la simulación: el Sistema de Evaluación Global (SEG)", *Papeles del Psicólogo*, vol. 26, n° 92. <https://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/1247.pdf>
- ARCE, Ramón; FARIÑA, Francisca (2007). "Evaluación forense de la huella psíquica consecuencia de la violencia de género", Arce Fernández, Ramón/ Fariña Rivera, Francisca (ed.), *Psicología jurídica: evaluación e intervención*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8901761>
- ARCE, Ramón; FARIÑA, Francisca; VILARIÑO, Manuel (2015). "Daño psicológico en casos de víctimas de violencia de género: estudio comparativo de las evaluaciones forenses", *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, vol. 6, n° 2. <https://doi.org/10.1016/j.riips.2015.04.002>
- AU, Teresa M.; DICKSTEIN, Benjamin D.; COMER, Jonathan S.; SALTERS-PEDNEAULT, Kristalyn; LITZ, Brett T. (2013). "Co-occurring posttraumatic stress and depression symptoms after sexual assault: a latent profile analysis", *Journal of Affective Disorders*, vol. 149, n° 1-3. <https://doi.org/10.1016/j.jad.2013.01.026>
- BEECH, Anthony; PARRETT, Natalie; WARD, Tony; FISHER, Dawn (2009). "Assessing female sexual offenders' motivations and cognitions: An exploratory study", *Psychology, Crime & Law*, vol. 15, n° 2-3. <https://doi.org/10.1080/10683160802190921>
- BISSON, Jonathan I.; ROBERTS, Neil P.; ANDREW, Martin; COOPER, Rosalind; LEWIS, Catrin (2013). "Psychological therapies for chronic post-traumatic stress disorder (PTSD) in adults", *Cochrane Database of Systematic Reviews*, n° 12. <https://doi.org/10.1002/14651858.CD003388.pub4>
- BRIERE, John; ELLIOTT, Diana M.; HARRIS, Kathryn; COTMAN, Ann (1995). "Trauma Symptom Inventory: Psychometrics and Association With Childhood and Adult Victimization in Clinical Samples", *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 10, n° 4. <https://doi.org/10.1177/088626095010004001>
- BROWN, Linda; SHERBENOU, Rita J.; JOHNSEN, Susan K. (1995). "Toni-2. Test de Inteligencia no verbal: Apreciación de la habilidad cognitiva sin influencia del lenguaje", TEA Ediciones.
- BUESA, Sara; CALVETE, Esther (2013). "Violencia contra la mujer y síntomas de depresión y estrés postraumático: el papel del apoyo social", *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*, vol. 13, n° 1.

- <https://www.redalyc.org/pdf/560/56025664003.pdf>
- CAMPBELL, Rebecca; DWORKIN, Emily; CABRAL, Giannina (2009). “An ecological model of the impact of sexual assault on women's mental health”, *Trauma, Violence, & Abuse*, vol. 10, n° 3. <https://doi.org/10.1177/1524838009334456>
- CARNEY, Amy Y. (2018). “Public health nursing and the issue of trust in campus sexual assault”, *Public Health Nursing*, vol. 35, n° 4. <https://doi.org/10.1111/phn.12400>
- CASADO-BLANCO, Mariano; CASTELLANO-ARROYO, María (2013). “Trastorno por estrés postraumático en la práctica médico-legal”, *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 39, n° 1. <https://doi.org/10.1016/j.reml.2012.10.004>
- CATTELL, R. B.; CATTELL, A. K. S.; CATTELL, H. E. P. (1995). “PF-5. Cuestionario de personalidad para adultos”, TEA Ediciones.
