

Estudio comparado de la regulación del consentimiento en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual

BUENAS PRÁCTICAS Y
ESTRATEGIAS PARA COMBATIR
LA VIOLENCIA SEXUAL DESDE
UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

ESTUDIO COMPARADO DE LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

BUENAS PRÁCTICAS Y ESTRATEGIA PARA COMBATIR LA VIOLENCIA SEXUAL DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

COORDINACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Ángela Alemany Rojo

EQUIPO DE LA INVESTIGACIÓN

Laura Fernández Gómez

Beatriz Lázaro Martínez

Cristina Ventura Alameda

Abogadas socias de la Asociación Mujeres Juristas Themis

(..) La violencia sexual consiste en cualquier ataque contra la libertad sexual, entendida como el derecho fundamental consistente en decidir libremente la participación en actos de naturaleza sexual, con quién y en qué circunstancias. Se trata de una evidente vulneración de los derechos humanos, un atentado contra la integridad física y psicológica (..) (Organización Mundial de la Salud. 1996)

ÍNDICE

PRESENTACIÓN DEL ESTUDIO

1. INTRODUCCIÓN	9
2. LA VIOLENCIA SEXUAL EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL	12
2.1. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)	13
2.2. Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General N° 19	14
3. LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL ÁMBITO EUROPEO	
3.1. Informes sobre la violencia sexual en Europa	17
3.2. La violencia sexual en la normativa europea	23
3.2.1. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica	23
3.2.2. Directivas de la Comunidad Económica Europea	27
4. LEGISLACIONES EUROPEAS EN RELACIÓN AL CONSENTIMIENTO	31
5. LA VIOLENCIA SEXUAL A NIVEL ESTATAL	
5.1. Factores sociológicos en la relación con las agresiones sexuales	63
5.1.1. La Macroencuesta de violencia contra la mujer 2019	64
5.1.2. Informe sobre Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (2021)	66
5.1.3. Memoria de la Fiscalía General del Estado 2021	70
5.1.4. Estadística del Instituto Nacional de Estadística (INE)	71
5.2. Legislación	
5.2.1. Antecedentes legislativos	74
5.2.2. Regulación actual tras la reforma de Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual	80

5.3. La víctima de agresión sexual en el procedimiento	105
5.3.1. La prueba preconstituida en la declaración de la víctima	107
5.3.2 Requisitos de la declaración de la víctima	109
6. CONCLUSIONES	114
7. RECOMENDACIONES	115

PRESENTACIÓN DEL ESTUDIO

La Asociación de Mujeres Juristas Themis agradece al Instituto Balear de la Dona la confianza depositada al encomendar el análisis realizado. Y, por ello, presentamos el *“Estudio comparado de la regulación del consentimiento en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Buenas prácticas y estrategia para combatir la violencia sexual desde la perspectiva de género”*. Sus autoras son las juristas de esta Asociación, Ángela Alemany Rojo, prestigiosa abogada y coordinadora del Estudio, Laura Fernández Gómez, Beatriz Lázaro Martínez y Cristina Ventura Alameda.

El trabajo contiene buenas prácticas y estrategias para combatir la violencia sexual desde la perspectiva de género, de la infancia y de derechos humanos. Además, contempla la regulación de las violencias sexuales en la normativa internacional, europea y estatal. E incluye las modificaciones de la reciente Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, y su acertado enfoque integral, más allá del aspecto puramente punitivo, reservado para las violencias machistas de toda índole, que se produzcan en el ámbito acotado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, el de la pareja o ex pareja. Esto supone un avance y un nuevo paradigma en la materia sobre medidas de prevención, sensibilización, formación, estadística desagregada y algunos derechos y medidas de protección a las víctimas.

Se recogen, igualmente, algunas de las conclusiones formuladas en 2018 por nuestra Asociación, como la unificación de los delitos de agresión y abuso en un único tipo, con el consentimiento como eje central en la tipificación de estos delitos, o la prohibición de inquirir en juicio sobre los antecedentes sexuales de la víctima, así como de su vida privada antes y después de los actos constitutivos del ilícito penal de carácter sexual, en concordancia con el artículo 54 del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (también conocido como Convenio de Estambul o Convención de Estambul).

El consentimiento pasa a ser la clave para juzgar los presuntos delitos sexuales. No necesariamente el silencio o la pasividad de la mujer significan consentimiento. Ahora su significado en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual del Título VIII del Libro II del

vigente Código Penal cobran especial relevancia cuando se trata de modificar a fondo los correspondientes tipos. Sin el consentimiento expreso debe ser considerado como agresión sexual. Se elimina tanto la violencia e intimidación como la resistencia de las víctimas, exigidas anteriormente, que cuestionaban la declaración e instrucción.

En este sentido, en 2003 la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso M.C. vs. Bulgaria. Demanda N° 39272/98, sentencia del 4 de diciembre de 2003) recoge que *“el consentimiento debe darse voluntariamente como resultado de la libre voluntad de la persona valorada en el contexto de las circunstancias del momento (...) la Corte está persuadida de que cualquier enfoque rígido de la persecución de los delitos sexuales como la exigencia de prueba de resistencia física en todas las circunstancias provoca el riesgo de dejar ciertos tipos de violación impune poniendo en peligro la protección efectiva de la autonomía sexual”*. Esta resolución enuncia los artículos 3 y 8 de la Convenio de Estambul, en los que se exige la penalización y el enjuiciamiento de cualquier acto sexual no consentido; incluso en ausencia de resistencia física de la víctima.

Sin duda, la novedad más importante de la Ley Orgánica 10/2022 es el artículo 178.1.: *“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”*.

En 2002 el Consejo de Ministros de la Unión Europea y el Parlamento Europeo ya hicieron alusión al consentimiento libre. El Convenio de Estambul en su artículo 36 lo define como la manifestación libre al acto sexual. Y en la jurisprudencia, y la doctrina legal, es la falta de consentimiento, y no la violencia, la que determina el delito. En su informe de 2020 el Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica ya lo denomina *“inmovilidad tónica”* (congelación de miedo ante un ataque) y la eliminación de la violencia o intimidación.

Así, el modelo centrado en el consentimiento seguido por España, al igual que el resto de países que lo adoptan (entre ellos Canadá), lo limita como *“el acuerdo voluntario entre las dos partes”*, no bastando la creencia de apoyo. Cualquier duda deberá ser constatada por el agresor; pues lo contrario es una agresión. No estamos ante un catálogo cerrado. Hay otras posibilidades al extender los actos punitivos con la aplicación del principio de proporcionalidad y ponderando el derecho del artículo 45 de Convenio de Estambul.

Por otra parte, otras novedades a contemplar son, por ejemplo, la existencia de circunstancias agravantes al incluir la violencia en el ámbito de la pareja o ex pareja (artículo 180.4) y la introducción expresa como forma de comisión de la agresión sexual la denominada *“sumisión química”* (artículo 180.7), que era contemplada como abuso sexual. Y destaca, también, la

reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 10/2022 que añade un nuevo artículo 194 bis, que prevé la condena de forma separada todos los actos de violencia física y psicológica.

Ante las reclamaciones históricas del movimiento feminista de una mayor respuesta contra las violencias sexuales, violencia evidenciada en los datos tanto de la *“Macroencuesta de violencia contra la mujer”* como en los informes del Ministerio del Interior, del Instituto Nacional de Estadística y de la Fiscalía General del Estado, la nueva normativa recoge la nueva definición de las violencias sexuales y contempla medidas cautelares.

En cumplimiento a la Recomendación general nº 19 CEDAW y del artículo 3 del Convenio de Estambul esta acepción de las violencias sexuales afecta a las mujeres y las niñas por el mero hecho de ser mujeres. Las violencias sexuales fruto de las relaciones de poder y desequilibrio, centrada en mujeres, niñas y niños son objeto de la nueva regulación, junto con la Ley Orgánica 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Durante el proceso de consulta pública previa, la Asociación de Mujeres Juristas Themis manifestó su postura y preocupación a las modificaciones de tipos penales. Pues, aunque debe entenderse que la norma integral contempla medidas de protección, prevención, asistencia económica y de derechos, debía recogerse el derecho a la reparación más allá de los perjuicios. Esta reparación simbólica y de recuperación se establece con el cambio de la Ley Orgánica 1/2004 en los artículos 28 bis y 28 ter, que permiten el cálculo de las indemnizaciones.

En las modificaciones en la extensión de la penas y quantum se recogía la minoración de penas en agresión sexual y violaciones, al unificarse los tipos de agresión y abuso. Y especificábamos que deberían revisarse (como continuamos insistiendo), ya que por nuestra práctica diaria en los juzgados y tribunales comprobamos cómo las penas impuestas están en el rango inferior de penas. Las dificultades del derecho transitorio, la individualización de los hechos y las penas para aplicar el derecho penal más favorable conducen a una sensación de impunidad.

La presente investigación merece más que una lectura; especialmente en cuanto a las reflexiones que provoca con los datos de la práctica procesal y la experiencia diaria del trabajo con las víctimas. Por ello, les animo para no dejar de luchar por lo que nos importa, una vida libre de violencias.

Pino de la Nuez Ruiz

Presidenta de la Asociación de Mujeres Juristas Themis

1. INTRODUCCIÓN

La violencia sexual es una manifestación más de la violencia específica contra las mujeres, pues mayoritariamente son quienes la sufren. Existe una serie de estereotipos, que se perpetúan al considerar a las mujeres víctimas de este tipo de violencia, como que son las culpables de ser agredidas, dando una visión de exculpación en los actos llevados a efecto por el agresor, que adquiere en muchos casos el papel de víctima, razonándose que no tuvo otra alternativa.

Esta concepción ha ido cambiando muy lentamente. Y aún en nuestros días nos encontramos ante los tribunales con planteamientos en los interrogatorios a las víctimas que cuestionan su comportamiento, o resoluciones que argumentan como el agresor fue provocado por la actitud de la víctima.

Hasta ahora la valoración del derecho de las mujeres a la libertad y autonomía sexual en el marco de otorgar el consentimiento se mantenía en el ámbito de la interpretación jurisprudencial. No existía una definición expresa de consentimiento y se hacían diferentes valoraciones del mismo desde un punto de vista doctrinal. No había un tratamiento uniforme. La doctrina tiene concepciones generales distintas en lo relativo al entendimiento del consentimiento dentro de la teoría jurídica del delito ¹.

Únicamente, al referirse a determinados delitos, podemos encontrar una aproximación al concepto de consentimiento. Por ejemplo, en el artículo 143 n° 4 del Código Penal ² cuando señala "*petición expresa, seria e inequívoca*". Encontramos otra referencia cuando se establecen

¹ Existe una parte de la doctrina que lo entiende como causa de atipicidad y otra parte que piensa que se trata de una causa de justificación. Asimismo, el pensamiento doctrinal podría dividirse entre los partidarios de la teoría diferenciadora (doble esquema dogmático del delito -atipicidad y causa de justificación-) defendida por Cerezo Mir, Feuerbach, Zitelmann o Mezger, entre otros; y teoría unitaria (reúne ambos supuestos de hecho en los que puede intervenir la voluntad para excluir la tipicidad de la conducta) sus defensores son Roxin, Maiwald o Bustos Ramírez, entre otros (Machado Rodríguez, 2012).

² Art. 143 n° 4 Código Penal. "*El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3.*"

los requisitos que debe reunir el consentimiento en el delito de lesiones del artículo 155 del Código Penal ³, señalando que debe ser *“válido, libre, espontánea y expresamente emitido.”*

En ambos casos, el bien jurídico preservado (como es la vida o la integridad corporal) goza de una gran protección y, en ningún caso, el consentimiento exime de responsabilidad penal al agresor, pues sólo se le otorga un trato favorable en la pena a imponer. El legislador, en los citados supuestos, considera que sólo existe el consentimiento si se dan requisitos muy determinados.

En la agresión sexual si existe consentimiento libre, voluntario y consciente por ambas partes, no estaremos frente a una conducta delictiva, enfatizándose que la ausencia de consentimiento conlleva que nos encontramos ante un ilícito penal.

Tras la ratificación de España del **Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica** (BOE 6 de junio de 2014), conocido como Convenio de Estambul, nuestro país se compromete a adoptar medidas legislativas para que se considere conducta delictiva la agresión sexual que se cometa de forma intencionada y no consentida, recogiendo expresamente que *“El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerando en el contexto de las condiciones circundantes”*⁴.

A partir de este momento, y tras un caso de violación múltiple en las fiestas de San Fermín de 2016, conocido como el caso de *“La Manada”*, que dio lugar a múltiples movilizaciones por parte del movimiento feminista y se generó un debate intenso en la opinión pública, se cuestionó la

³ Art. 155 Código Penal. *“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.*

No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.”

⁴ Art. 36 Convenio de Estambul. *“1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:*

a) La penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;

b) Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;

c) El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.

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

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

calificación jurídica inicial, como abuso, de la Audiencia Provincial de Pamplona, así como el voto particular emitido por uno de los ponentes del Tribunal, carente de perspectiva de género. Esta sentencia fue rectificada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, con la Sentencia nº 344/2019, de 4 de julio. La resolución, ejemplo de la incorporación de la perspectiva de género, plantea una serie de interrogantes sobre la necesidad de una reforma legal y que asume los postulados del Convenio de Estambul.

A partir de este momento se inició un largo debate sobre la reforma de la formulación de la agresión sexual, que ha concluido con la reciente entrada en vigor de la **Ley Orgánica 10/2022 ,de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual**. El texto pone en el centro el consentimiento y especifica que cuando se ha manifestado libremente mediante actos, que en atención a las circunstancias del caso expresen de manera clara la voluntad de la persona. De este modo, la ausencia de consentimiento conlleva la existencia del delito. Se pretende que la víctima no tenga que ser la que justifique dentro del proceso la inexistencia del consentimiento.

2. LA VIOLENCIA SEXUAL EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL

España ha ratificado los principales tratados y convenios internacionales de derechos humanos que establecen la obligación de actuar con la debida diligencia frente a todas las formas de violencia contra las mujeres, entre ellas las violencias sexuales. Destacamos:

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, ratificado el 13 de abril de 1977.

“Art. 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

- **Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer**, ratificada el 16 de diciembre de 1983.

“Art. 2. c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los Tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.”

- **Convención sobre los Derechos del Niño**, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

“Art. 19.1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el

abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.”

- **Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer** de 1993.

“Art. 4. c) Proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares.”

2.1. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW)

El 18 de diciembre de 1979 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer** (CEDAW en adelante). La Convención fue ratificada por España el 16 de diciembre de 1983 y en vigor desde el 4 de febrero del 1984. Este documento establece en su artículo 1:

“A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por 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.”

Se dispone que los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos. Regula la eliminación de la discriminación contra la mujer y se insta a implementar medidas que erradiquen la discriminación por razón de sexo ⁵.

⁵ En su art. 5 de la CEDAW establece que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

Asimismo, en su art. 6, establece “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.”

Con el fin de examinar los progresos realizados sobre la aplicación de la Convención, se preveía la creación de un órgano formado por personas expertas independientes, encargado de supervisar la aplicación y cumplimiento del documento jurídico vinculante (**Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer**).

La CEDAW otorga al Comité la facultad de aclarar e interpretar el contenido de la Convención sobre temas que afectan a las mujeres y las niñas y en los cuales considera que los Estados Parte deberían poner mayor atención a través de la aprobación de Recomendaciones Generales.

2.2. RECOMENDACIÓN GENERAL N° 35 SOBRE LA VIOLENCIA POR RAZÓN DE GÉNERO CONTRA LA MUJER, POR LA QUE SE ACTUALIZA LA RECOMENDACIÓN GENERAL N° 19

El 29 de enero de 1992 el Comité de la CEDAW aprobó la **Recomendación General N° 19 sobre la violencia contra la mujer** donde se exige que *“b) Los Estados velen por que las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer proteja de manera adecuada a todas las mujeres y respeten su integridad y dignidad. Deben proporcionarse servicios apropiados de protección y apoyo a las víctimas. Es indispensable que se capacite a los funcionarios judiciales, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y otros funcionarios públicos a fin de lograr la aplicación efectiva de la Convención.”*

Posteriormente, el 26 de julio de 2017 el Comité aprobó la **Recomendación General n° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General n° 19** *“ofreciendo a los Estados partes orientación adicional para acelerar la eliminación de la violencia por razón de género contra la mujer.”*

En el documento se desarrolla el alcance de las obligaciones de los Estados frente a todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas causadas por agentes estatales o particulares, entre ellas las violencias sexuales. Afirma que los Estados Partes deben adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir, investigar, enjuiciar, castigar y ofrecer reparación a las víctimas. Vuelve a destacarse la obligación de diligencia debida de los Estados.

En el plano judicial se recuerda que *“todos los órganos judiciales tienen la obligación de abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación o violencia por razón de género contra la mujer y aplicar estrictamente todas las disposiciones penales que sancionan esa*

*violencia, garantizar que todos los procedimientos judiciales en causas relativas a denuncias de violencia por razón de género contra la mujer sean imparciales, justos y no se **vean afectados por estereotipos de género o por una interpretación discriminatoria de las disposiciones jurídicas, incluido el derecho internacional.***

Entre las recomendaciones relacionadas con las medidas legislativas es importante destacar la de *“Garantizar que las agresiones sexuales, en particular la violación, estén tipificadas como un delito que afecta al derecho a la seguridad personal y a la integridad física, sexual y psicológica y que la definición de los delitos sexuales, en particular la violación conyugal y por parte de un conocido o la violación en una cita, **se base en la falta de libre consentimiento y tenga en cuenta circunstancias coercitivas.** Las limitaciones de tiempo, en caso de que existan, deberían dar prioridad a los intereses de las víctimas y supervivientes y tener en cuenta las circunstancias que obstaculizan su capacidad para denunciar la violencia sufrida ante los servicios o autoridades competentes.”*

En relación con la Recomendación General nº 35 resulta de interés el Mandato de la **Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias y del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica**, de 20 de junio de 2019, que fue dirigido al Gobierno de España tras conocer el contenido de cinco sentencias judiciales, y consideraba que, estaban basadas en estereotipos y prejuicios de género en casos de mujeres víctimas de delitos sexuales:

*“Con referencia a las sentencias traídas a nuestra atención, nos preocupa que estas **reflejan una interpretación de la legislación nacional en materia de delitos sexuales por parte de los operadores de justicia discriminatoria, basada en prejuicios y estereotipos de género.** Quisiéramos mencionar que la ausencia de una perspectiva de género por parte de la judicatura en casos de violencia contra la mujer puede verse reflejada en los procedimientos que atribuyen un valor inferior al testimonio o argumentos de las mujeres como partes o testigos; la adopción por parte de los jueces de concepciones o normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento o reacción adecuada por parte de la mujer víctima o superviviente del delito sexual; y la referencia o establecimiento de estereotipos basados en género que conllevan a una interpretación errónea o implementación defectuosa de la ley. Al respecto, nos preocupa que los estereotipos y prejuicios de género, así como la ausencia de una perspectiva de género y de un análisis interseccional de la discriminación contra la mujer obstaculicen el acceso a la justicia por parte de las mujeres y niñas víctimas de delitos sexuales impidiéndoles obtener un recurso efectivo.”*

En este sentido, la Relatora llama la atención acerca de la obligación general de eliminar la discriminación contra la mujer, en especial la violencia por razón de género y recuerda que el

Comité en la Recomendación General n° 35 *“considera que la implementación o referencia a nociones preconcebidas y basadas en estereotipos de lo que constituye la violencia por razón de género, de las reacciones o respuestas que las mujeres deben tener ante actos de violencia en su contra y del criterio de valoración de la prueba para fundar su existencia afectan el derecho de las mujeres y niñas a la igualdad ante la ley y a un juicio imparcial y un recurso efectivo.”*

3. LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL ÁMBITO EUROPEO

3.1. INFORMES SOBRE LA VIOLENCIA SEXUAL EN EUROPA

La violencia sexual es un fenómeno complejo. En Europa la violencia contra las mujeres y niñas de distintas edades y estratos sociales se encuentra presente en sus diferentes manifestaciones. Existen algunos informes europeos que abordan esta problemática. No obstante, se desconoce la verdadera dimensión del problema.