- CDM (2022). “Código de Deontología Médica. Guía de Ética Médica”, en *Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos*. <https://goo.su/HHD1G4>
- CEA RÍOS, Blanca; CAMPLÁ BOLÍVAR, Xaviera; VILARIÑO VÁZQUEZ, Manuel; NOVO PÉREZ, Mercedes (2020). “Victimización primaria y secundaria en la violencia sexual contra mujeres adultas en sentencias penales”, en María Martín, Ana/ Fariña Rivera, Francisca/ Arce Fernández, Ramón (ed.), *Psicología jurídica y forense: Investigación para la práctica profesional*, Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense. <http://hdl.handle.net/10347/30520>
- CHANDRAMANI, Ayushi; DUSSAULT, Nicole; PARAMESWARAN, Ramya; RODRÍGUEZ, Jaclyn; NOVACK, Jared; AHN, James; OYOLA, Sonia; CARTER, Keme (2020). “A Needs Assessment and Educational Intervention Addressing the Care of Sexual Assault Patients in the Emergency Department”, *Journal of Forensic Nursing*, vol. 16, n° 2. <https://doi.org/10.1097/JFN.0000000000000290>
- CLOITRE, Marylène; GARVERT, Donn W.; BREWIN, Chris R.; BRYANT, Richard A.; MAERCKER, Andreas (2013). “Evidence for proposed ICD-11 PTSD and complex PTSD: a latent profile analysis”, en *European Journal of Psychotraumatology*, vol. 4, n° 1. <https://doi.org/10.3402/ejpt.v4i0.20706>
- COMBS, Jessica L.; RILEY, Elizabeth N.; PETERSON, Sarah J.; JORDAN, Carol E.; SMITH, Gregory T. (2018). “Pre-Assault Personality Predicts the Nature of Adverse Outcomes Among Sexual Assault Victims”, *Journal of Studies on Alcohol and Drugs*, vol. 79, n° 2. <https://doi.org/10.15288/jsad.2018.79.258>
- CONSEJO MÉDICO FORENSE (2021). “Protocolo de Actuación Médico-Forense ante la violencia sexual en los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses”, Ministerio de Justicia. <https://goo.su/Y0gUGz>
- CRESPO GENERELO, T.; CAMARILLO GUTIÉRREZ, L.; DE DIEGO RUIZ, H. (2019). “Trastorno por estrés agudo y postraumático”, *Medicine: Programa de Formación Médica Continuada Acreditado*, vol. 12, n° 84. <https://doi.org/10.1016/j.med.2019.07.002>
- CUBELLS SERRA, Jenny; CALSAMIGLIA MADURGA, Andrea (2013). “La construcción de subjetividades por parte del sistema jurídico en el abordaje de la violencia de género”, *Prisma Social: revista de investigación social*, n° 11. <https://www.redalyc.org/pdf/3537/353744535007.pdf>
- CUDRIS TORRES, Lorena; GUZMÁN MACIEL, Clara Gabriela; GONZÁLEZ MENDOZA, Almeida Liliana; SILVERA TORRES, Liliana; BOLAÑO ACOSTA, Lilian (2020). “Malestar psicológico en víctimas de violencia sexual, intrafamiliar y del conflicto armado”, *Tempus Psicológico*, vol. 3, n° 1. <https://doi.org/10.30554/tempuspsi.3.1.2878.2020>
- DAZA BONACHELA, María del Mar (2016). “Escuchar a las víctimas, victimología,

- derecho victimal y atención a las víctimas”, Tirant lo Blanch.
- DEROGATIS, Leonard R. (2002). “Manual SCL-90-R: Cuestionario de 90 Síntomas”, TEA Ediciones.
- DU MONT, Janice; MACDONALD, Sheila; ROTBARD, Nomi; BAINBRIDGE, Deidre; SMITH, Norman; COHEN, Marsha M. (2010). “Drug Facilitated sexual assault in Ontario, Canada: Toxicological and DNA findings”, *J Forensic Legal Med*, vol. 17, n° 6. <https://doi.org/10.1016/j.jflm.2010.05.004>
- DWORKIN Emily R. (2020). “Risk for mental disorders associated with sexual assault: A meta-analysis”, *Trauma, Violence, & Abuse*, vol. 21, n° 5. <https://doi.org/10.1177/1524838018813198>
- DWORKIN, Emily R.; MENON, Suvarna V.; BYSTRYNSKI, Jonathan; ALLEN, Nicole E. (2017). “Sexual assault victimization and psychopathology: A review and meta-analysis”, *Clinical Psychology Review*, vol. 56. <https://doi.org/10.1016/j.cpr.2017.06.002>
- ECHARTE PAZOS, José Luis; LEÓN BERTRÁN, Nuria; PUENTE PALACIOS, Isabel; LASO DE LA VEGA I ARTAL, Silvia; DÍEZ FUENTES, Esperanza; MARTÍNEZ IZQUIERDO, María Teresa (2010). “Mejorar la calidad asistencial en la atención a la mujer maltratada en los servicios de urgencias”, *Emergencias: Revista de la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias*, vol. 22, n° 3. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3224227>
- ECHEBURÚA, Enrique; AMOR, Pedro J.; SARASUA, Belén; ZUBIZARRETA, Irene; HOLGADO-TELLO, Francisco Pablo; MUÑOZ, José Manuel (2016). “Escala de Gravedad de Síntomas Revisada (EGS-R) del Trastorno de Estrés Postraumático según el DSM-5: propiedades psicométricas”, en *Terapia Psicológica*, vol. 34, n° 2. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-48082016000200004>
- ERRÁZURIZ, Paula; FISCHER, Candice; BEHN, Alex; LETELIER, Catalina; MONARI, Marietta (2019). “Orientaciones Prácticas para Psicoterapeutas que Atienden a Pacientes con TEPT Después de un Desastre Natural”, *PSYKHE*, vol. 28, n° 1. <http://dx.doi.org/10.7764/psykhe.28.1.1218>
- ESBEC RODRÍGUEZ, Enrique (2000). “El psicólogo forense en el proceso penal. Evaluación psicológica de la víctima”, ESBEC Rodríguez, Enrique/ Gómez-Jarabo García, Gregorio (ed.), *Psicología forense y tratado jurídico-legal de la discapacidad*, Edisofer.