Con carácter general, existe una carencia de información exhaustiva sobre el grado y naturaleza de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de las mujeres y niñas a escala global e individual, en cada uno de los países miembros. Algunos Estados ni siquiera registran información al respecto: tasa de denuncias o porcentaje de casos archivados en las diversas etapas de las actuaciones judiciales y sin llegar a juicio. Los estudios sobre la materia apenas descubren una parte de la realidad existente pues en muchos casos las víctimas son reacias a contar la situación vivida.

Organismos, como Eurostat ⁶, asumen una serie de dificultades en cuanto a la obtención de estadísticas de datos (partiendo de aquellos datos básicos facilitados por las autoridades nacionales de cada estado como policía, fiscalía, juzgados, cárceles, etcétera), teniendo en cuenta que se recopilan en función de las propias características variables de cada país (por ejemplo: densidad de población, investigación, métodos y muestreos utilizados, etcétera). Es decir, no hay una unificación de criterio en la elaboración de las estadísticas, lo que dificulta su cuantificación como se ha mencionado anteriormente.

⁶ Eurostat es la autoridad estadística de la Unión Europea. Produce estadísticas europeas en colaboración con los institutos nacionales de estadística y otras autoridades nacionales de los Estados miembros de la UE. Esta asociación se conoce como el Sistema Estadístico Europeo (ESS). También incluye a las autoridades estadísticas de los países del Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza.

► **ESTUDIO “VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA LAS MUJERES: UNA ENCUESTA A ESCALA DE LA UE” (2014)**

La **Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA)** publicó en 2014 el estudio “*Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE*”⁷, en la que se analizó la violencia física y sexual que sufren las mujeres en Europa, pero también el acoso sexual y otras formas de violencia contra las mujeres.

Los resultados de este informe se fundamentan en entrevistas realizadas a 42.000 mujeres, de entre 18 y 74 años de edad, de los 28 Estados miembros de la Unión Europea. Refleja la preocupante situación de las mujeres de los países miembros de la UE, en relación a los abusos sufridos.

A pesar de que, no todos los Estados miembros de la UE penalizan por igual algunas formas de violencia sexual, existiendo variaciones en su legislación, en su **resumen de conclusiones** se refleja lo siguiente:

- Una mujer de cada 10 ha sido víctima de algún tipo de violencia sexual por parte de pareja o desconocido desde los 15 años de edad. Un total del 11% de las mujeres de la UE. Alrededor del 2% durante los 12 meses previos a la entrevista.
- **Una mujer de cada 20 (5%) ha sido violada desde los 15 años, ya sea por su pareja o por otra personas.** En los 12 meses previos a la entrevista, un 0,8% de las mujeres entrevistadas, aproximadamente 1,5 millones. Estos datos son realmente alarmantes en cuanto a la situación de los países de la UE.
- El 6% de las mujeres de la UE han padecido un intento de violación desde los 15 años. Cabe destacar que, en idéntica proporción han sido obligadas a participar en alguna forma de actividad sexual contra su voluntad al menos una vez o han soportado la agresión sexual por miedo a que podría sucederles sino lo hicieran.
- En torno al 31% han sufrido una violación por parte de su pareja actual de manera reiterada, es decir, seis o más veces y en un 40% por parte de parejas anteriores. El porcentaje de reiteración se reduce cuando la violencia sexual procede de un desconocido, posicionándose en un 11%.
- Una de cada 5 mujeres ha sido víctima de violencia física y/o sexual por parte de su pareja actual o de las previas, es decir, un porcentaje del 22%. En la misma proporción, una de cada 5 mujeres (22%) ha padecido violencia física y/o sexual por persona distinta a su pareja, un extraño, conocido, pariente, jefe o colega.

⁷ https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf

- Alrededor de 3,7 millones de mujeres en la UE fueron víctimas de violencia sexual durante los 12 meses previos a la entrevista que dio origen a este informe.

Por otra parte, según expresa el **Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE)** *"en gran medida las violaciones no se denuncian"*, circunstancia que puede obedecer a múltiples razones, como el grado de concienciación de cada Estado, la existencia de una regulación o ley específica, la vergüenza, el estigma de la incredulidad, el miedo, etcétera. Esta afirmación queda corroborada por los datos estadísticos del informe:

- En la mayoría de los casos las víctimas no contactaron con la policía tras el incidente de violencia sexual más grave por entender que por sí mismas o con la ayuda de un amigo o familiar podrían hacer frente al hecho. Un 33% si el agresor es su pareja actual y/o anterior y un 26% si se trata de un desconocido.
- Una vez más se alega la **vergüenza** como causa para no acudir a la policía. En un 26% cuando el perpetrador es un desconocido y en un 23% cuando es pareja actual y/o anterior.
- El **miedo** es otra de las causas más recurrentes con un 20% en pareja y un 14% cuando se trata de desconocido. El temor aumenta cuando el agresor es la pareja, motivo que puede deberse entre otros a la mayor posibilidad de repetición de los episodios de violencia sexual dentro de la pareja, recelo fundamentado en los datos aportados por el estudio.

Es preocupante que en el caso de violencia sexual por parte de persona ajena a la pareja en un 59% la mujer consintió la actividad sexual porque tenía miedo de lo que podría pasar si se negaba.

Analizando los diferentes países, según datos del informe, la tasa de violencia física y/o sexual sufrida desde los 15 años dentro de la pareja oscila entre el 30% y el 32% en Finlandia, Dinamarca y Letonia, siendo del 13% en Austria, Croacia, Polonia, Eslovenia y España. Cuando la violencia es ejercida por persona ajena a la pareja las proporciones son similares, desde un máximo del 34% al 40% en Suecia, los Países Bajos y Dinamarca, situándose porcentualmente Portugal, Grecia y Polonia entre el 10% y 11%.

Es reseñable que aquellos Estados con una mayor tasa de igualdad de género tienden a poseer mayores porcentajes de violencia física y/o sexual contra las mujeres mayores de 15 años. Esta circunstancia puede deberse a que esta mayor concienciación e identificación de las situaciones de violencia como constitutivas de delito, **incentiva** la interposición de denuncia.

Tabla 2.1: Mujeres que han sufrido violencia física y/o sexual por parte de su pareja actual y/o anterior, o por cualquier otra persona desde los 15 años, por Estado miembro de la UE (%)

UE Miembro Estado	pareja actual a	pareja anterior b	Cualquier pareja (actual y/o anterior) c	no pareja d	Cualquier socio y/o no socio d
A	3	15	13	12	20
BE	8	29	24	25	36
BG	11	38	23	14	28
CY	6	24	15	12	22
CZ	6	23	21	21	32
DE	7	24	22	24	35
DK	12	31	32	40	52
EE	7	23	20	22	33
EL	10	17	19	10	25
ES	4	18	13	---	22
FR	11	31	30	33	47
GR	7	13	13	13	21
HU	7	23	21	14	28
IE	4	19	15	19	26
IT	9	25	19	17	27
LT	11	31	24	---	31
LU	7	26	22	25	38
MT	13	38	32	17	39
NL	5	28	15	15	22
PL	9	27	25	35	45
PT	5	17	13	11	19
RO	8	28	19	10	24
SE	14	30	24	14	30
SI	7	29	28	34	46
SK	5	21	13	15	22
UK	12	26	23	22	34
---	5	34	29	30	44
UE-28	8	26	22	22	33

Fuente: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf

En relación con el porcentaje de mujeres desde los 15 años que han sufrido violencia física y/o sexual por parte de su pareja actual y/o anterior, en los 12 meses previos a la entrevista, apenas hay diferencias porcentuales entre los distintos Estados miembros. Bélgica, Bulgaria, Grecia, Hungría, Italia, Rumanía y Eslovaquia oscilan en torno al 6%, disminuyendo hasta un 2% en el caso de Estonia, Polonia, Eslovenia y España. Existe un aumento en la variación porcentual entre los Estados miembros de la UE si se considera la violencia física y/o sexual por parte de cualquier pareja o no en los 12 meses previos a la entrevista. En este caso, es del

11% en Bélgica, Dinamarca, Francia, Países Bajos y Suecia al 3% o 4% en Eslovenia, Polonia y España.

Tabla 2.3: Mujeres que han sufrido violencia física y/o sexual en los 12 meses anteriores a la entrevista, por tipo de agresor y Estado miembro de la UE (%)a

UE Miembro Estado	pareja actual ^b	Socio anterior ^c	Cualquier pareja (actual y/o anterior) ^d	no socios	Cualquier pareja y/o no pareja
A	(2)	(2)	3	2	5
BE	4	4	6	7	11
BG	6	(5)	6	3	8
CY	(2)	(2)	3	2	5
CZ	3	(2)	4	5	8
DE	3	(1)	3	6	8
DK	4	(2)	4	8	11
EE	(3)	(1)	(2)	3	5
EL	5	3	6	2	7
ES	(1)	(1)	(2)	2	4
FR	4	(2)	5	7	10
GB	4	4	5	7	11
HR	(2)	(1)	3	3	5
HU	5	4	6	5	9
IE	(2)	3	3	5	8
IT	5	(5)	6	4	7
LT	4	(1)	4	2	6
LU	(2)	(2)	(3)	4	7
MT	6	(1)	5	(2)	6
NL	2	(4)	4	2	5
NO	4	(3)	5	7	11
PL	2	(1)	2	3	4
PT	4	(4)	5	(2)	6
RO	6	(3)	6	2	7
SE	(2)	4	5	7	11
SI	(1)	(1)	(2)	(2)	3
SK	7	(2)	6	5	10
UK	(2)	4	5	5	8
UE-28	3	3	4	5	8

Fuente: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf

(i) Características de la víctima

- Si se observa **rango de edad**, son aquellas más jóvenes, entre los 18 y los 29 años, las que en mayor medida son destinatarias de violencia física y/o sexual tanto por parte de pareja como de terceros en los doce meses anteriores a la entrevista, disminuyendo la tasa de

conurrencia entre las mujeres de 60 años o más. Sin tener en cuenta el período temporal de doce meses, la edad de las víctimas se sitúa entre los 30 y los 59 años cuando la violencia física y/o sexual es ejercida por la pareja y con un porcentaje ligeramente superior.

- Cuando la violencia física y/o sexual es ejercida por la pareja afecta prácticamente de la misma manera a las mujeres con una **formación** más básica, así como aquellas con una formación superior, en una horquilla del 23% al 20%. Sin embargo, cuando la violencia física y/o sexual la infligen terceros se da un número mayor entre las mujeres con un nivel educativo superior, (27%), disminuyendo (19%) para aquellas con una formación en educación primaria. En cuanto a su situación laboral, están empleadas bien a tiempo parcial o completo en un porcentaje del 48% las mujeres víctimas de violencia física y/o sexual por parte de persona ajena.
- Las víctimas de violencia sexual encuestadas exponen que entre un 51% y un 54% demandaban alguien con quien hablar o un apoyo moral. Igualmente, entre un 21% y un 25% necesitaban protección frente a la victimización o acoso, más allá de la mera información sobre cuestiones de seguridad.

(ii) Características del agresor

- Las agresiones físicas y/o sexuales por persona distinta de la pareja actual o anterior de la víctima son perpetradas en su inmensa mayoría por **hombres**. Esto supone el 97% frente al 2% que son mujeres. Estos índices corroboran que los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual tienen una **vinculación directa con la violencia contra las mujeres** y, por ello, deben ser calificados como violencia de género, como así establece el Convenio de Estambul.
- Generalmente, los incidentes de violencia sexual cometidos por persona distinta a la pareja de la víctima en mujeres mayores de 15 años son cometidos por un amigo o conocido, un 27%, o por un extraño, en un 23%. El informe, revela que en la mayoría de los supuestos el agresor es un solo individuo. Respecto a las violaciones en grupo u otras formas de violencia sexual en las que intervienen varios implicados hubo dos agresores en 4% y tres o más en un 5%.

(iii) Lugar comisión del delito

- Mayoritariamente el 29%, es en una casa o apartamento donde se produce el incidente más grave de violencia sexual por persona ajena a la pareja. El 19% de los casos la agresión se produce en la vivienda de la propia víctima. Y en el 12% en lugares como la calle, garaje u otro lugar público y un 11% en un vehículo. El porcentaje disminuye, hasta el 4%, en sitios como discotecas, pub, club o cafeterías.
- Contrariamente a lo que se podría pensar, los espacios públicos no representan el escenario de mayor peligro, siendo **la vivienda** el lugar en el que se estima conforme a los

datos, la existencia de más probabilidad de convertirse en el lugar de comisión de los atentados de carácter sexual, lo que viene a corroborar que esta tipología delictiva se producen en su inmensa mayoría sin la presencia de testigos, aumentando la indefensión de la víctima.

3.2. LA VIOLENCIA SEXUAL EN LA NORMATIVA EUROPEA

La **Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014** ⁸, **sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género** emplaza a tratar el problema de la prostitución desde la raíz, no aceptándolo como un hecho consumado. Considera que toda política relativa a la prostitución repercute en la consecución de la igualdad de género, afecta a la comprensión de las cuestiones de género y transmite mensajes y normas a la sociedad, incluidos los y las jóvenes.

Reconoce que la prostitución, la prostitución forzada y la explotación sexual son cuestiones con un gran componente de género y constituyen violaciones de la dignidad humana contrarias a los principios de los derechos humanos, entre ellos la igualdad de género; y, por tanto, son contrarias a los principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluido el principio de igualdad de género, resaltando la relación intrínseca entre prostitución y trata.

Igualmente, señala que la prostitución y la prostitución forzada pueden tener un impacto en la violencia contra las mujeres en general, ya que las investigaciones sobre los usuarios de servicios sexuales muestran que los hombres que pagan por sexo tienen una imagen degradante de la mujer. Y ello hacia las mujeres como colectivo al que históricamente se le ha negado el derecho a la libertad y goce sexual con independencia de los factores acumulados de discriminación ⁹.

3.2.1. EL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

El **Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica** (2011) (Convenio de Estambul) es el primer instrumento de

⁸ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2014-0162_ES.html

⁹ Aportaciones de la asociación de mujeres juristas THEMIS al anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

carácter vinculante e integral en el ámbito europeo que marcó un hito en la lucha contra la violencia contra las mujeres, incluida la violencia sexual.

Actualmente, está firmado por 45 países y ratificado por 37 de ellos. En él se abordan unos mínimos comunes que los países que lo hayan suscrito han de implementar en su legislación interna, contemplando la facultad de comprobar sus avances e incumplimientos:

- Se conceptualiza la violencia contra las mujeres como una vulneración de los derechos humanos y una forma de discriminación (art. 3).
- Con respecto a la violencia sexual se recoge la necesidad de configurar la falta de consentimiento voluntario como determinante de la comisión de delitos de carácter sexual (art. 36).
- Se pretende no hacer depender la investigación y sanción de estas conductas exclusivamente de la denuncia de la víctima y evitar que en los procesos sobre delitos sexuales se practiquen pruebas relativas a los antecedentes sexuales y el comportamiento de la víctima (art. 54).

Si bien la consideración penal de actos violentos y dañinos de naturaleza sexual forma parte de la mayoría de las legislaciones europeas, en este momento en la mayor parte de los Estados no se ha implementado la correlativa reforma legislativa, adaptando su normativa a las directrices marcadas por el Convenio de Estambul y tipificando la violación basada en la ausencia de consentimiento. Aunque, poco a poco, vemos como se van reformando las normativas en este sentido.

► **ANÁLISIS DEL GRUPO DE EXPERTOS EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA (GREVIO) EN RELACIÓN AL TRATAMIENTO SOBRE VIOLENCIA SEXUAL DE LOS ESTADOS**

El GREVIO es el organismo especializado, independiente, responsable de vigilar la implementación del Convenio de Estambul por los Estados Partes.

En los últimos años ha realizado un seguimiento de como las autoridades nacionales de cada país cumplen con las obligaciones reguladas en este tratado. Como consecuencia de esta labor de evaluación, cumplimiento y adaptación de la normativa nacional de cada país a las directrices marcadas por el Convenio, se establece la necesidad de reforzar el marco legal sobre violencia sexual para alinearlos con los compromisos adquiridos.

Desde GREVIO se han realizado realizando informes a los distintos países alentándoles para que continúen con aquellas acciones correctas y realizando **recomendaciones y propuestas de mejora:**

- En relación con la obligatoriedad de proporcionar **servicios integrales a las víctimas de violencia sexual idóneos de fácil accesibilidad y en número suficiente**, GREVIO observa que con la entrada en vigor del Convenio de Estambul se han creado o aumentado el número de estos servicios, ya que, con anterioridad varios Estados miembros carecían de ellos. En nuestro país se valoró positivamente el compromiso adquirido para la creación de centros de asistencia integral 24 horas a víctimas de violencia sexual, al menos uno en cada una de las provincias y en las dos Ciudades Autónomas. Aunque en la actualidad de las 52 provincias españolas sólo dos cuentan con este tipo de asistencia multidisciplinar y especializada. Son Madrid desde el 2019 y Asturias desde el 2020.
- Al GREVIO le preocupa que los servicios de asistencia integral (asesoramiento, atención médica, atención psicológica, etcétera) requieran en alguno de los países de la UE de una contribución financiera de las víctimas de agresión sexual, puesto que cualquier aportación económica podría provocar un efecto disuasorio para las mujeres usuarias de estos centros.
- De igual modo, establecer una limitación temporal en relación con el acceso a los servicios forenses de estos centros de atención especializada, como sucede en países como Finlandia y Países Bajos (en el caso del centro SERI de Finlandia sólo prestará atención a las mujeres que contacten con la asistencia dentro de los 30 días y en Países Bajos ese tiempo se reduce a 8 días a contar desde la agresión). Entra en contradicción con la propia naturaleza de la violencia sexual, ya que las víctimas por diferentes motivos como puede ser la culpa, vergüenza, estigma, etcétera retrasan la búsqueda de apoyo a días, semanas, meses o incluso años. **Se estima que menos del 1% del número total van a un centro dentro de la semana posterior a la violación/agresión.**
- A su vez el Comité del GREVIO considera positivamente, y como una buena práctica, la posibilidad de proporcionar a las víctimas la **oportunidad de recoger y conservar las muestras necesarias** para permitirles posteriormente tomar la decisión de denunciar o no la violación, no debiendo condicionar la recogida de estas muestras a la interposición de la denuncia.
- Igualmente como adecuada praxis cita un *"checklist"* de los hospitales belgas para una atención óptima de las víctimas de violencia sexual. En esta lista de control se han elaborado tres códigos oficiales de denuncia sobre mutilación genital femenina, violencia

conyugal y violencias sexual, que se incorporarán a la formación inicial del personal médico.