- FERNÁNDEZ ALONSO, Carmen; REY NOVOA, Modesto; SALVADOR SÁNCHEZ, Lydia (2020). “Proceso de atención integrada ante las agresiones sexuales”, *Sacyl*, Junta de Castilla y León. <https://goo.su/zXOUQi>
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Juan Carlos., DOMÍNGUEZ PINEDA, Neidy. Zenaida., MIRALLES MUÑOZ, Fernando, y LIZ RIVAS, Lenny. (2023). Conductas de riesgo y programas de prevención en adolescentes institucionalizados. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (2), 42-56. <https://doi.org/10.46661/respublica.8286>
- FISHER, Ronald P.; GEISELMAN, R. Edward; AMADOR, Michael (1989). “Field test of the cognitive interview: Enhancing the recollection of actual victims and witnesses of crime”, *Journal of Applied Psychology*, vol. 74, n° 5. <https://doi.org/10.1037/0021-9010.74.5.722>
- FORD, Julian D. (2015). “Complex PTSD: research directions for nosology/assessment, treatment, and public health”, en *European Journal of Psychotraumatology*, vol. 6, n° 1. <https://doi.org/10.3402/ejpt.v6.27584>
- GANCEDO, Yurena; REDONDO, Laura; AMADO, Bárbara G. (2020). “Evaluación psicológica-forense en víctimas de agresión sexual: un estudio de caso”. <https://goo.su/AGxOz>

- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Jorge (2018). “Guías y protocolos de actuación”, en *Manual de atención y valoración en violencia sexual*, JM Bosch Editor. <https://doi.org/10.2307/j.ctvr0qvf0.9>
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Jorge; BAÑÓN GONZÁLEZ, Rafael; PASTOR BRAVO, María del Mar (2022). “El nuevo Protocolo de actuación ante la violencia sexual del Consejo Médico Forense”, en *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 48, nº 1. <https://doi.org/10.1016/j.reml.2022.01.005>
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Jorge; MARTÍNEZ JARRETA, María Begoña; TENÍAS BURILLO, José María (2016). “Buenas prácticas en la valoración pericial de personas que sobreviven a la violencia sexual”, en *Ciencia Forense. Revista Aragonesa de Medicina Legal*, nº 13. https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/35/80/_ebook.pdf
- GUERRERO VACA, Darío Javier; GARCÍA RAMOS, Diana Carolina; PEÑAFIEL SALAZAR, Dayanara de los Ángeles; VILLAVICENCIO NARVÁEZ, Lilia del Carmen; FLORES FERNÁNDEZ, Verónica Fernanda (2021). “Trastorno de estrés postraumático en mujeres víctimas de violencia. Una revisión”, *Dominio de las Ciencias*, vol. 7, nº 3. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8229667>
- GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina; CORONEL, Elisa; PÉREZ, Carlos Andrés (2009). “Revisión teórica del concepto de victimización secundaria”, *Liberabit*, vol. 15, nº 1. <https://onx.la/b61ca>
- HATHAWAY, Starke R.; MCKINLEY, J. C. (2000). “MMPI-2: inventario multifásico de personalidad de Minnesota-2”, TEA Ediciones.