- En la mayoría de los informes de evaluación GREVIO subraya la necesidad de establecer con carácter obligatorio una **formación especializada y continua**, que aborde todas las formas de violencia contra las mujeres para el personal de profesionales intervinientes como son: fiscalía, judicatura, abogacía, psicología, sanitario o otros servicios públicos. Un aprendizaje, avalado por un control periódico, permitirá la adquisición de herramientas necesarias para identificar y gestionar los casos de violencia en una fase temprana con las que estos y estas profesionales puedan tomar las medidas cautelares necesarias y adquirir las habilidades requeridas para garantizar una respuesta eficaz e idónea. Destaca que, como norma general, los Estados desarrollan mayor formación en relación con la violencia en pareja o ex pareja, pero no con respecto a otras formas de agresión como es la sexual.
- Desde GREVIO se alienta a que los Estados **penalicen todos los actos de naturaleza sexual sin consentimiento** (conforme al art. 36 del Convenio de Estambul) y establezcan como elemento central de la violencia sexual la ausencia de consentimiento dado voluntariamente y como resultado de la libre voluntad de la persona.
- Este grupo de expertos y expertas considera a Suecia como un referente en la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres a nivel internacional, destacando la penalización de todo acto de naturaleza sexual con una persona *“que no participa en él voluntariamente”*. GREVIO observó que la pasividad en sí misma no puede ser considerada como un signo de participación voluntaria.
- El informe GREVIO de evaluación llevado a cabo en España, publicado el 25 de noviembre de 2020, destaca la firme determinación por parte de los dirigentes españoles para implementar políticas en la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres, así como su papel pionero en el desarrollo de un marco legal progresista en relación con la violencia en el ámbito de la pareja o expareja. En el informe animaba a las autoridades españolas a que prosigan con las modificaciones del Código Penal a fin de que el delito de violación tipificase la falta de consentimiento de forma que se pueda articular en la práctica de manera eficaz por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la Fiscalía y el poder judicial. De hecho, España con la publicación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual modifica su legislación para tipificar como delito los actos de naturaleza sexual sin consentimiento, alejándose de definiciones más restrictivas en las que era necesario probar la existencia del uso de fuerza, violencia o amenazas por parte del autor a la hora de cometer el acto de naturaleza sexual, dando así cumplimiento al compromiso adquirido por nuestro país con la ratificación del Convenio de Estambul.

- Por otra parte, todavía el derecho penal neerlandés requiere el uso de la fuerza, amenaza o coacción para calificar el delito como violación. Se plantea una reforma para el año 2024 en la que se castigará a alguien por violación si sabía o tenía una sospecha grave de que la otra persona no quería tener relaciones sexuales y ha seguido haciéndolo. La coerción, violencia o amenazas serán factores que aumenten la pena, pero no requisitos necesarios para la condena. Una novedad en el proyecto de modificación legislativa es la criminalización del llamado “*chat sexual*” como una comunicación sexual agravada con niños y niñas menores de 16 años por parte de adultos.
- Según GREVIO países como Albania, Andorra, Italia, Mónaco, Serbia, Francia e Italia siguen exigiendo, entre los elementos constitutivos del delito de violencia sexual incluidos la violación, el uso de violencia, amenaza, coacción, intimidación o un estado o situación que incapacite a la víctima para resistirse. Señaló con preocupación que en Austria y Montenegro las enmiendas recientes que tipificaban como delito los actos sexuales no consentidos solo se referían a los actos de penetración o equivalentes. En cuanto a Portugal, las enmiendas realizadas a los delitos de coacción sexual y violación no eliminaron de forma permanente el requisito del uso de la fuerza, ya que la palabra “*coacción*” se utiliza para calificar estos delitos sexuales.

3.2.2. DIRECTIVAS DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA

- ▶ **DIRECTIVA 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 5 ABRIL DE 2011, RELATIVA A LA PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS Y A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y POR LA QUE SE SUSTITUYE LA DECISIÓN MARCO 2002/629/JAI DEL CONSEJO**

Esta Directiva regula unos cánones mínimos en relación a la definición de los incumplimientos penales y penas en el ámbito de la trata de seres humanos.

Esta Directiva establece que los Estados miembros deberán graduar la pena en función de determinadas circunstancias concurrentes con el delito de trata de seres humanos, siendo más severa cuando la infracción sea especialmente grave al poner en peligro la vida de la víctima o implique una tortura mayor, violación u otra forma de violencia física o sexual.

La Directiva dispone que se deberá proteger contra la victimización secundaria y cualquier nueva experiencia traumática durante el proceso penal a las víctimas de explotación sexual, abusos sexuales o violación con el fin de evitar la repetición innecesaria de interrogatorios durante la

investigación, la instrucción y el juicio mediante por ejemplo, y si procede, la grabación de los interrogatorios.

- ▶ **DIRECTIVA 2011/93/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO , DE 13 DE DICIEMBRE DE 2011, RELATIVA A LA LUCHA CONTRA LOS ABUSOS SEXUALES Y LA EXPLOTACIÓN SEXUAL DE LOS MENORES Y LA PRONOGRAFÍA INFANTIL Y POR LA QUE SE SUSTITUYE LA DECISIÓN MARCO 2004/68/JAI DEL CONSEJO**

La Directiva 2011/93/UE establece unas normas mínimas referentes a conceptualizar las infracciones penales y las sanciones en el ámbito de los abusos sexuales y la explotación sexual de los y las menores, la pornografía infantil y el embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos. Introduce, asimismo, disposiciones tendentes a mejorar la prevención de estos delitos y la protección a sus víctimas.

Los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar el enjuiciamiento y sanción de las conductas dolosas anteriormente descritas. Igualmente, los Estados garantizarán la asistencia y el apoyo a las víctimas antes, durante y por un período adecuado después de la conclusión del proceso penal a fin de poder ejercer sus derechos.

- ▶ **PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y VIOLENCIA DOMÉSTICA, DE 8 DE MARZO DE 2022**

La propuesta está basada en las recomendaciones del GREVIO. Recoge una serie de medidas con carácter integral para abordar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica en toda la UE. Será la primera Directiva que abordará específicamente esta cuestión. Incluye y fortifica una serie de medidas en la definición de las infracciones penales, protección, acceso a la justicia y apoyo a las víctimas, prevención, coordinación y cooperación.

En su artículo 5 referido a la violación expresa lo siguiente:

“ 1. Los Estados miembros se asegurarán de que se castiguen como infracción penal las siguientes conductas intencionadas:

- a) *realizar con una mujer cualquier acto no consentido de penetración por vía vaginal, anal u oral de carácter sexual, con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;*
- b) *hacer que una mujer realice con otra persona cualquier acto no consentido de penetración por vía vaginal, anal u oral de carácter sexual, con cualquier parte del cuerpo o con un objeto.*

2. *Los Estados miembros se asegurarán de que se entienda por **acto no consentido todo acto ejecutado sin el consentimiento voluntario de la mujer o en el que la mujer no pueda formar libremente su voluntad debido a su estado físico o mental**, por ejemplo, un estado de inconsciencia, intoxicación, sueño, enfermedad, lesiones corporales o discapacidad, explotando así su incapacidad para formar libremente su voluntad.*

3. El consentimiento puede retirarse en cualquier momento durante el acto. La ausencia de consentimiento no puede ser refutada invocando exclusivamente el silencio, la falta de resistencia verbal o física o la conducta sexual pasada de la mujer.”

En este artículo se recoge que la ausencia de consentimiento deberá ser elemento central del concepto de violación, ya que a menudo su comisión no implica violencia física o uso de fuerza. Pretende que en toda la Unión Europea se garantice una protección uniforme.

De igual manera, los Estados miembros deberán garantizar la interposición de denuncia de manera sencilla con la posibilidad de denuncias en línea y adaptar los procedimientos en el caso de menores denunciadores. La Directiva menciona, que sólo a través de datos desagregados, exhaustivos y comparables se podrán desarrollar políticas adecuadas de cara a combatir la violencia contra las mujeres.

Además para poder supervisar idóneamente el avance de los Estados miembros, los países deberán realizar encuestas periódicas, utilizando la metodología armonizada de la Comisión (Eurostat). Incide en que en los procedimientos judiciales, especialmente en los de violación, no deben tolerarse las referencias a conductas sexuales pasadas de la víctima para cuestionar su credibilidad y falta de consentimiento, ya que el mantenimiento de estas conductas supondría la perpetuación de los estereotipos y podría dar lugar a la victimización secundaria.

En el artículo 45 se introduce una modificación a la Directiva 2011/93/UE sobre los abusos sexuales a menores. Incluye el delito de penetración con fines sexuales y clarifica las circunstancias en las que el consentimiento no puede ser otorgado válidamente por un niño o una niña. Se añaden los apartados siguientes:

“7. Los Estados miembros se asegurarán de que las siguientes conductas dolosas se castiguen con penas de prisión de una duración máxima de al menos doce años:

- a) realizar con un menor de edad inferior a la de consentimiento sexual cualquier acto de penetración por vía vaginal, anal u oral de carácter sexual, con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;*
- b) hacer que un menor de edad inferior a la de consentimiento sexual realice con otra persona cualquier acto de penetración por vía vaginal, anal u oral de carácter sexual, con cualquier parte del cuerpo o con un objeto.*

8. Cuando el menor haya superado la edad de consentimiento sexual y no consienta en realizar el acto, los Estados miembros se asegurarán de que las conductas descritas en el apartado 7 se castiguen con penas de prisión de una duración máxima de al menos diez años.

9. A efectos del apartado 8, los Estados miembros se asegurarán de que se entienda por acto no consentido todo acto realizado sin el consentimiento voluntario del menor, o en el que el menor no pueda formar libremente su voluntad debido a la presencia de las circunstancias a las que se refiere el apartado 5, incluido su estado físico o mental, como un estado de inconsciencia, intoxicación, sueño, enfermedad o lesión corporal.

El consentimiento puede retirarse en cualquier momento durante el acto. La ausencia de consentimiento no puede ser refutada invocando exclusivamente el silencio, la falta de resistencia verbal o física o la conducta sexual pasada del menor.”

4. LEGISLACIONES EUROPEAS EN RELACIÓN AL CONSENTIMIENTO

En aplicación del Convenio de Estambul la regulación del consentimiento en el ámbito penal ha variado en pocos años en diversos países de nuestro entorno. Para este estudio se han seleccionado algunas legislaciones significativas, que han cambiado su normativa en este sentido. Igualmente, se recogen algunas en las que se ha anunciado un cambio pero todavía no se ha llevado a efecto. Como, es el caso de Suiza, que fue anunciado para abril de 2022 y que a fecha de hoy mantiene una serie de anomalías, como tipificar la violación solo sobre la mujer o mantener como causa de exención penal una práctica como el contraer matrimonio con la víctima. O bien Países Bajos que anunció en 2020, una modificación para considerar delito todas las conductas de relaciones sexuales no consentidas, pero que hasta la fecha no ha modificado su texto. Y otros, como Francia o Portugal, que habiendo modificado sus legislaciones no incluyen *“la ausencia de consentimiento”* y consideran que cuando la conducta se comete hacia una persona adulta, para que exista delito tiene que concurrir violencia, intimidación o sorpresa.

Para clarificar la conducta que se penaliza, algunos países explican el concepto de consentimiento dentro del propio texto legal (España, Eslovenia o Finlandia) y se hace especial hincapié en que debe expresarse el consentimiento bien verbalmente o bien de otro modo. Incluso hay países (Suecia) que especifican cuándo no se puede considerar, en ningún caso, que existió consentimiento y tipifica la conducta negligente con respecto al consentimiento. Reino Unido pone su atención en las medidas que deben tomar para cerciorarse de la existencia de consentimiento y se deberá acreditar que se han adoptado dichas medidas si se alega que existió consentimiento por parte del acusado.

En otros países (Dinamarca, Alemania y Bélgica) se insiste en la falta de consentimiento y que no es necesaria la existencia de violencia. Concretamente Bélgica pone el acento en su texto legal en que el consentimiento puede ser retirado antes, o incluso durante el acto sexual, algo que en otros países se aplica, pero no se recoge expresamente. En otros casos, la redacción es más escueta, como en Grecia que simplemente lo menciona.

A continuación, se transcriben las distintas legislaciones seleccionadas que ponen en evidencia cómo se ha legislado en distintos países esta materia. No existe un único modelo consolidado y las distintas reformas operadas en las normativas pueden ayudar a comprender la dificultad de elaborar una legislación que tipifique de forma clara y lo menos gravosa posible para la víctima la falta de consentimiento ¹⁰.

¹⁰ Las traducciones recogidas son orientativas, ya que no son oficiales.

ALEMANIA	
STRAFGESETZBUCH	CÓDIGO CRIMINAL
<p>Artikel 177</p> <p><i>Änderung durch das fünfzigste Gesetz zur Reform des Strafgesetzbuches zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016</i></p> <p><i>Bundesgesetzblatt Jahrgang 2016 Teil I Nr. 52, ausgegeben am 09.11.2016, Seite 2460</i></p> <p><i>Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung</i></p> <p>(..) (1) Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.</p> <p>(2) Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern, 2. der Täter ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert, 3. der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt, 	<p>Artículo 177</p> <p><i>Modificación introducida por la Ley quincuagesima de reforma del Código Penal mejora de la protección de la libre determinación sexual de 4 de noviembre de 2016</i></p> <p><i>Gaceta de Leyes Federales 2016 Parte I No. 52, emitida el 9 de noviembre de 2016, página 2460</i></p> <p><i>Agresión sexual; coacción sexual; violación</i></p> <p>(..) (1) Cualquiera que, en contra de la voluntad aparente de otra persona, realice actos sexuales en otra persona o haga que los realice, o que induzca a esta persona a realizar o tolerar actos sexuales en o por un tercero, será castigado con pena de prisión de seis meses a cinco años.</p> <p>(2) Cualquiera que realice actos sexuales en otra persona o haga que los realice o induzca a esta persona a realizar o tolerar actos sexuales en o por un tercero también será castigado si</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. el autor se aprovecha del hecho de que la persona es incapaz de formar o expresar una voluntad contraria, 2. el autor se aprovecha del hecho de que la condición física o mental de la persona significa que está significativamente limitada para formar o expresar su voluntad, a menos que haya obtenido el consentimiento de esta persona, 3. el perpetrador explota un elemento de sorpresa,

<p>4. der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht, oder</p> <p>5. der Täter die Person zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat.</p> <p>(3) Der Versuch ist strafbar.</p> <p>(4) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht.</p> <p>(5) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn der Täter</p> <p>A. gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet,</p> <p>2. dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht oder</p> <p>3. eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist.</p> <p>(6) 1. In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu erkennen. 2 Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn</p> <p>1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder</p> <p>2. die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird.</p> <p>(7) Auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter</p> <p>1. eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt,</p>	<p>4. el autor se aprovecha de una situación en la que la víctima está amenazada de sufrir un daño grave si se resiste, o</p> <p>5. el autor ha coaccionado a la persona para que realice o tolere el acto sexual amenazándola con un mal sensible.</p> <p>(3) La tentativa es punible.</p> <p>(4) Se impondrá prisión por no menos de un año si la incapacidad para formar o expresar un testamento se debe a una enfermedad o incapacidad de la víctima.</p> <p>(5) Se impondrá una pena de prisión no inferior a un año si el autor</p> <p>1. utiliza la violencia contra la víctima,</p> <p>2. amenaza a la víctima con peligro inminente para la vida o la integridad física, o</p> <p>3. se aprovecha de una situación en la que la víctima queda a merced del perpetrador sin ninguna protección.</p> <p>(6) 1. En casos particularmente graves se impondrá una pena de prisión de no menos de dos años. 2. Un caso particularmente grave suele estar presente si</p> <p>1. el perpetrador mantiene relaciones sexuales con la víctima o hace que la víctima participe en actos sexuales similares que la humillan particularmente, especialmente si implican penetración en el cuerpo (violación), o</p> <p>2. el delito se cometa conjuntamente por varias personas.</p> <p>(7) Se impondrá una pena de prisión no inferior a tres años si el autor</p> <p>1. lleva un arma u otra herramienta peligrosa,</p>
--	--

<p>2. sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, oder</p> <p>3. das Opfer in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.</p> <p>(8) Auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter</p> <p>1. bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet oder</p> <p>2. das Opfer</p> <p>a) bei der Tat körperlich schwer misshandelt oder b) durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt.</p> <p>(9) In minder schweren Fällen der Absätze 1 und 2 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu drei Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 4 und 5 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 7 und 8 ist auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen. (..)</p>	<p>2. de otro modo lleve una herramienta o medio para prevenir o vencer la resistencia de otra persona a través de la violencia o la amenaza de violencia, o</p> <p>3. pone a la víctima en riesgo de daño grave a la salud.</p> <p>(8) Se impondrá una pena de prisión de no menos de cinco años si el autor</p> <p>1. usa un arma u otra herramienta peligrosa en el acto, o</p> <p>2. la víctima</p> <p>a) severamente abusada físicamente en el acto o b) pone a la persona en peligro de muerte como consecuencia del hecho.</p> <p>(9) Los casos menos graves de los párrafos 1 y 2 se castigan con prisión de tres meses a tres años, los casos menos graves de los párrafos 4 y 5 se castigan con prisión de seis meses a diez años, los casos menos graves de los párrafos 7 y 8 son sancionado con pena privativa de libertad de uno a diez años. (..)</p>
--	--

OBSERVACIONES

Esta disposición entró en vigor el 10 de noviembre de 2016. Supone una mejora de la protección de la autonomía sexual. La reforma implica una renovación relevante, puesto que castiga a quien realice cualquier acto sexual contra la voluntad reconocible de otra persona, sin que se tengan que dar otras condiciones previas. La ausencia de consentimiento incluye situaciones en las que la víctima se encuentra incapaz de expresar su voluntad en contra, sufre una agresión sorpresiva o el agresor utiliza la violencia o intimidación.

Hasta la fecha de la reforma, para que la agresión sexual constituyera delito, era necesario el uso de la violencia, la amenaza hacía la vida o que la víctima se encontrará en una situación de indefensión ante el agresor.

BÉLGICA	
CODE PÉNAL	CÓDIGO PENAL
<p>417/5</p> <p><i>La définition du consentement en matière de droit à l'autodétermination sexuelle.</i></p> <p>(..) Le consentement suppose que celui-ci a été donné librement. Ceci est apprécié au regard des circonstances de l'affaire. Le consentement ne peut pas être déduit de la simple absence de résistance de la victime.</p> <p>Le consentement peut être retiré à tout moment avant ou pendant l'acte à caractère sexuel.</p> <p>Il n'y a pas de consentement lorsque l'acte à caractère sexuel a été commis en profitant de la situation de vulnérabilité de la victime due notamment à un état de peur, à l'influence de l'alcool, de stupéfiants, de substances psychotropes ou de toute autre substance ayant un effet similaire, à une maladie ou à une situation de handicap, altérant le libre arbitre.</p> <p>En tout état de cause, il n'y a pas de consentement si l'acte à caractère sexuel résulte d'une menace, de violences physiques ou psychologiques, d'une contrainte, d'une surprise, d'une ruse ou de tout autre comportement punissable.</p> <p>En tout état de cause, il n'y a pas de consentement lorsque l'acte à caractère sexuel a été commis au préjudice d'une victime inconsciente ou endormie. (..)</p>	<p>417/5</p> <p><i>La definición de consentimiento en relación con el derecho a la autodeterminación sexual.</i></p> <p>(..) El consentimiento supone que se dio libremente. Esto se evalúa en función de las circunstancias del caso. El consentimiento no puede inferirse de la mera falta de resistencia de la víctima.</p> <p>El consentimiento puede retirarse en cualquier momento antes o durante el acto sexual.</p> <p>No hay consentimiento cuando el acto de naturaleza sexual se ha cometido aprovechando la situación de vulnerabilidad de la víctima debido en particular a un estado de miedo, a la influencia del alcohol, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o cualquier otra sustancia de efecto similar, a una enfermedad o situación de discapacidad, menoscabando el libre albedrío.</p> <p>En todo caso, no hay consentimiento si el acto de naturaleza sexual resulta de una amenaza, violencia física o psíquica, coacción, sorpresa, engaño o cualquier otra conducta punible.</p> <p>En todo caso, no hay consentimiento cuando el acto de naturaleza sexual se ha cometido en perjuicio de una víctima inconsciente o dormida. (..)</p>
<p>417/7</p> <p><i>L'atteinte à l'intégrité sexuelle.</i></p>	<p>417/7</p> <p><i>Delito contra la integridad sexual.</i></p>

<p>(..) L'atteinte à l'intégrité sexuelle consiste à accomplir un acte à caractère sexuel sur une personne qui n'y consent pas, avec ou sans l'aide d'un tiers qui n'y consent pas, ou à faire exécuter un acte à caractère sexuel par une personne qui n'y consent pas.</p> <p>Cette infraction est punie d'un emprisonnement de six mois à cinq ans.</p> <p>Est assimilé à l'atteinte à l'intégrité sexuelle le fait de faire assister une personne qui n'y consent pas à des actes à caractère sexuel ou à des abus sexuels, même sans qu'elle doive y participer.</p> <p>L'atteinte existe dès qu'il y a commencement d'exécution. (..)</p>	<p>(..) La vulneración contra la integridad sexual se refiere a un acto de carácter sexual, el cual se ejerce sobre una persona que no consiente, con o sin la ayuda de un tercero que no consiente en ello, u obligar a un acto de carácter sexual a una persona que no consiente.</p> <p>Este delito se castiga con pena de prisión de seis meses a cinco años.</p> <p>Se asimila a un ataque a la integridad sexual el hecho de hacer que una persona que no consiente asista en actos de naturaleza sexual o en abusos sexuales, aún sin que la persona tenga que participar.</p> <p>La infracción existe tan pronto como comienza la ejecución. (..)</p>
<p>417/11</p> <p>(..) On entend par viol tout acte qui consiste en ou se compose d'une pénétration sexuelle de quelque nature et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne ou avec l'aide d'une personne qui n'y consent pas.</p> <p>Cette infraction est punie de la réclusion de dix ans à quinze. (..)</p>	<p>417/11</p> <p>(..) Violación significa cualquier acto que consiste en la penetración sexual de cualquier tipo y por cualquier medio, cometido sobre una persona o con la ayuda de una persona que no consienta.</p> <p>Este delito está penado con prisión de diez a quince años. (..)</p>

OBSERVACIONES

La regulación, que incluía el consentimiento, se llevó a cabo por primera vez en 2016 y consideraba violación *"todo acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza y por cualquier medio, cometido contra una persona que no consiente en ello"*. Añade que no existe consentimiento, en particular, cuando el acto ha sido impuesto mediante violencia, coacción, amenaza, sorpresa o engaño o ha sido hecho posible debido a una discapacidad o a una deficiencia física o mental de la víctima.

La última modificación de junio de 2022 ha supuesto entre otras cuestiones un endurecimiento de las penas.

DINAMARCA	
DEN DANSKE STRAFFELOV	CÓDIGO PENAL DANÉS
<p>Artikel 216</p> <p><i>ændret ved lov nr. 2208 af 29.12.2020.</i></p> <p>(..) For voldtægt straffes med fængsel indtil 8 år den, der har samleje med en person, der ikke har samtykket heri.</p> <p>Stk. 2. For voldtægt straffes med fængsel indtil 12 år den, som har samleje med et barn under 12 år. På samme måde straffes den, som er fyldt 22 år og har samleje med et barn under 15 år.</p> <p>Stk. 3. Straffen efter stk. 1 kan stige til fængsel i 12 år, hvis voldtægten har haft en særligt farlig karakter eller der i øvrigt foreligger særligt skærpende omstændigheder.</p> <p>Stk. 4. Ved fastsættelse af straffen skal der lægges vægt på den særlige krænkelse, der er forbundet med lovovertrædelsen.</p> <p>Stk. 5. Det skal ved straffens fastsættelse i almindelighed indgå som en skærpende omstændighed, at forurettede er offer for menneskehandel. (..)</p>	<p>Artículo 216</p> <p><i>Modificado por la Ley Nª 2208 de 29.12.2020.</i></p> <p>(..) El que tiene relaciones sexuales con una persona que no ha consentido en ello es reprimido con prisión de hasta 8 años por violación.</p> <p>PCS. 2. El que tenga relaciones sexuales con un niño menor de 12 años es castigado con pena privativa de libertad de hasta 12 años por violación. Del mismo modo, se castiga a quien haya cumplido 22 años y tenga relaciones sexuales con un menor de 15 años.</p> <p>PCS. 3. La pena según el inciso 1 puede aumentar a prisión de 12 años si la violación ha tenido un carácter especialmente peligroso o si concurren circunstancias particularmente agravantes.</p> <p>PCS. 4. Al determinar la pena se debe hacer hincapié en el delito particular asociado con el delito.</p> <p>PCS. 5. A la hora de determinar la pena con carácter general deberá incluirse como circunstancia agravante que el perjudicado sea víctima de trata de seres humanos. (..)</p>

OBSERVACIONES
<p>Desde el 1 de enero de 2021 con la entrada en vigor ya no se exige para que una violación sea calificada y juzgada la violencia, sino la existencia del consentimiento expreso previo entre las partes. Supone un avance significativo con respecto a la anterior normativa.</p>

ESLOVANIA	
KAZENSKI ZAKONIK	CÓDIGO PENAL
<p><i>Posilstvo</i></p> <p>170. člen</p> <p>(..) (1) Kdor brez privolitve druge osebe doseže, da ta spolno občuje ali s tem izenačeno spolno ravna, se kaznuje z zaporom od šestih mesecev do petih let.</p> <p>(2) Privolitev iz prejšnjega odstavka tega člena je podana, če je oseba po svoji navzven zaznavni, nedvoumni in svobodni volji privolila v spolno občevanje ali s tem izenačeno spolno ravnanje in je bila sposobna sprejeti tako odločitev.</p> <p>(3) Kdor prisili drugo osebo k spolnemu občevanju ali s tem izenačenemu spolnemu ravnanju, tako da uporabi silo ali zagrozi z neposrednim napadom na življenje ali telo, se kaznuje z zaporom od enega do desetih let.</p> <p>(4) Če je dejanje iz prejšnjega odstavka storjeno grozovito ali posebno poniževalno ali če je dejanje storilo več oseb zaporedoma ali nad obsojenci ali drugimi osebami, ki jim je vzeta prostost, se storilec kaznuje z zaporom od treh do petnajstih let.</p> <p>(5) Kdor prisili drugo osebo k spolnemu občevanju ali s tem izenačenemu spolnemu ravnanju, tako da ji zagrozi, da bo o njej ali njenih bližnjih odkril, kar bi škodovalo njeni ali njihovi časti ali dobremu imenu, ali da bo njej ali njenim bližnjim povzročil veliko premoženjsko škodo, se kaznuje z zaporom od šestih mesecev do petih let.</p>	<p><i>Violación</i></p> <p>Artículo 170</p> <p>(..) (1) Cualquiera que sin el consentimiento de otra persona logre relaciones sexuales con otra persona o realice actos sexuales equivalentes a esto será castigado con prisión de seis meses a cinco años.</p> <p>(2) El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior de este artículo se otorga si la persona consintió en tener relaciones sexuales o conductas sexuales equivalentes de acuerdo con su voluntad exteriormente perceptible, inequívoca y libre y fue capaz de tomar tal decisión.</p> <p>(3) El que obligue a otra persona a mantener relaciones sexuales o actos sexuales equivalentes a estos , mediante el uso de la fuerza o amenazando con un ataque directo a la vida o al cuerpo , será castigado con prisión de uno a diez años.</p> <p>(4) Si el acto a que se refiere el párrafo anterior se comete de manera horrenda o particularmente humillante, o si el acto fue cometido por varias personas en sucesión o contra condenados u otras personas privadas de libertad, el autor será castigado con prisión de tres a quince años.</p> <p>(5) El que obligue a otra persona a tener relaciones sexuales o equivalentes a las relaciones sexuales amenazándola con la posibilidad de descubrir algo en él o en sus parientes cercanos que perjudique su honor o su buen nombre, o que él o ella a sus parientes cercanos se les causare daños materiales importantes, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años.</p>

<p>(6) Če so bila dejanja iz prvega, tretjega ali petega odstavka tega člena storjeni proti osebi, s katero storilec živi v zakonski, zunajzakonski skupnosti ali registrirani istospolni skupnosti, se pregon začne na predlog.(..)</p>	<p>(6) Si los actos a que se refieren los párrafos primero, tercero o quinto de este artículo se cometieron contra una persona con la que el autor conviva en unión marital, extramatrimonial o registrada del mismo sexo, el proceso se iniciará de oficio. (..)</p>
<p><i>Spolno nasilje</i></p> <p>171. člen</p> <p>(..) (1) Kdor brez privolitve druge osebe doseže, da ta stori ali trpi kakšno spolno dejanje, ki ni zajeto v prejšnjem členu, se kaznuje z zaporom do petih let.</p> <p>(2) Privolitev iz prejšnjega odstavka je podana, če je oseba po svoji navzven zaznavni, nedvoumni in svobodni volji privolila v spolno dejanje iz prejšnjega odstavka in je bila sposobna sprejeti tako odločitev.</p> <p>(3) Kdor uporabi silo ali zagrozi drugi osebi z neposrednim napadom na življenje ali telo in jo tako prisili, da stori ali trpi kakšno spolno dejanje iz prvega odstavka tega člena, se kaznuje z zaporom od šestih mesecev do desetih let.</p> <p>(4) Če je dejanje iz prejšnjega odstavka storjeno grozovito ali posebno poniževalno ali če je dejanje storilo več oseb zaporedoma ali nad obsojenci ali drugimi osebami, ki jim je vzeta prostost, se kaznuje z zaporom od treh do petnajstih let.</p> <p>(5) Kdor drugo osebo prisili, da stori ali trpi kakšno spolno dejanje iz prvega odstavka tega člena, tako da ji zagrozi, da bo o njej ali njenih bližnjih odkril, kar bi škodovalo njeni ali njihovi časti ali dobremu imenu, ali da bo njej ali njenim bližnjim povzročil veliko premoženjsko škodo, se kaznuje z zaporom do petih let.</p>	<p><i>Violencia sexual</i></p> <p>Artículo 171</p> <p>(..) (1) Quien sin el consentimiento de otra persona haga que ésta realice o sufra un acto sexual, no previsto en el artículo anterior, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años.</p> <p>(2) El consentimiento del párrafo anterior se otorga si la persona consintió en el acto sexual del párrafo anterior de acuerdo con su voluntad exteriormente perceptible, inequívoca y libre y fue capaz de tomar tal decisión.</p> <p>(3) El que utilice la fuerza o amenace a otra persona con un ataque directo a la vida o al cuerpo y así la obligue a realizar o sufrir cualquier acto sexual del primer párrafo de este artículo, será castigado con prisión de seis meses a diez años.</p> <p>(4) Si el acto a que se refiere el párrafo anterior se comete de manera espantosa o particularmente humillante, o si el acto se comete por varias personas en sucesión o contra condenados u otras personas privadas de libertad, la sanción será de prisión de de tres a quince años.</p> <p>(5) El que obligue a otra persona a realizar o sufrir cualquiera de los actos sexuales a que se refiere el primer párrafo de este artículo, amenazándola con averiguar sobre él o sus parientes, que perjudique su honor o su buen nombre, o que él o ella causó grandes daños materiales a sus familiares, será sancionada con pena privativa de libertad hasta por cinco años.</p>

<p>(6) Če so bila dejanja iz prvega, tretjega ali petega odstavka tega člena storjeni proti osebi, s katero storilec ali storilka živi v zakonski, zunajzakonski skupnosti ali registrirani istospolni partnerski skupnosti, se pregon začne na predlog.(..)</p>	<p>(6) Si los actos a que se refieren los párrafos primero, tercero o quinto de este artículo se cometieron contra una persona con la que el autor conviva en unión marital, extramatrimonial o registrada del mismo sexo, el proceso se iniciará previa solicitud.(..)</p>
<p><i>Spolna zloraba slabotne osebe</i></p> <p>172. člen</p> <p>(..) (1) Kdor spolno občuje ali stori kakšno drugo spolno dejanje z drugo osebo brez njene privolitve, tako da zlorabi njeno duševno bolezen, začasno duševno motnjo ali hujšo duševno manjrazvitost, zaradi katere ta ni sposobna podati privolitve, se kaznuje z zaporom od enega do osmih let.</p> <p>(2) Privolitev iz prejšnjega odstavka je podana, če je oseba po svoji navzven zaznavni, nedvoumni in svobodni volji privolila v spolno občevanje ali kakšno drugo spolno dejanje in je bila sposobna sprejeti tako odločitev.</p> <p>(3) Kdor v okoliščinah iz prvega odstavka tega člena kako drugače prizadene spolno nedotakljivost slabotne osebe, se kaznuje z zaporom do petih let. (..)</p>	<p><i>Abuso sexual de una persona vulnerable</i></p> <p>Artículo 172</p> <p>(..) (1) Quien tenga relaciones sexuales o cometa cualquier otro acto sexual con otra persona sin su consentimiento, abusando de su enfermedad mental, trastorno mental transitorio o subdesarrollo mental grave, por lo que es incapaz de dar su consentimiento, será castigado con pena privativa de libertad de d uno a ocho años.</p> <p>(2) El consentimiento del párrafo anterior se otorga si la persona consintió en tener relaciones sexuales o algún otro acto sexual de acuerdo con su voluntad exteriormente perceptible, inequívoca y libre y fue capaz de tomar tal decisión.</p> <p>(3) Quien en las circunstancias a que se refiere el primer párrafo de este artículo, de cualquier otra manera, afecte la integridad sexual de una persona débil, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años. (..)</p>

OBSERVACIONES

Se aprueba la modificación por la Asamblea Nacional el 4 de junio 2021. Redefine la violación y establece que se produce cuando no existe consentimiento al acto sexual. Anteriormente, se exigía que violencia o intimidación o incapacidad de defenderse. Ahora el empleo de la fuerza es considerado una agravante.