- HEGARTY, Kelsey; TARZIA, Laura; HOOKER, Leesa; TAFT, Ángela (2016). “Interventions to support recovery after domestic and sexual violence in primary care”, *International Review of Psychiatry*, vol. 28, nº 5. <https://doi.org/10.1080/09540261.2016.1210103>
- HERMAN, Judith Lewis (2015). “Trauma and recovery: The aftermath of violence--from domestic abuse to political terror”, Basic Books.
- HERNÁNDEZ DE URRUTIA, María del Pilar (2022). “Atención por parte de la enfermera especializada a mujeres víctimas de agresiones sexuales”, en *Ética de los Cuidados*, vol. 15. <https://ciberindex.com/index.php/et/article/view/e14107i>
- HIDALGO-RUZZANTE, Natalia; GÓMEZ MEDIALDEA, Pilar; BUESO IZQUIERDO, Natalia; JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Pilar; MARTÍN DEL MORAL, Elena; PÉREZ GARCÍA, Miguel (2018). “Secuelas cognitivas en mujeres víctimas de violencia de género”, *Congreso para el Estudio de la Violencia contra las Mujeres*. <https://goo.su/SldIpkE>
- ISORNA FOLGAR, Manuel; RIAL, Antonio (2015). “Drogas facilitadoras de asalto sexual y sumisión química”, *Health and Addictions/Salud y Drogas*, vol. 15, nº 2. <https://doi.org/10.21134/haaj.v15i2.246>
- KIM, Shin-Young; CHUNG, Young-Ki; KIM, Bom Sahn; LEE, Su Jin; YOON, Joon-Kee; AN, Young-Sil (2012). “Resting cerebral glucose metabolism and perfusion patterns in women with posttraumatic stress disorder related to sexual assault”, *Psychiatry Research: Neuroimaging*, vol. 201, nº 3. <https://doi.org/10.1016/j.psychresns.2011.08.007>
- LEVIN, Andrew P.; KLEINMAN, Stuart B.; ADLER, John S. (2014). “DSM-5 and posttraumatic stress disorder”, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, vol. 42, nº 2. <http://jaapl.org/content/jaapl/42/2/146.full.pdf>
- LINDQUIST, Christine H.; BARRICK, Kelle; KREBS, Christopher; CROSBY, Carmen M.; LOCKARD, Allison J.; SANDERS-PHILLIPS, Kathy (2013). “The Context and Consequences of Sexual Assault Among Undergraduate Women at Historically Black Colleges and Universities (HBCUs)”, *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 28, nº 12.

<https://doi.org/10.1177/0886260513479032>

- LOZANO OYOLA, J. F.; GÓMEZ DE TERREROS GUARDIOLA, M.; AVILÉS CARVAJA, I.; SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, A. (2017). “Síntomatología del trastorno de estrés postraumático en una muestra de mujeres de violencia sexual”, *Cuad Med Forense*, vol. 23, nº 3-4. <https://scielo.isciii.es/pdf/cmef/v23n3-4/1988-611X-cmf-23-3-4-82.pdf>
- MARCO FRANCIA, María Pilar (2018). “Victimización secundaria en los delitos sexuales: Consentimiento y enjuiciamiento a la víctima. Con especial referencia al caso de" la Manada", en Faraldo Cabana, Patricia/ Acale Sánchez, María (dir.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ SEGURA, Estrella; LLEIXÀ-FORTUÑO, Mar; SALVADÓ-USACH, Teresa; SOLÀ-MIRAVETE, Elena; ADELL-LLEIXÀ, Mireia; CHANOVAS-BORRÁS, Manel R.; MARCH-PALLARÉS, Gemma; MORA-LÓPEZ, Mora (2017). “Perfil competencial en los profesionales de triaje de los servicios de urgencias hospitalarios”, *Emergencias: Revista de la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias*, vol. 29, nº 3. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6004141>
- MILLER, Mark W.; RESICK, Patricia A. (2007). “Internalizing and Externalizing Subtypes in Female Sexual Assault Survivors: Implications for the Understanding of Complex PTSD”, en *Behavior Therapy*, vol. 38, nº 1. <https://doi.org/10.1016/j.beth.2006.04.003>
- MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo; PATRÓ HERNÁNDEZ, Rosa María; AGUILAR CÁRCELES, Marta María (2014). “Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización”, Dykinson.