FINLANDIA	
EDUSKUNNAN VASTAUS EV 88/2022 VP HE 13/2022 VP (LAKI RIKOSLAIN MUUTTAMISESTA) HALLITUKSEN ESITYS EDUSKUNNALLE SEKSUAALIRIKOKSIA KOSKEVAKSI LAINSÄÄDÄNNÖKSI (HE 13/2022 VP)	RESPUESTA DEL PARLAMENTO EV 88/2022 VP EL 13/2022 VP (REFORMA DEL CÓDIGO PENAL) PROPUESTA DEL GOBIERNO AL PARLAMENTO DE LEGISLACIÓN SOBRE DELITOS SEXUALES (HE 13/2022 VP)
<p>1 §</p> <p><i>Raiskaus</i></p> <p>(..) Joka on sukupuoliyhteydessä sellaisen henkilön kanssa, joka ei osallistu siihen vapaaehtoisesti, on tuomittava raiskauksesta vankeuteen vähintään yhdeksi ja enintään kuudeksi vuodeksi.</p> <p>Henkilön osallistumista sukupuoliyhteyteen ei ole pidettävä vapaaehtoisena, jos:</p> <p>1) hän ei ole sanallisesti, käytöksellään tai muulla tavalla ilmaissut osallistuvansa siihen vapaaehtoisesti;</p> <p>2) hänet on pakotettu sukupuoliyhteyteen käyttämällä henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai uhkauksella; tai</p> <p>3) hän ei ole voinut muodostaa tai ilmaista tahtoaan tiedottomuutensa, sairautensa, vammaisuutensa, pelkotilansa, voimakkaan päihtymistilansa, heikentyneen tajunnantilansa, tilanteen äkillisyyden, erityisen valta-aseman vakavan väärinkäytön tai muun näihin rinnastettavan syyn vuoksi.</p> <p>Yritys on rangaistava. (..)</p>	<p>§ 1</p> <p><i>Violación</i></p> <p>(..) El que tenga relaciones sexuales con una persona que no participe voluntariamente debe ser sancionado con pena privativa de libertad por lo menos uno y como máximo seis años por violación.</p> <p>La participación de una persona en relaciones sexuales no se considerará voluntaria si:</p> <p>1) no ha expresado verbalmente por su comportamiento o de cualquier otra manera que participa en él voluntariamente;</p> <p>2) ha sido forzado a mantener relaciones sexuales con violencia contra la persona o amenazas; o</p> <p>3) no ha podido formar o expresar su voluntad por su ignorancia, enfermedad, invalidez, estado de miedo, fuerte estado de embriaguez, alteración de la conciencia, brusquedad de la situación, abuso grave de una posición especial de poder o otra razón comparable.</p> <p>La tentativa es punible. (..)</p>
<p>2 §</p> <p><i>Törkeä raiskaus</i></p> <p>(..) Jos raiskauksessa</p>	<p>§ 2</p> <p><i>Violación brutal</i></p> <p>(..) Si en violación</p>

<p>1) käytetään tai uhataan käyttää vakavaa henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai aiheutetaan toiselle vaikea ruumiinvamma, vakava sairaus tai hengenvaarallinen tila,</p> <p>2) rikoksen tekee useampi kuin yksi henkilö,</p> <p>3) rikoksella aiheutetaan erityisen tuntuva henkistä tai ruumiillista kärsimystä,</p> <p>4) rikos tehdään erityisen raa'alla, julmalla tai nöyryyttävällä tavalla tai</p> <p>5) kohteena on kahdeksatoista vuotta nuorempi lapsi ja raiskaus on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä, rikosentekijä on tuomittava törkeästä raiskauksesta vankeuteen vähintään kahdeksi ja enintään kymmeneksi vuodeksi.</p> <p>Yritys on rangaistava. (..)</p>	<p>1) se usa o se amenaza con usar violencia grave contra una persona o se causan lesiones físicas graves, enfermedades graves o una afección potencialmente mortal a otra persona,</p> <p>2) el delito es cometido por más de una persona,</p> <p>3) el delito causa un sufrimiento psíquico o físico particularmente notorio,</p> <p>4) el delito se comete de manera particularmente brutal, cruel o humillante o</p> <p>5) si la víctima es menor de dieciocho años, y la violación es agravada en su conjunto, el autor debe ser condenado por violación agravada a prisión por un mínimo de dos y un máximo de diez años.</p> <p>La tentativa es punible. (..)</p>
<p>3 §</p> <p>Seksuaalinen kajoaminen</p> <p>(..) Joka koskettelemalla tai muulla tavoin tekee muun kuin 1 §:ssä tarkoitetun seksuaalisen teon sellaiselle henkilölle, joka ei osallistu siihen vapaaehtoisesti, tai saa tämän ryhtymään sellaiseen tekoon, ja teko olennaisesti loukkaa tämän seksuaalista itsemääräämisoikeutta, on tuomittava seksuaalisesta kajoamisesta vankeuteen vähintään neljäksi kuukaudeksi ja enintään neljäksi vuodeksi.</p> <p>Henkilön osallistumista seksuaaliseen tekoon ei ole pidettävä vapaaehtoisena, jos:</p> <p>1) hän ei ole sanallisesti, käytöksellään tai muulla tavalla ilmaissut osallistuvansa siihen vapaaehtoisesti;</p> <p>2) hänet on pakotettu seksuaaliseen tekoon käyttämällä henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai uhkauksella; tai</p>	<p>3 §</p> <p><i>Colapso sexual</i></p> <p>(..) El que, tocándolo o de cualquier otro modo, realice un acto sexual distinto del mencionado en el § 1 a una persona que no participe voluntariamente en él, o le haga participar en tal acto, y el acto viole esencialmente su derecho a la autodeterminación sexual, debe ser condenado por acoso sexual a una pena privativa de libertad mínima de cuatro meses y máxima de cuatro años.</p> <p>La participación de una persona en un acto sexual no debe considerarse voluntaria si:</p> <p>1) no ha expresado verbalmente por su comportamiento o de cualquier otra manera que participa en él voluntariamente;</p> <p>2) ha sido forzado a un acto sexual mediante el uso de violencia contra la persona o amenazas; o</p>

<p>3) hän ei ole voinut muodostaa tai ilmaista tahtoaan tiedottomuutensa, sairautensa, vammaisuutensa, pelkotilansa, voimakkaan päihtymistilansa, heikentyneen tajunnantilansa, tilanteen äkillisyyden, erityisen valta-aseman vakavan väärinkäytön tai muun näihin rinnastettavan syyn vuoksi.</p> <p>Yritys on rangaistava. (..)</p>	<p>3) no ha podido formar o expresar su voluntad por su ignorancia, enfermedad, invalidez, estado de miedo, fuerte estado de embriaguez, alteración de la conciencia, brusquedad de la situación, abuso grave de una posición especial de poder o otra razón comparable.</p> <p>La tentativa es punible. (..)</p>
--	---

OBSERVACIONES

Esta ley no se encuentra actualmente en vigor y su entrada en vigor se prevé en enero de 2023 con las modificaciones que se efectúen.

Actualmente la norma vigente considera delito siempre que se use de la fuerza o violencia sobre la víctima o aprovechando que ésta se encuentra en estado de inconsciencia, enfermedad o incapacidad y cuando sea incapaz de defenderse y de formular su voluntad, variando las penas de cuatro meses a seis años de prisión.

FRANCIA	
CODE PÉNAL	CÓDIGO PENAL
<p>Article 222-22</p> <p><i>Modifié par LOI n°2021-478 du 21 avril 2021 - art. 1</i></p> <p>(..) Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ou, dans les cas prévus par la loi, commise sur un mineur par un majeur.</p> <p>Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage.</p> <p>Lorsque les agressions sexuelles sont commises à l'étranger contre un mineur par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables. (..)</p>	<p>Artículo 222-22</p> <p><i>Modificado por LOI n°2021-478 de 21 abril 2021 - art. 1</i></p> <p>(..) Constituye agresión sexual todo acto sexual cometido con violencia, coacción, amenaza o sorpresa o, en los casos previstos por la ley, cometida sobre un menor por un adulto.</p> <p>Constituyen violación y otras agresiones sexuales cuando han sido impuestas a la víctima en las circunstancias previstas en este apartado, cualquiera que sea la naturaleza de la relación entre el agresor y su víctima, incluso si están unidos por vínculos matrimoniales.</p> <p>Cuando las agresiones sexuales sean cometidas en el extranjero contra un menor por un francés o por una persona que resida habitualmente en territorio francés, se aplicará la ley francesa por excepción del segundo párrafo del artículo 113-6 y se aplicarán las disposiciones de la segunda frase del artículo 113-8. no aplica (..)</p>
<p>Article 222-22-1</p> <p><i>Modifié par LOI n°2021-478 du 21 avril 2021 - art. 2</i></p> <p>(..) La contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale.</p>	<p>Article 222-22-1</p> <p><i>Modificado por LOI n°2021-478 de 21 abril 2021 - art. 2</i></p> <p>(..) La coacción prevista en el primer párrafo del artículo 222-22 puede ser física o moral.</p>

<p>Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur, la contrainte morale mentionnée au premier alinéa du présent article ou la surprise mentionnée au premier alinéa de l'article 222-22 peuvent résulter de la différence d'âge existant entre la victime et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci a sur la victime, cette autorité de fait pouvant être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur.</p> <p>Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise sont caractérisées par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes. (..)</p>	<p>Cuando los hechos se cometan sobre la persona de un menor, la obligación moral a que se refiere el primer párrafo de este artículo o la sorpresa a que se refiere el primer párrafo del artículo 222-22 pueden resultar de la diferencia de edad entre la víctima y el autor de los hechos y la autoridad de hecho o de derecho que tiene sobre la víctima, caracterizándose esta autoridad de hecho por una importante diferencia de edad entre la víctima menor de edad y el victimario adulto.</p> <p>Cuando los hechos se cometen sobre la persona de un menor de quince años, la coacción moral o la sorpresa se caracterizan por el abuso de la vulnerabilidad de la víctima que no tiene el discernimiento necesario para estos actos. (..)</p>
<p>Article 222-22-2</p> <p><i>Modifié par LOI n°2021-478 du 21 avril 2021 - art. 5</i></p> <p>(..) Constitue également une agression sexuelle le fait d'imposer à une personne, par violence, contrainte, menace ou surprise, le fait de subir une atteinte sexuelle de la part d'un tiers ou de procéder sur elle-même à une telle atteinte.</p> <p>Ces faits sont punis des peines prévues aux articles 222-23 à 222-30 selon la nature de l'atteinte subie et selon les circonstances mentionnées à ces mêmes articles.</p> <p>La tentative du délit prévu au présent article est punie des mêmes peines.(..)</p>	<p>Artículo 222-22-2</p> <p><i>Modificado por LOI n°2021-478 de 21 abril 2021 - art. 5</i></p> <p>(..) También constituye agresión sexual el hecho de imponer a una persona, con violencia, coacción, amenaza o sorpresa, el hecho de sufrir una agresión sexual por parte de un tercero o de realizarla contra sí misma.</p> <p>Estos hechos se castigan con las penas previstas en los artículos 222-23 a 222-30 según la naturaleza del daño sufrido y según las circunstancias previstas en estos mismos artículos.</p> <p>La tentativa del delito previsto en este artículo se castiga con las mismas penas (..)</p>

<p>Article 222-23</p> <p><i>Modifié par LOI n°2021-478 du 21 avril 2021 - art. 9</i></p> <p>(..) Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol.</p> <p>Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle. (..)</p>	<p>Artículo 222-23</p> <p><i>Modificado por LOI n°2021-478 de 21 abril 2021 - art. 9</i></p> <p>(..) Todo acto de penetración sexual, de cualquier tipo, o cualquier acto oral-genital cometido en la persona de otro o en la persona del autor mediante violencia, coacción, amenaza o sorpresa es una violación.</p> <p>La violación se castiga con quince años de prisión. (..)</p>
--	---

OBSERVACIONES

La modificación, llevada a cabo en 2021, supuso un cambio importante en el delito de violación, aunque no incorpora el concepto de consentimiento. Hay que recordar que, hasta entonces, la violación presuponía en todo caso la demostración de un acto de penetración sexual. En una notable decisión de la Sala de lo Penal (14 de octubre de 2020), que debía pronunciarse sobre la calificación penal a adoptar en el caso de cunnilingus, aprobó la decisión de una sala de instrucción, que había rechazado la calificación de violación por considerar que la lengua del acusado no había sobrepasado el "borde de la vagina".

Esta sutil casuística ya no será necesaria. Cualquier acto oral-genital, cuando se comete con violencia, coacción, amenaza o sorpresa puede servir ahora de base para una calificación penal de violación. En otras palabras, cualquier contacto forzado entre la boca de una persona y los genitales de otra puede entrar ahora en esta definición ampliada.

GRECIA	
Ποινικός Κώδικας	CÓDIGO PENAL GRIEGO
<p>Άρθρο 336</p> <p>Ποινικός Κώδικας (Νόμος 4619/2019) - Βιασμός</p> <p>(..) 1. Όποιος με σωματική βία ή με απειλή σοβαρού και άμεσου κινδύνου ζωής ή σωματικής ακεραιότητας εξαναγκάζει άλλον σε επιχείρηση ή ανοχή γενετήσιας πράξης τιμωρείται με κάθειρξη τουλάχιστον δέκα (10) ετών.</p> <p>2. Γενετήσια πράξη είναι η συνουσία και οι ίσης βαρύτητας με αυτήν πράξεις.</p> <p>3. Αν η πράξη της παρ. 1 έγινε από δύο ή περισσότερους δράστες που ενεργούσαν από κοινού ή είχε ως συνέπεια τον θάνατο του παθόντος ή αν ο παθών είναι ανήλικος, επιβάλλεται ισόβια κάθειρξη.</p> <p>4. Όποιος, εκτός από την περίπτωση της παρ. 1, τελεί γενετήσια πράξη χωρίς τη συναίνεση του παθόντος, τιμωρείται με κάθειρξη έως δέκα (10) έτη. (..)</p>	<p>Artículo 336</p> <p><i>Código Penal (Ley 4619/2019) - Violación</i></p> <p>(..) 1. El que con violencia física o con amenaza de peligro grave e inmediato para la vida o la integridad física obligue a otro a realizar o tolerar un acto sexual, será reprimido con pena privativa de libertad por lo menos de diez (10) años.</p> <p>2. Un acto sexual es el coito y los actos de igual importancia que éste.</p> <p>3. Si el hecho del apartado 1 fue cometido por dos o más autores actuando conjuntamente o con resultado de muerte de la víctima o si la víctima es menor de edad, se impone la pena de prisión perpetua.</p> <p>4. El que, salvo en el caso del inciso 1, comete un acto sexual sin el consentimiento de la víctima, es reprimido con pena privativa de libertad hasta de diez (10) años. (..)</p>
<p>Άρθρο 344</p> <p>Ποινικός Κώδικας (Νόμος 4619/2019) - Έγκληση</p> <p>(..) Στην περίπτωση του άρθρου 336 η ποινική δίωξη ασκείται αυτεπαγγέλτως, αλλά αν ο παθών δηλώσει ότι δεν επιθυμεί την ποινική δίωξη, ο εισαγγελέας μπορεί να απόσχει οριστικά από την ποινική δίωξη ή, αν αυτή έχει ασκηθεί, να εισαγάγει την υπόθεση στο αρμόδιο δικαστικό συμβούλιο, το οποίο μπορεί να παύσει οριστικά την ποινική δίωξη εκτιμώντας τη δήλωση του θύματος ότι η δημοσιότητα από την ποινική δίωξη θα έχει συνέπεια τον σοβαρό ψυχικό τραυματισμό του.(..)</p>	<p>Artículo 344</p> <p><i>Código Penal (Ley 4619/2019) - Apelación</i></p> <p>(..) En el caso del artículo 336, la persecución penal se practica de oficio, pero si la víctima declara que no quiere la persecución penal, el Ministerio Fiscal puede abstenerse definitivamente de la persecución penal o, si se hubiere ejercitado, introducir la caso al consejo judicial competente, el cual puede detener definitivamente la persecución penal considerando la declaración de la víctima de que la publicidad de la persecución penal tendrá como resultado su lesión mental grave. (..)</p>

OBSERVACIONES

Entró en vigor el nuevo Código Penal (Ley 4619/2019) a partir del 1 de julio de 2019.

Con la regulación anterior, a la reforma el artículo 336, señalaba:

“1. El que, con violencia física o con la amenaza de un peligro grande e inmediato, obligue a otro a tener relaciones sexuales u otro acto inmoral o tolerarlo, será castigado con la pena de prisión.

2. Si el hecho del párrafo anterior fuere cometido por dos o más autores actuando conjuntamente, se impondrá un mínimo de diez años de prisión.”

Es decir, el delito se centraba en la existencia de violencia física o la amenaza grave, sin aludir al consentimiento, contemplando ya, eso sí, el hecho de que el delito fuese cometido por dos o más autores.

Con la redacción dada en la reforma por la Ley 4619/2019, se sigue contemplando la existencia de violencia o amenaza grave. Añade que debe suponer un peligro inmediato para la vida o para la integridad física, y se incluye el párrafo 4, el cuál señala que en ausencia de violencia o amenaza grave se considerará violación cuando no medie el consentimiento de la víctima.

Este apartado se incluyó en el último momento, ya que en la reforma no estaba prevista su introducción, dejando al consentimiento fuera del tipo delictivo. El anteproyecto generó una gran alarma social porque seguía poniendo el foco en la violencia y amenaza grave para la vida e integridad de la víctima, desembocando en una fuerte presión del movimiento feminista, las ONG y los propios miembros del parlamento griego, que forzaron su inclusión. Así Grecia se convierte en el noveno de los 31 países europeos en reconocer que el sexo sin consentimiento es una agresión sexual.

PAÍSES BAJOS	
WETBOEK VAN STRAFRECHT	CÓDIGO PENAL
<p>Artikel 242</p> <p>(..) Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het ondergaan van handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt als schuldig aan verkrachting gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie. (..)</p>	<p>Artículo 242</p> <p>(..) La persona que, mediante violencia u otros hechos, amenazas de violencia u otros hechos, obligue a una persona a sufrir actos consistentes en la intrusión sexual en el cuerpo o que incluyan una intrusión sexual en el cuerpo será castigada como culpable de violación con una pena privativa de libertad de hasta 12 años o una multa de quinta categoría. (..)</p>
<p>Artikel 243</p> <p>(..) Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijke onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige psychische stoornis, psychogeriatrische aandoening of verstandelijke handicap lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden, handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie. (..)</p>	<p>Artículo 243</p> <p>(..) Se castigará con una pena privativa de libertad de hasta ocho años o con una quinta pena de multa a toda persona con la que sepa que es inconsciente, alterada de conciencia o de impotencia corporal, o que padece un trastorno psicológico, un trastorno psiquiátrico o una discapacidad intelectual que le impiden, o imperfeccionan, determinar, expresar o resistir su voluntad al respecto, cometer actos que consistan en la intrusión sexual en el cuerpo o que incluyan dicha intrusión sexual. (..)</p>
<p>Artikel 246</p> <p>(..) Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, wordt, als schuldig aan feitelijke aanranding van de eerbaarheid, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie. (..)</p>	<p>Artículo 246</p> <p>(..) La persona que, por violencia u otros hechos, amenazas de violencia u otros hechos, obligue a una persona a cometer o tolerar actos intrusivos será castigada con una pena privativa de libertad de hasta ocho años o con una quinta multa como culpable de una agresión de hecho por su honor. (..)</p>

<p>Artikel 247</p> <p>(..) Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijk onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige psychische stoornis, psychogeriatrische aandoening of verstandelijke handicap lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden of met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren buiten echt ontuchtige handelingen pleegt of laatstgemelde tot het plegen of dulden van zodanige handelingen buiten echt met een derde verleidt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie. (..)</p>	<p>Artículo 247</p> <p>(..) Se castigará con una pena privativa de libertad máxima de seis años o con una multa de la cuarta categoría a quien sepa que es inconsciente, alterado el conocimiento o la impotencia corporal, o que padece un trastorno psicológico, un trastorno psiquiátrico o una discapacidad intelectual hasta tal punto que sea incapaz o imperfecto de determinar o expresar su voluntad al respecto o resistirse a sí misma, o que, fuera de la edad de 16 años, actúe fuera de la edad de dieciséis años, culpable de actos insoportables o denunciada de cometer o tolerar tales actos fuera del control efectivo de un tercero. (..)</p>
--	--

OBSERVACIONES

En noviembre de 2020 el Ministro de Justicia y Seguridad anunció la intención del Gobierno de modificar la legislación neerlandesa sobre violación para que toda relación sexual no consentida se defina como violación. En virtud de la ley actual, si no hay evidencia de coacción, el delito no se considera violación. Hasta la fecha la modificación no se ha llevado a cabo.

PORTUGAL	
CÓDIGO PENAL	CÓDIGO PENAL
<p>Artigo 164.º</p> <p><i>Violação</i></p> <p>1 - Quem constranger outra pessoa a:</p> <p>a) Praticar consigo ou com outrem cópula, coito anal ou coito oral; ou b) Praticar atos de introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de um a seis anos.</p> <p>2 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa:</p> <p>a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos; é punido com pena de prisão de três a dez anos.</p> <p>3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se como constrangimento qualquer meio, não previsto no número anterior, empregue para a prática dos atos referidos nas respetivas alíneas a) e b) contra a vontade cognoscível da vítima. (..)</p>	<p>Artículo 164</p> <p><i>Violación</i></p> <p>(..) 1 - El que obliga a otra persona a:</p> <p>a) Practicar coito consigo mismo o con otra persona, coito anal u oral; o b) Practicar actos de introducción vaginal, anal u oral de partes del cuerpo u objetos; es reprimido con pena privativa de libertad de uno a seis años.</p> <p>2 - El que por medio de violencia, amenaza grave o después con este fin le ha dejado inconsciente o le ha hecho incapaz de resistir, obliga a otra persona:</p> <p>a) a sufrir o practicar consigo mismo o con otros, la cópula , coito anal u oral; o b) Someterse a la introducción vaginal o anal de partes del cuerpo u objetos; es reprimido con pena privativa de libertad de tres a diez años.</p> <p>3 - A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, se entiende por coacción cualquier medio no previsto en el apartado anterior, utilizado para realizar los actos a que se refieren los respectivos incisos a) y b) contra la voluntad conocida de la víctima. (..)</p>
<p>Artigo 165.º</p> <p><i>Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência</i></p> <p>(..) 1 - Quem praticar acto sexual de relevo com pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, de opor resistência, aproveitando-se do seu estado ou incapacidade, é punido com pena de prisão de 6 meses a 8 anos.</p>	<p>Artículo 165</p> <p><i>Abuso sexual de una persona incapaz de resistir</i></p> <p>(..) 1 - El que realiza un acto sexual significativo con una persona inconsciente o incapaz, por cualquier otra razón, de oponer resistencia, aprovechándose de su estado o incapacidad, es reprimido con prisión de 6 meses a 8 años.</p>

<p>2 - Se o acto sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos, o agente é punido com pena de prisão de dois a dez anos. (..)</p>	<p>2 - Si el acto sexual de que se trata consiste en cópula, coito anal, u oral o introducción vaginal o anal de partes del cuerpo u objetos, el agente es sancionado con pena privativa de libertad de dos a diez años. (..)</p>
<p>Artigo 166.º</p> <p><i>Abuso sexual de pessoa internada</i></p> <p>(..) 1 - Quem, aproveitando-se das funções ou do lugar que, a qualquer título, exerce ou detém em:</p> <p>a) Estabelecimento onde se executem reacções criminais privativas da liberdade;</p> <p>b) Hospital, hospício, asilo, clínica de convalescença ou de saúde, ou outro estabelecimento destinado a assistência ou tratamento; ou</p> <p>c) Estabelecimento de ensino, centro educativo ou casa de acolhimento residencial; praticar ato sexual de relevo com pessoa que aí se encontre internada e que de qualquer modo lhe esteja confiada ou se encontre ao seu cuidado é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos.</p> <p>2 - Se o acto sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos, o agente é punido com pena de prisão de um a oito anos. (..)</p>	<p>Artículo 166</p> <p><i>Abuso sexual hospitalizado</i></p> <p>(..) 1 - Quien, aprovechando las funciones o el lugar que, a cualquier título, ejerza o desempeñe en:</p> <p>a) Establecimiento donde se lleven a cabo reacciones delictivas privativas de libertad;</p> <p>b) Hospital, hospicio, asilo, clínica de convalecencia o de salud u otro establecimiento destinado a la asistencia o tratamiento; o</p> <p>c) Establecimiento educativo, centro educativo o albergue residencial; la realización de un acto sexual mayor con una persona que allí se encuentre internada y que de cualquier forma le sea confiada o esté a su cuidado será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años.</p> <p>2 - Si el acto sexual de que se trata consiste en cópula, coito anal, u oral o introducción vaginal o anal de partes del cuerpo u objetos, el agente es sancionado con pena privativa de libertad de uno a ocho años. (..)</p>

OBSERVACIONES

El 6 de septiembre de 2019 se modificó el Código Penal para adaptarlo al Convenio de Estambul. Sin embargo, no se aprovechó la reforma para incidir en el concepto de consentimiento.

REINO UNIDO	
SEXUAL OFFENCES ACT 2003	LEY DE DELITOS SEXUALES 2003
<p>1. Rape</p> <p>(..) (1) A person (A) commits an offence if–</p> <p>a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis, b) B does not consent to the penetration, and c) A does not reasonably believe that B consents.</p> <p>(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.</p> <p>(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.</p> <p>(4) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life. (..)</p>	<p>1. Violación</p> <p>(..) 1) Una persona (A) comete un delito si:</p> <p>a) penetra intencionalmente en la vagina, el ano o la boca de otra persona (B) con su pene, b) B no da su consentimiento a la penetración, y c) A no cree razonablemente que B consiente.</p> <p>(2) Si una creencia es razonable debe determinarse teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidas las medidas que A haya tomado para determinar si B da su consentimiento.</p> <p>(3) Las secciones 75 y 76 se aplican a un delito en virtud de esta sección.</p> <p>(4) Una persona culpable de un delito en virtud de esta sección es responsable en caso de condena por acusación de prisión de por vida. (..)</p>
<p>2. Assault by penetration</p> <p>(..) (1) A person (A) commits an offence if–</p> <p>a) he intentionally penetrates the vagina or anus of another person (B) with a part of his body or anything else, b) the penetration is sexual, c) B does not consent to the penetration, and d) A does not reasonably believe that B consents.</p> <p>(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.</p> <p>(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.</p>	<p>2. Asalto con penetración</p> <p>(..) (1) Una persona (A) comete un delito si:</p> <p>a) penetra intencionalmente en la vagina o el ano de otra persona (B) con una parte de su cuerpo o cualquier otra cosa, b) la penetración es sexual, c) B no da su consentimiento a la penetración, y d) A no cree razonablemente que B consiente.</p> <p>(2) Si una creencia es razonable debe determinarse teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidas las medidas que A haya tomado para determinar si B da su consentimiento.</p> <p>(3) Las secciones 75 y 76 se aplican a un delito en virtud de esta sección.</p>

<p>(4) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life. (..)</p>	<p>(4) Una persona culpable de un delito en virtud de esta sección es responsable en caso de condena por acusación de prisión de por vida. (..)</p>
<p>3. Sexual assault</p> <p>(..) (1) A person (A) commits an offence if—</p> <p>a) he intentionally touches another person (B), b) the touching is sexual, c) B does not consent to the touching, and d) A does not reasonably believe that B consents.</p> <p>(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.</p> <p>(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.</p> <p>(4) A person guilty of an offence under this section is liable—</p> <p>a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both; b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years. (..)</p>	<p>3. Agresión sexual</p> <p>(..) (1) Una persona (A) comete un delito si:</p> <p>a) toca intencionalmente a otra persona (B), b) el tacto es sexual, c) B no da su consentimiento para tocar, y d) A no cree razonablemente que B consiente.</p> <p>(2) Si una creencia es razonable debe determinarse teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidas las medidas que A haya tomado para determinar si B da su consentimiento.</p> <p>(3) Las secciones 75 y 76 se aplican a un delito en virtud de esta sección.</p> <p>(4) Una persona culpable de un delito en virtud de esta sección es responsable:</p> <p>a) en caso de condena sumaria a prisión por un período no superior a 6 meses o a una multa que no exceda el máximo legal o ambas; b) en caso de condena por acusación a prisión por un período no superior a 10 años. (..)</p>
<p>74. "Consent"</p> <p>(..) For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice. (..)</p>	<p>74. "Consentimiento"</p> <p>(..) A los efectos de esta Parte, una persona da su consentimiento si está de acuerdo por elección, y tiene la libertad y la capacidad de tomar esa decisión. (..)</p>

<p>75. Evidential presumptions about consent</p> <p>(..) (1) If in proceedings for an offence to which this section applies it is proved—</p> <p>a) that the defendant did the relevant act, b) that any of the circumstances specified in subsection (2) existed, and c) that the defendant knew that those circumstances existed,</p> <p>the complainant is to be taken not to have consented to the relevant act unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he consented, and the defendant is to be taken not to have reasonably believed that the complainant consented unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he reasonably believed it.</p> <p>(2) The circumstances are that—</p> <p>a) any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, using violence against the complainant or causing the complainant to fear that immediate violence would be used against him; b) any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, causing the complainant to fear that violence was being used, or that immediate violence would be used, against another person; c) the complainant was, and the defendant was not, unlawfully detained at the time of the relevant act; d) the complainant was asleep or otherwise unconscious at the time of the relevant act; e) because of the complainant’s physical disability, the complainant would not have been able at the time of the relevant act to communicate to the defendant whether the complainant consented;</p>	<p>75. Presuposiciones de consentimiento</p> <p>(..) (1) Si en los procedimientos por un delito al que se aplica esta sección se demuestra:</p> <p>a) que el acusado hizo el acto pertinente, b) que existía cualquiera de las circunstancias especificadas en la subsección (2), y c) que el acusado sabía que existían esas circunstancias,</p> <p>se debe considerar que el demandante no ha dado su consentimiento al acto pertinente a menos que se presenten pruebas suficientes para plantear una cuestión de si consintió, y se debe considerar que el acusado no ha creído razonablemente que el demandante dio su consentimiento a menos que se presenten pruebas suficientes para plantear la cuestión de si lo creía razonablemente.</p> <p>(2) Las circunstancias son que-</p> <p>a) cualquier persona en el momento del acto pertinente, o inmediatamente antes de que comenzara, estaba usando violencia contra el demandante o haciendo que el demandante temiera que se usara violencia inmediata contra él; b) cualquier persona en el momento del acto pertinente, o inmediatamente antes de que comenzara, estaba causando al demandante temor a que se estuviera utilizando violencia, o que se usara violencia inmediata, contra otra persona; c) el demandante estaba, y el acusado no, detenido ilegalmente en el momento del acto pertinente; d) el demandante estaba dormido o inconsciente en el momento del acto pertinente; e) debido a la discapacidad física del demandante, éste no habría podido en el momento del acto pertinente comunicar al demandado si el demandante había dado su consentimiento;</p>
---	--

<p>f) any person had administered to or caused to be taken by the complainant, without the complainant's consent, a substance which, having regard to when it was administered or taken, was capable of causing or enabling the complainant to be stupefied or overpowered at the time of the relevant act.</p> <p>(3) In subsection (2)(a) and (b), the reference to the time immediately before the relevant act began is, in the case of an act which is one of a continuous series of sexual activities, a reference to the time immediately before the first sexual activity began. (..)</p>	<p>f) cualquier persona que hubiera administrado o causado que el demandante tomara, sin el consentimiento del demandante, una sustancia que, teniendo en cuenta cuándo se administró o tomó, era capaz de causar o permitir que el demandante fuera atado o dominado en el momento del acto pertinente.</p> <p>(3) En la subsección (2)(a) y (b), la referencia al tiempo inmediatamente antes de que comenzara el acto relevante es, en el caso de un acto que es uno de una serie continua de actividades sexuales, una referencia al tiempo inmediatamente anterior al inicio de la primera actividad sexual. (..)</p>
---	--

OBSERVACIONES

Reemplazó la Ley de delitos sexuales de 1956 y se aplica a Inglaterra y Gales. Escocia e Irlanda del Norte tienen leyes equivalentes.

Anteriormente, la violación no incluía la penetración de la boca. La norma también cambia la forma en que se puede probar la falta de consentimiento y sus artículos 75 y 76 enumeran las circunstancias en las que se puede presumir la falta de consentimiento.

Este delito se establece por separado, porque la violación requiere la penetración del pene. Por lo tanto, la penetración sexual no consentida de la vagina o del ano con otra parte del cuerpo (como los dedos) o con un objeto debe ser procesada bajo esta sección. La sección 2 refleja fielmente la definición de violación de la sección 1, incluida la misma pena máxima (cadena perpetua), pero no incluye la penetración de la boca y conlleva el requisito adicional de que "*la penetración es sexual*"; es decir, realizada con el propósito de la gratificación sexual del agresor o de la humillación sexual de la víctima.

SUECIA	
BROTTSBALK	CÓDIGO PENAL SUECIA
<p>1 §</p> <p><i>/Träder i kraft l:2022-08-01/</i></p> <p>(..) Den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför ett vaginalt, analt eller oralt samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, döms för våldtäkt till fängelse i lägst tre och högst sex år. Detsamma gäller den som förmår en person som inte deltar frivilligt att företa eller tåla en sådan handling. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte ska det särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. En person kan aldrig anses delta frivilligt om</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. deltagandet är en följd av misshandel, annat våld eller hot om brottslig gärning, hot om att åtala eller ange någon annan för brott eller hot om att lämna ett menligt meddelande om någon annan, 2. gärningsmannen otillbörligt utnyttjar att personen på grund av medvetlöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation, eller 3. gärningsmannen förmår personen att delta genom att allvarligt missbruka att personen står i beroendeställning till gärningsmannen. <p>Om brottet är mindre grovt, döms till fängelse i lägst sex månader och högst fyra år.</p>	<p>Sección 1</p> <p><i>/Entra en vigor l:2022-08-01/</i></p> <p>(..) El que, con persona que no participe voluntariamente, celebre relaciones vaginales, anales, orales u otro acto sexual que, habida cuenta de la gravedad de la infracción, sea comparable al coito, es condenado por violación a una pena de prisión de un mínimo de tres y un máximo de seis años. Lo mismo se aplica a cualquiera que induzca a una persona que no participa voluntariamente a cometer o soportar tal acto. Al evaluar si una participación es voluntaria, o no, se debe prestar especial atención a si la voluntariedad se ha expresado a través de palabras o acciones o de otras maneras. Nunca se puede considerar que una persona participa voluntariamente si</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. la participación es consecuencia de agresión, otro tipo de violencia o amenaza de acto delictivo, amenaza de enjuiciar o denunciar a otra persona por un delito o amenaza de dejar un mensaje malicioso sobre otra persona, 2. el perpetrador se aprovecha indebidamente de la persona debido a pérdida del conocimiento, sueño, miedo grave, intoxicación u otros efectos de drogas, enfermedad, lesiones corporales, trastorno mental o de otra manera, teniendo en cuenta las circunstancias, se encuentra en una situación particularmente vulnerable, o 3. el autor induce a la persona a participar abusando gravemente del hecho de que la persona depende del perpetrador. <p>Si el delito es menos grave, la pena es de prisión de un mínimo de seis meses y un máximo de cuatro años.</p>

<p>Om ett brott som avses i första stycket är grovt, döms för grov våldtäkt till fängelse i lägst fem och högst tio år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om gärningsmannen har använt våld eller hot som varit av särskilt allvarlig art eller om fler än en förgräp sig på offret eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller offrets låga ålder eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet. Lag (2022:1043).</p> <p>1 a § Den som begår en gärning som avses i 1 § och är grovt oaktsam beträffande omständigheterna att den andra personen inte deltar frivilligt, döms för oaktsam våldtäkt till fängelse i högst fyra år.</p> <p>Om gärningen med hänsyn till omständigheterna är mindre allvarlig, ska det inte dömas till ansvar. Lag (2018:618). (..)</p>	<p>Si un delito a que se refiere el primer párrafo es grave, la violación grave se castiga con una pena de prisión de un mínimo de cinco y un máximo de diez años. Al evaluar si el delito es grave, se debe tener en cuenta en particular si el perpetrador ha utilizado violencia o amenazas que fueron de una naturaleza particularmente grave o si más de uno agredió a la víctima o participó de otra manera en el abuso o si el perpetrador, teniendo en cuenta el enfoque o la corta edad de la víctima o de otra manera mostró particular imprudencia o crudeza. Ley (2022:1043)</p> <p>§ 1 a Quien comete un acto mencionado en el § 1 y es gravemente negligente con respecto al hecho de que la otra persona no participe voluntariamente, es condenado por violación negligente a una pena de prisión de un máximo de cuatro años.</p> <p>Si el hecho fuere menos grave atendiendo a las circunstancias, no será responsable. Ley (2018:618) (..)</p>
<p>2 §</p> <p>/Träder i kraft l:2022-08-01/</p> <p>(..) Den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför en annan sexuell handling än som avses i 1 §, döms för sexuellt övergrepp till fängelse i lägst sex månader och högst två år. Detsamma gäller den som förmår en person som inte deltar frivilligt att företa eller tåla en sådan handling. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte tillämpas 1 § första stycket tredje och fjärde meningarna.</p> <p>Om brottet är mindre grovt, döms till fängelse i högst ett år.</p>	<p>Sección 2</p> <p>/Entra en vigor l:2022-08-01/</p> <p>(..) El que, con una persona que no participe voluntariamente, realice un acto sexual distinto del previsto en la Sección 1, será condenado por agresión sexual a pena privativa de libertad mínima de seis meses y un máximo de dos años. Lo mismo se aplica a cualquiera que induzca a una persona que no participa voluntariamente a cometer o soportar tal acto. Al evaluar si una participación es voluntaria o no, se aplica la Sección 1, párrafo primero, oraciones tercera y cuarta</p> <p>Si el delito es menos grave, la pena es de prisión por un máximo de un año.</p>

<p>Om brottet är grovt, döms för grovt sexuellt övergrepp till fängelse i lägst ett och högst sex år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om gärningsmannen har använt våld eller hot som varit av särskilt allvarlig art eller om fler än en förgripit sig på offret eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller offrets låga ålder eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet. Lag (2022:1043)(..)</p>	<p>Si el delito es grave, la agresión sexual grave se castiga con una pena de prisión mínima de uno y máxima de seis años. Al evaluar si el delito es grave, se debe tener en cuenta en particular si el perpetrador ha utilizado violencia o amenazas que fueron de una naturaleza particularmente grave o si más de uno agredió a la víctima o participó de otra manera en el abuso o si el perpetrador, teniendo en cuenta el enfoque o la corta edad de la víctima o de otra manera mostró particular imprudencia o crudeza. Ley (2022:1043) (..)</p>
<p>3 §</p> <p>(..) Den som begår en gärning som avses i 2 § och är grovt oaktsam beträffande omständigheten att den andra personen inte deltar frivilligt, döms för oaktsamt sexuellt övergrepp till fängelse i högst fyra år. Om gärningen med hänsyn till omständigheterna är mindre allvarlig, ska det inte dömas till ansvar. Lag (2018:618) (..)</p>	<p>Sección 3</p> <p>(..) Quien comete un acto mencionado en el § 2, y es gravemente negligente con respecto al hecho de que la otra persona no participe voluntariamente, es condenado por agresión sexual negligente a pena privativa de libertad de un máximo de cuatro años.</p> <p>Si el hecho fuere menos grave atendiendo a las circunstancias no será responsable. Ley (2018:618) (..)</p>

OBSERVACIONES

Lo significativo del Código Penal sueco es que, además de poner el acento en el consentimiento como núcleo central del tipo delictivo, deja tasado cuando se debe considerar que una persona no participa voluntariamente, restringiendo la interpretación de los tribunales.