- MUÑOZ, José Manuel (2013). “La evaluación psicológica forense del daño psíquico: propuesta de un protocolo de actuación pericial”, en *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 23, nº 1. <https://doi.org/10.5093/aj2013a10>
- MUÑOZ, José Manuel; MANZANERO, Antonio; ALCÁZAR, Miguel Ángel; GONZÁLEZ, José Luis; PÉREZ, María Luisa; YELA, María (2011). “Psicología Jurídica en España: Delimitación Conceptual, Campos de Investigación e Intervención y Propuesta Formativa dentro de la Enseñanza Oficial”, en *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 21, nº 1. <https://doi.org/10.5093/jr2011v21a1>
- OSM, Observatorio de Salud de las Mujeres (2023). “Guía de Pautas Básicas Comunes del Sistema Nacional de Salud (SNS) para la actuación sanitaria ante Violencia Sexual”, en *Ministerio de Sanidad*. <https://onx.la/c87e7>
- PARDO MIRANDA, Marta (2023). “El delito de agresión sexual. Reflexión con ocasión de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, *El Criminalista Digital. Papeles de Criminología*, nº 11. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/cridi/article/view/29145/26251>
- PERAMATO MARTÍN, Teresa (2022). “El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. Propuestas normativas”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 2. <https://doi.org/10.30827/acfs.vi.25187>
- PLICHTA, Stacey B.; CLEMENTS, Paul T.; HOUSEMAN, Clare (2007). “Why SANEs matter: Models of care for sexual violence victims in the emergency department”, en *Journal of Forensic Nursing*, vol. 3, nº 1. <https://doi.org/10.1097/01263942-200703000-00003>
- SART (2018). “National Guidelines on Referral and Forensic Clinical Examination Following Rape and Sexual Assault (Ireland)”, *Sexual Assault Response Team*. <http://hdl.handle.net/10147/623856>
- SCOTT, K. M.; KOENEN, Karestan C.; KING, Lynda A.; PETUKHOVA, Maria V.; ALONSO, J.; BROMET, E. J.;

- BRUFFAERTS, R; BUNTING, B.; DE JONGE, P.; HARO, J. M.; KARAM, E. G.; LEE, S.; MEDINA-MORA, M. E.; NAVARRO-MATEU, F.; SAMPSON, N. A.; SHAHLY, V.; STEIN, D. J.; TORRES, Y.; ZASLAVSKY, A. M.; KESSLER, R. C.(2017). “Post-traumatic stress disorder associated with sexual assault among women in the WHO World Mental Health Surveys”, en *Psychological Medicine*, vol. 48, n° 1. <https://doi.org/10.1017/S0033291717001593>
- TAMARIT SUMALLA, Josep María (2006). “La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas”, en Echeburúa Odriozola, Enrique/ Baca Baldomero, Enrique/ Tamarit Sumalla, Josep María (coord.), *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina; FILELLA GUIU, Gemma (2010). “Secondary victimization and victim assistance”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 18, n° 3. <https://doi.org/10.1163/157181710X12767720266049>
- U.S., Department of Justice (2013). “A National Protocol for Sexual Assault Medical Forensic Examinations Adults/Adolescents”, en *Office on Violence Against Women*. <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ovw/241903.pdf>
- UNODC (2011). “Guidelines for the Forensic analysis of drugs facilitating sexual assault and other criminal acts”, en *United Nations Drug Crime*, vol. 45. https://www.unodc.org/documents/scientific/Rape_Drugs_Spanish.pdf
- VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca Nieves (1993). *Manual de psicología forense*, Siglo XXI. <http://hdl.handle.net/11531/36436>
- VEGA VEGA, Clara; NAVARRO ESCAYOLA, Esperanza; EDO GIL, Juan Carlos (2014). “Protocolo de actuación médico-forense en los delitos contra la libertad sexual”, *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 40, n° 3. <https://doi.org/10.1016/j.rem.2014.04.002>
- VIDU AFLOAREI, Ana; VALLS, Rosa, PUIGVERT MALLART, Lidia; MELGAR ALCANTUD, Patricia; JOANPERE FORASTER, Mar (2017). “Second Order of Sexual Harassment-SOSH”, en *REMIE. Multidisciplinary Journal of Educational Research*, vol. 7, n° 1. <https://doi.org/10.17583/remie.0.2505>
- VREES, Roxanne A. (2017). “Evaluation and Management of Female Victims of Sexual Assault”, *Obstetrical & Gynecological Survey*, vol. 72, n° 1. <https://doi.org/10.1097/OGX.0000000000000390>
- WHO (2003). “Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence”, *World Health Organization*. <https://onx.la/4ada7>