La última reforma del Código Penal sueco en materia de delitos contra la libertad sexual ha tenido lugar en 2022 (entrada en vigor 01/08/22). Esta modificación sustituye los términos “*relaciones sexuales u otro acto sexual*” por relaciones vaginales, anales, orales u otro acto sexual comparable al coito, incrementando la pena mínima de 2 a 3 años. Además, incluye la figura del inductor a cometer o soportar el acto a alguien que no participa voluntariamente imponiendo la misma pena. Asimismo, si se considera el delito menos grave se establece un mínimo de 6 meses de pena (en la regulación anterior no se fija mínimo y sí un máximo de 4 años).

Tal y como está configurado actualmente, la existencia de violencia o amenazas son constitutivas de agravante, considerando al delito grave incrementándose las penas.

SUIZA	
CODE PENAL	CÓDIGO PENAL
<p><i>Viol</i></p> <p>Art. 190</p> <p>(..) 1. Celui qui, notamment en usant de menace ou de violence, en exerçant sur sa victime des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, aura contraint une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de un à dix ans.</p> <p>3. Si l'auteur a agi avec cruauté, notamment s'il a fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, la peine sera la peine privative de liberté de trois ans au moins. (..)</p> <p>Actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance</p>	<p><i>Violación</i></p> <p>Artículo 190</p> <p>(..) 1. El que obligue a una persona del sexo femenino a tener una relación carnal, en particular mediante amenazas o violencia, ejerciendo sobre ella presión psíquica o haciéndola incapaz de resistir, será castigado con la pena de prisión de uno a diez años.</p> <p>3. Si el infractor ha actuado con crueldad, especialmente si ha utilizado un arma peligrosa u otro objeto peligroso, la pena es una pena de prisión no menor de tres años. (..)</p>
<p><i>Actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance</i></p> <p>Art. 191 (U1)</p> <p>(..) Celui qui, sachant qu'une personne est incapable de discernement ou de résistance, en aura profité pour commettre sur elle l'acte sexuel, un acte analogue ou un autre acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire. (..)</p>	<p><i>Actos sexuales con personas incapaces de discernir o incapaces de resistir</i></p> <p>Artículo 191</p> <p>(..) El que, conociendo y explotando su estado, se une carnalmente o realiza un acto análogo a la conjunción carnal u otro acto sexual con una persona incapaz de discernir o incapaz de resistir, será castigado con pena privativa de libertad hasta de diez años o con pena pecuniaria. (..)</p>
<p><i>Actes d'ordre sexuel avec des personnes hospitalisées, détenues ou prévenues</i></p> <p>Art. 192</p>	<p><i>Actos sexuales con personas hospitalizadas, detenidas o imputadas</i></p> <p>Artículo 192</p>

<p>(..) 1. Celui qui, profitant d'un rapport de dépendance, aura déterminé une personne hospitalisée, internée, détenue, arrêtée ou prévenue, à commettre ou à subir un acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.</p> <p>2. Si la victime a contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré avec l'auteur, l'autorité compétente pourra renoncer à le poursuivre, à le renvoyer devant le tribunal ou à lui infliger une peine. (..)</p>	<p>(..) 1. El que, aprovechándose de una relación de dependencia, induzca a una persona hospitalizada o internada, detenida, encarcelada o acusada a realizar o sufrir un acto sexual será castigado con pena privativa de libertad hasta de tres años o con pena pecuniaria.</p> <p>2. Si la víctima ha contraído matrimonio o unión registrada con el infractor, la autoridad competente podrá prescindir de la acción penal, acusación o sanción. (..)</p>
<p><i>Abus de la détresse</i></p> <p>Art. 193</p> <p>1 Celui qui, profitant de la détresse où se trouve la victime ou d'un lien de dépendance fondé sur des rapports de travail ou d'un lien de dépendance de toute autre nature, aura déterminé celle-ci à commettre ou à subir un acte d'ordre sexuel sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.</p> <p>2 Si la victime a contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré avec l'auteur, l'autorité compétente pourra renoncer à le poursuivre, à le renvoyer devant le tribunal ou à lui infliger une peine.</p>	<p><i>Abuso de estado de necesidad</i></p> <p>Artículo 193</p> <p>(..) 1. El que, aprovechándose del estado de necesidad o aprovechándose de las relaciones de trabajo o en cualquier caso de dependencia, haga que una persona realice o sufra un acto sexual, es castigado con la pena privativa de libertad de hasta tres años o con la pena pecuniaria.</p> <p>2. Si la víctima ha contraído matrimonio o unión registrada con el infractor, la autoridad competente podrá prescindir de la acción penal, acusación o sanción.(..)</p>

OBSERVACIONES

Actualmente, se encuentra en tramitación una nueva normativa en relación al Código Penal y la agresión sexual, por la que se pretende ampliar el delito de violación a los actos de agresión sexual cometidos sin el consentimiento de la víctima, aun cuando no exista violencia o intimidación. En abril de 2022 el Consejo de Estado informó favorablemente en relación con llevar a cabo esta reforma, que inició su tramitación en el año 2020.

5. LA VIOLENCIA SEXUAL A NIVEL ESTATAL

5.1. FACTORES SOCIOLÓGICOS EN RELACIÓN CON LAS AGRESIONES SEXUALES

Las agresiones sexuales han sido tratadas de distinto modo a lo largo de la historia. Inicialmente, la protección que se ejercía era la tutela a la honestidad. Se consideraba que la mujer, con motivo de su status social, pertenecía al marido, al padre, etcétera. Se podía pertenecer a una orden religiosa como monja o ser madre, y por supuesto, era peligroso para las mujeres ejercer la sexualidad fuera del ámbito del matrimonio. Las mujeres “solas” eran consideradas una amenaza para la moralidad.

El marido gozaba por su estatus de la disponibilidad del cuerpo de su mujer. La violación suponía una afrenta al marido, a su honra, a su derecho en exclusiva y si la mujer era soltera era una deshonra para el padre.

El recato y la reserva sexual eran valores que se exigían a las mujeres; y en caso de agresión sexual, se sometía a la mujer al escrutinio de sus costumbres y de su actitud y era expuesta a una degradación social. Aunque saliera indemne su reputación, y se condenase al autor de la agresión, la mujer víctima quedaba devaluada tras la agresión, por lo que numerosas mujeres cuando la sufrían no lo manifestaban para no tener que justificar su actitud, que con toda probabilidad iba a ser cuestionada.

Aunque la situación ha cambiado en la sociedad, este planteamiento se ha arrastrado hasta nuestros días. Muchas mujeres, incluso, llegan a cuestionarse si han sido ellas las culpables de que fueran agredidas. Esto hace que, en muchos casos, no relaten el ataque sufrido o nieguen la realidad de la agresión y pretendan olvidarlo. A veces sólo lo cuentan a alguien cercano, una amiga, un familiar; pero no interponen denuncia o lo cuentan tras años después.

Como se ha manifestado a lo largo del estudio, existe una cifra muy importante de datos ocultos o invisibles, que no afloran ni siquiera en las encuestas. Nadie los denuncia. Por tanto, no pueden contabilizarse ni obtener información certera de su existencia a través de las encuestas generales a la población. En ocasiones, se vislumbra su existencia a través de investigaciones de profesionales, como puedan ser los psicológicos en profundidad.

Desde aquí, analizaremos los distintos informes existentes en relación con estas agresiones, teniendo en cuenta que los datos manejados son la punta de un iceberg, ya que en muchas ocasiones, como hemos dicho, no van a aflorar las agresiones sexuales.

5.1.1. LA MACROENCUESTA DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER 2019

Es la encuesta más relevante en esta materia que se realiza en España. Nos acerca a la situación sociológica de este tipo de violencia, aunque como decíamos al inicio, va a seguir existiendo una cifra oculta, pues en algunos casos, las mujeres no se van a reconocer como víctimas de esta tipología delictiva en una encuesta.

Los últimos datos publicados son de 2019 y en relación con la agresión sexual, se trata la violencia sexual dentro de la pareja, la violencia sexual fuera de la pareja y acoso sexual. Además, se hace una referencia específica a estos tipos de violencia en mujeres mayores de 65 años, nacidas en el extranjero y residentes en municipios de pequeño tamaño:

- Los datos revelan que **el 8,9% de mujeres mayores de 16 años han sufrido violencia sexual de alguna pareja, ya sea la actual o pasada, en algún momento de su vida.**
- Las mujeres que tenían pareja en el momento de realizar la encuesta afirmaban haber sufrido violencia sexual de esa pareja en 1,9%.
- Dentro de las mujeres nacidas en el extranjero es mayor la prevalencia de haber sufrido violencia sexual de alguna pareja siendo el 14,6% ¹¹. También destaca esta situación de mayor prevalencia en mujeres que tiene una discapacidad acreditada igual o superior al 33%, alcanzando el 14,8%.

¹¹ Pág. 29 https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf

- **El 6,5% de las mujeres han sufrido violencia sexual en algún momento de su vida por alguna persona con la que no mantenían ni habían mantenido una relación de pareja.** El 1,4% en los últimos cuatro años y el 0,5% en los últimos 12 meses.
- El 3,4% del total de las mujeres ha sufrido violencia sexual fuera del ámbito de la pareja antes de cumplir los 15 años de edad.
- Un 2,2% del total de las mujeres de 16 o más años ha sido violada alguna vez en su vida¹².
- La forma de violencia sexual más mencionada son los tocamientos no deseados, que se citan en 70,5%.
- Destaca que el 12,4% de las mujeres, que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja, manifiesta que en alguna de las agresiones sexuales participó más de una persona. Este porcentaje es mayor, el 17,3%, entre las mujeres que han sufrido una violación ¹³.
- **El 13,7% de las mujeres que han sufrido algún tipo de violencia sexual afirman haber sido violadas cuando estaban bajo los efectos del alcohol o las drogas.** Lo que supone el 0,9% de las mujeres de 16 o más años.
- Sólo el **8% de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja ha denunciado alguna de estas agresiones en la Policía, la Guardia Civil o el Juzgado.** Este porcentaje se eleva al **11,1% si se tienen en cuenta también las denuncias interpuestas por otra persona o institución;** cifra, no obstante, que sigue siendo insignificante.
- Cuando se pregunta a las mujeres los **motivos por los cuales no interpusieron una denuncia** manifiestan:
 - a) El 35,4 % que era una niña. Se eleva al 40,2% cuando sufre una violación.
 - b) Un 30,5% por no conceder importancia a lo sucedido.
 - c) Un 25,9% por vergüenza, que sube 40,3% cuando sufre una violación.

¹² Pág. 153 https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf

¹³ Pág. 162 https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf

- d) Un 22,1% porque la agresión sucedió *“en otros tiempos en los que no se hablaba de estas cosas”*.
- e) Un 20,8% por temor a no ser creída. Aumenta al 36,5% cuando sufre una violación.
- f) En casos de violación el 23,5% expresa miedo al agresor.

En cuanto al **delito de acoso sexual**, la Macroencuesta preguntaba por una serie de comportamientos no deseados y con una connotación sexual: miradas insistentes o lascivas, contacto físico no deseado, exhibicionismo, envío de imágenes o fotos sexualmente explícitas que le hayan hecho sentirse ofendida, humillada o intimidada a la mujer, por citar algunos ejemplos.

- Del total de mujeres de 16 años o más, residentes en España, el 40,4% (8.240.537) ha sufrido acoso sexual en algún momento de sus vidas. El 10,2% (2.071.764) ha padecido este acoso en los 12 meses previos a la encuesta.
- Un 18,5% (3.778.356) del total de mujeres de 16 años o más, residentes en España, ha sufrido acoso sexual en la infancia (antes de cumplir los 15 años).
- El 74,9% de las mujeres que han padecido acoso sexual (30,3% de las mujeres de 16 o más años) refieren haber sufrido miradas insistentes o lascivas, que les han hecho sentirse intimidadas. El 40,4% (suponen 17,5% de las que tienen 16 o más años) han tenido contacto físico no deseado como por ejemplo: proximidad innecesariamente cercana, tocamientos de partes de su cuerpo o besos, etcétera.
- En las Islas Baleares, el porcentaje de mujeres que han sufrido violencia sexual en algún momento de su vida por alguna persona con la que no mantenía ni había mantenido una relación de pareja sube al 10%, frente al 6,5% general ¹⁴.

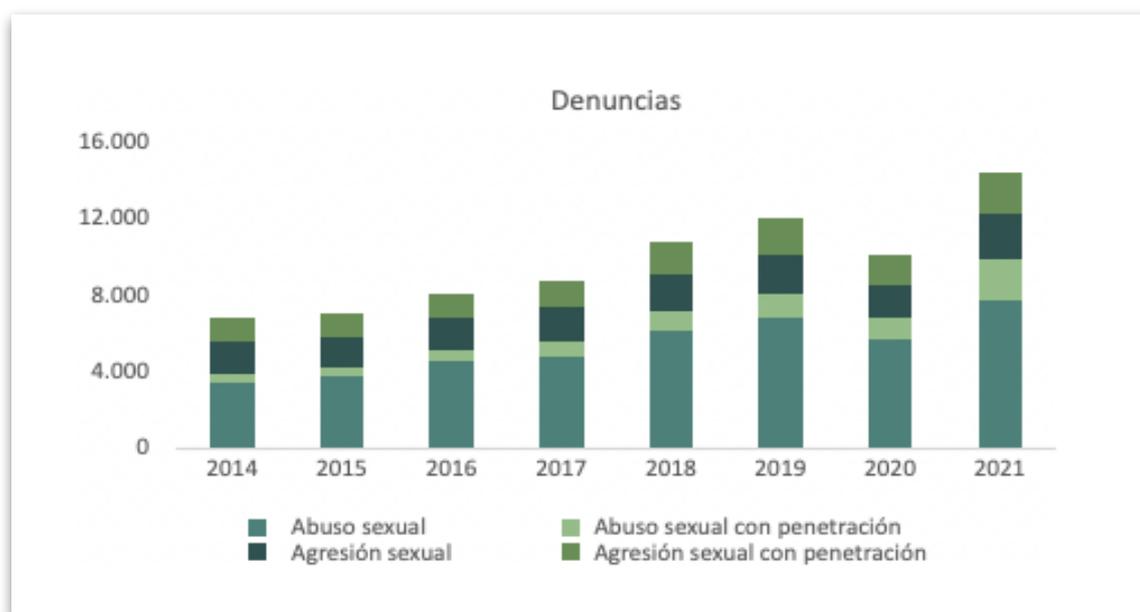
5.1.2. INFORME SOBRE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL (2021)

El Ministerio del Interior elabora un informe con las cifras de los delitos denunciados por agresión sexual. En este documento, el último correspondiente al año 2021, se observa la

¹⁴ Pág. 321 https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf

tendencia al alza en las denuncias presentadas desde el 2014 (9.468) hasta 2021 (17.016). Si bien es cierto que en 2020 (13.174) disminuyen, hay que tener en cuenta las restricciones de movilidad, y otras medidas excepcionales, adoptadas a causa de la pandemia COVID-19. De hecho, se observa un fuerte descenso en las denuncias de hechos cometidos en espacios abiertos: en 2019 supusieron 3.730, en 2020 disminuyen a 798 y en 2021 fueron 1.106. En 2021 se aprecia un aumentando aun cuando todavía se registra un menor número de denuncias con respecto a 2019, debido a esa limitación de movilidad. Asimismo, aumentan considerablemente los hechos denunciados cometidos en las viviendas y anexos: en 2019 se registraron 6.362 casos; en 2020, 7.742; y en 2021, 9.559. Estos datos confirman una tendencia al alza año tras año.

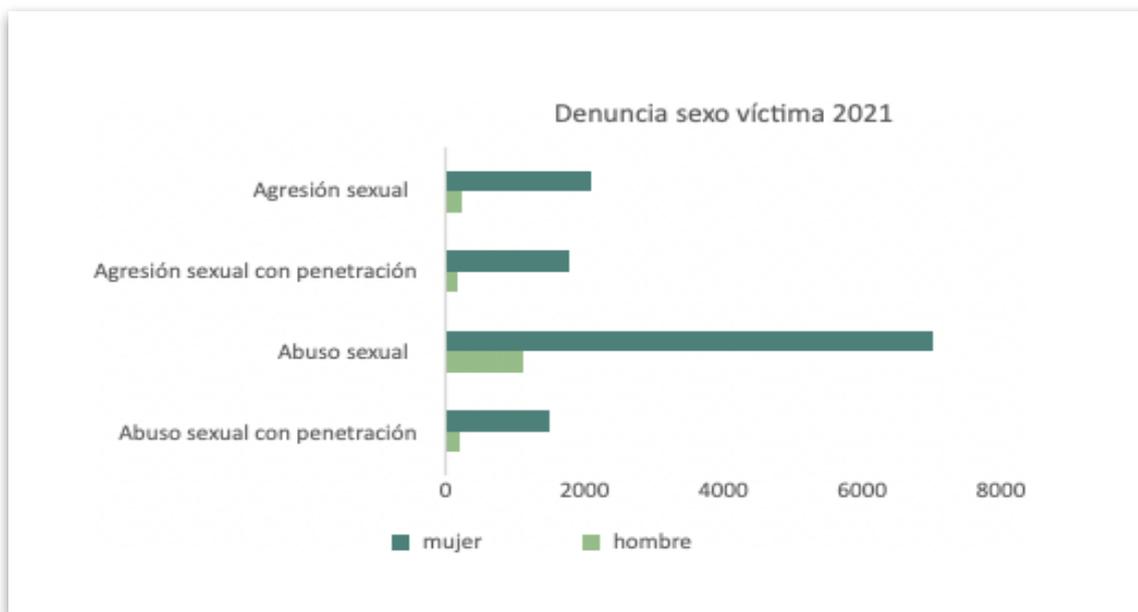
- Observamos que el grueso de las agresiones sexuales denunciadas aparece como abusos sexuales o agresiones sexuales con violencia o intimidación. En 2021 representaron el 84,31% de todos los hechos de agresión sexual denunciados. Igualmente, vemos el incremento porcentual de este tipo de denuncias con respecto a los hechos denunciados, con la salvedad del año 2020.



- El número de personas detenidas o investigadas por estos delitos oscila entre el 58% y el 64%, con respecto al número de denuncias interpuestas. Se observa una disminución durante el 2021, que alcanza un 60,19%.



- En una proporción elevada la víctima es una mujer: un 86,19 % de las víctimas son mujeres en 2021; el 87,57% en 2020; y un 87,80% ¹⁵ en 2019.

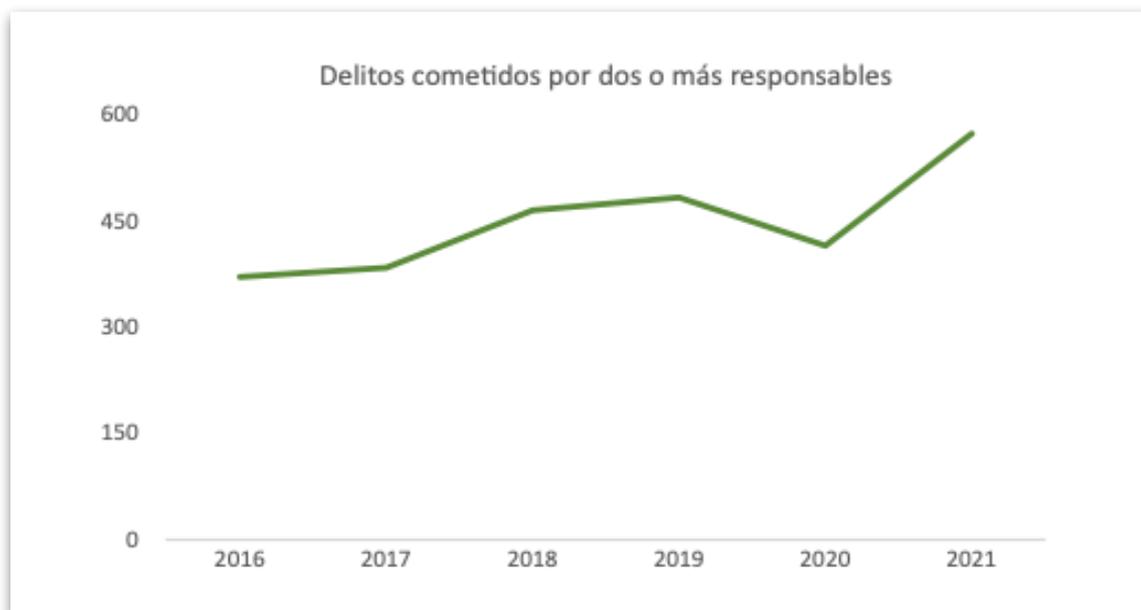


- Las agresiones se producen a parejas o exparejas en un 3,9%; en un 8,2% dentro de la familia excluida la relación paraje o ex pareja; en un 15,4% personas conocidas dentro de

¹⁵ Se han despreciado aquellas que no se refleja el sexo, que son casos excepcionales. Datos "Informes sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España Ministerio del Interior 2021" pág. 16, 2020 pág. 28 y 2019 pág. 16

los ámbitos de amistad, laboral, escolar, vecindad, etcétera; y en un 69% ¹⁶ por personas desconocidas.

- Los delitos denunciados en los que participa más de una persona han ido aumentando año tras año salvo en 2020, como refleja el gráfico siguiente:



Como se aprecia, los delitos denunciados en los que participa más de una persona han aumentado en 2018 y 2019; en 2020 experimentaron un descenso, disminución que no podemos valorar por la circunstancia excepcional de la restricción de movilidad; y en 2021 se experimenta sufriendo un repunte notable.

- En 2021 en las Islas Baleares los hechos denunciados ascendieron a 777. Existe una tasa de denuncia de 6,6 por cada 10.000 habitantes. Fueron 494 personas detenidas o investigadas por estos hechos.

En 2019 en las Islas Baleares los hechos denunciados fueron 743 y en 2020, 520. En 2019 su tasa de denuncia es de 6,5 por cada 10.000 habitantes; y 2020 de 4,4. En este año fueron 395 personas detenidas o investigadas por estos hechos; y en 2020, 285 personas.

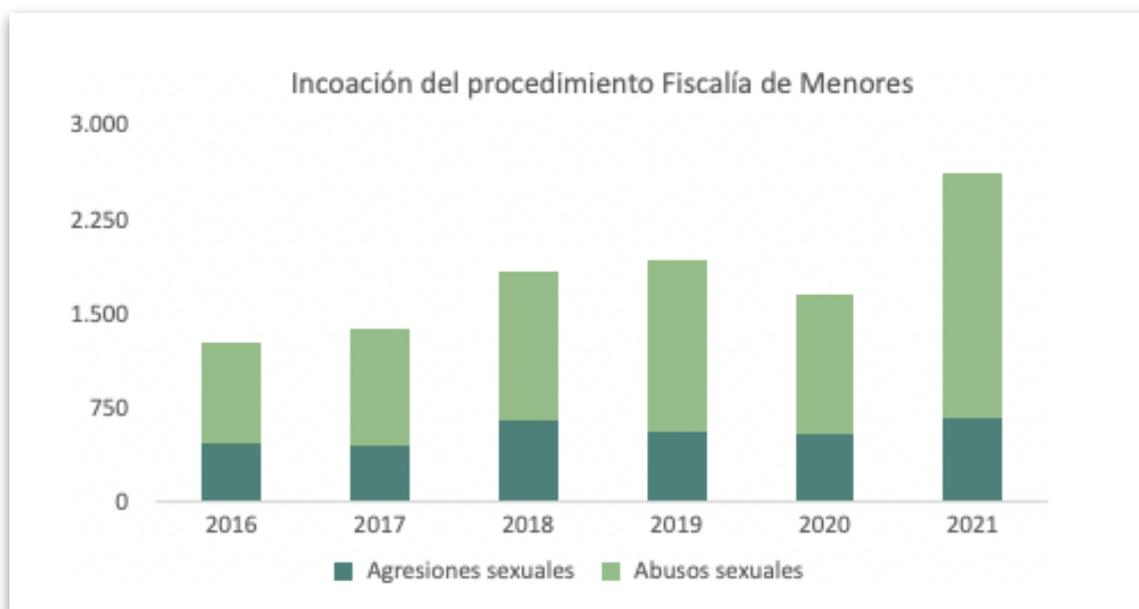
En los últimos tres años las Islas Baleares fue la Comunidad Autónoma donde más denuncias se presentaron por agresiones sexuales en proporción a sus habitantes. En 2021 los hechos cometidos por más de una persona fueron 146. Su tasa de denuncia es

¹⁶ Datos informe 2021 pág. 19

de 0,30 por cada 10.000 habitantes, tasa mayor que en 2020. En este año los hechos cometidos por más de una persona ascendieron a 111 y su tasa de denuncia es de 0,27 por cada 10.000 habitantes. En el 2019 la cifra fue menor, 97; su tasa por cada 10.000 habitantes es de 0,23. Se aprecia una tendencia al alza de este tipo de agresiones.

5.1.3. MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2021

La Fiscalía en su Memoria revela, también, un aumento de los delitos de agresión sexual, año tras año, salvo el descenso coyuntural de 2020 ¹⁷.

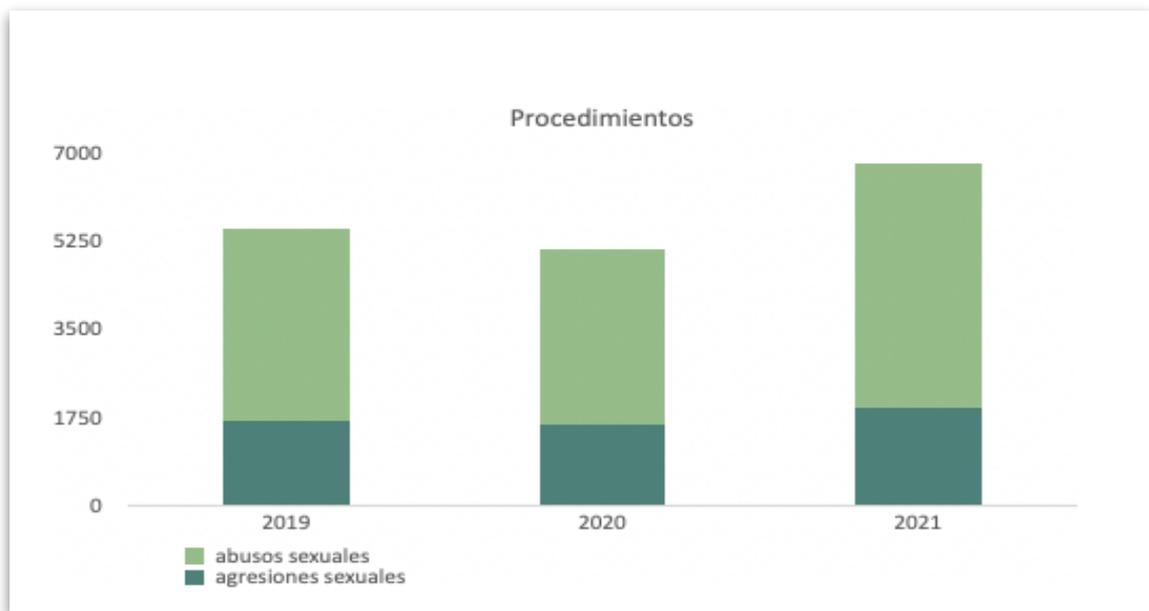


- Como vemos, las cifras de incoación de procedimientos que nos traslada la Fiscalía de Menores son cada vez más altas. Sin embargo, en la propia Memoria se indica como la investigación no es fácil y como se llevan a juicio abundantes casos que se iniciaron como agresión sexual y se acaban calificando por la Fiscalía como abusos. Se manifiesta que no son infrecuentes los casos que se archivan previamente a llegar a juicio y las sentencias absolutorias por falta de pruebas, al margen de la aplicación del artículo 183 quarter del Código Penal ¹⁸.

¹⁷ Pág. 779 [https://www.fiscal.es/documents/20142/0/MEMFIS22+\(1\).pdf/6573e7b3-f1e6-d3e6-2b0b-f07123e41c0a?t=1662544190402](https://www.fiscal.es/documents/20142/0/MEMFIS22+(1).pdf/6573e7b3-f1e6-d3e6-2b0b-f07123e41c0a?t=1662544190402)

¹⁸ Pág. 780 [https://www.fiscal.es/documents/20142/0/MEMFIS22+\(1\).pdf/6573e7b3-f1e6-d3e6-2b0b-f07123e41c0a?t=1662544190402](https://www.fiscal.es/documents/20142/0/MEMFIS22+(1).pdf/6573e7b3-f1e6-d3e6-2b0b-f07123e41c0a?t=1662544190402)

- Si sumamos los procedimientos incoados por esta materia, tanto en Fiscalía de Menores como las causas que fueron calificadas por la Fiscalía en los juzgados y tribunales ordinarios, vemos que las cifras de los procedimientos en relación con las denuncias interpuestas bajan en un porcentaje elevado. Incluso si solo lo comparamos con los casos que existe una persona investigada o detenida por estos hechos. Pese a que existe un aumento porcentual anual en este tipo de delitos, que la Fiscalía cifra en un 10% interanual ¹⁹.



5.1.4. ESTADÍSTICA DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE)

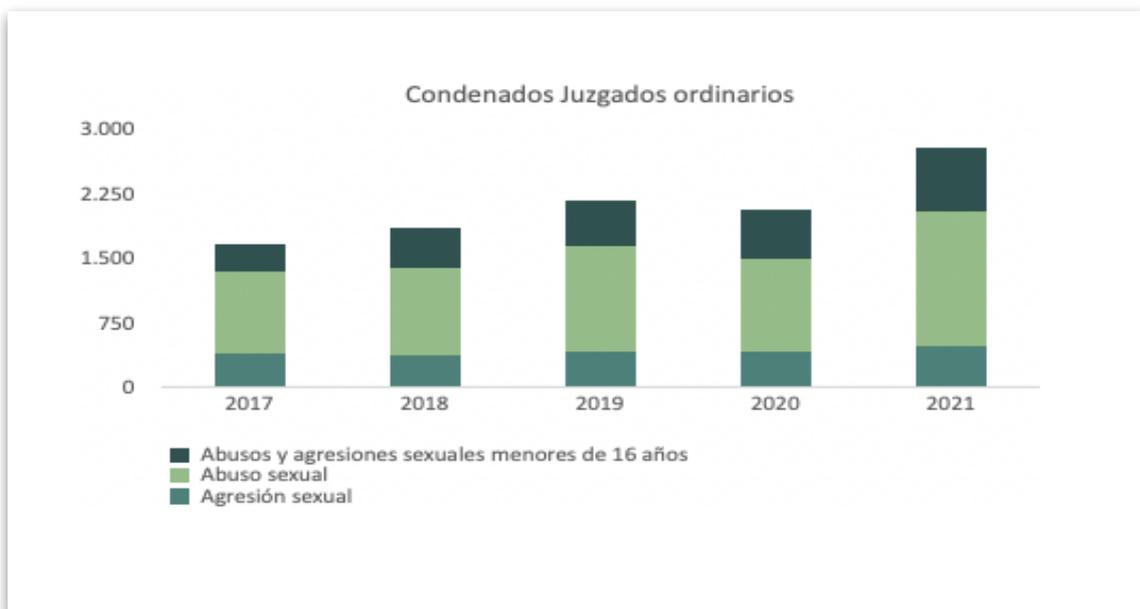
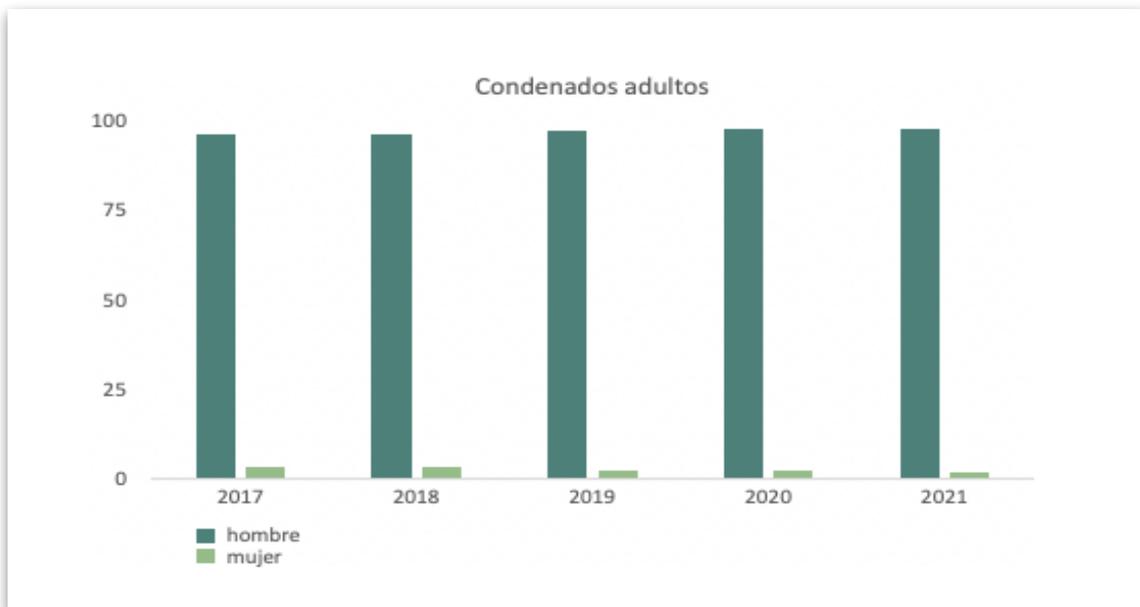
La estadística de condenados por delitos sexuales es elaborada por el INE a partir de la información procedente del Registro Central de Delincuentes Sexuales, cuya titularidad corresponde al Ministerio de Justicia, y corresponden a los condenados por agresiones sexuales.

Los datos varían con respecto a los datos por el Ministerio del Interior y por la Fiscalía General del Estado. En este caso, los delitos de agresión sexual y abuso a menores de 16 años se ofrecen de forma conjunta, y, por un lado, se dan los datos de las sentencias de los tribunales ordinarios y, por otro, los condenados en juzgados de menores.

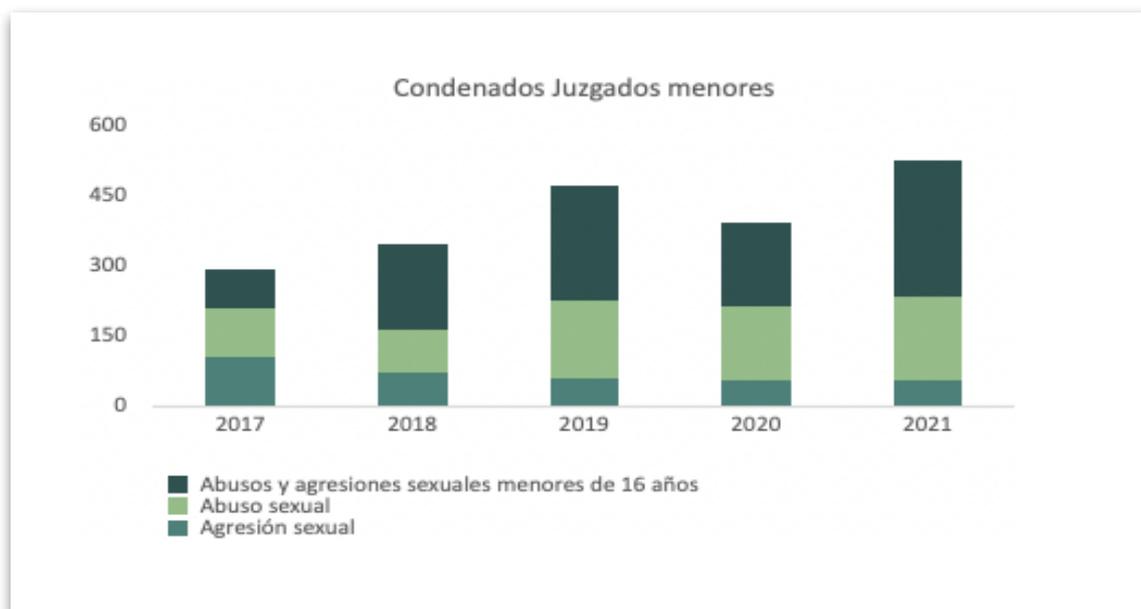
- De las cifras de 2021, se observa que el condenado por este tipo de delitos es un hombre (el 97,9%). Esta tendencia se mantiene con respecto a las denuncias y se observa un

¹⁹ Pág. 1041 [https://www.fiscal.es/documents/20142/0/MEMFIS22+\(1\).pdf/6573e7b3-f1e6-d3e6-2b0b-f07123e41c0a?t=1662544190402](https://www.fiscal.es/documents/20142/0/MEMFIS22+(1).pdf/6573e7b3-f1e6-d3e6-2b0b-f07123e41c0a?t=1662544190402)

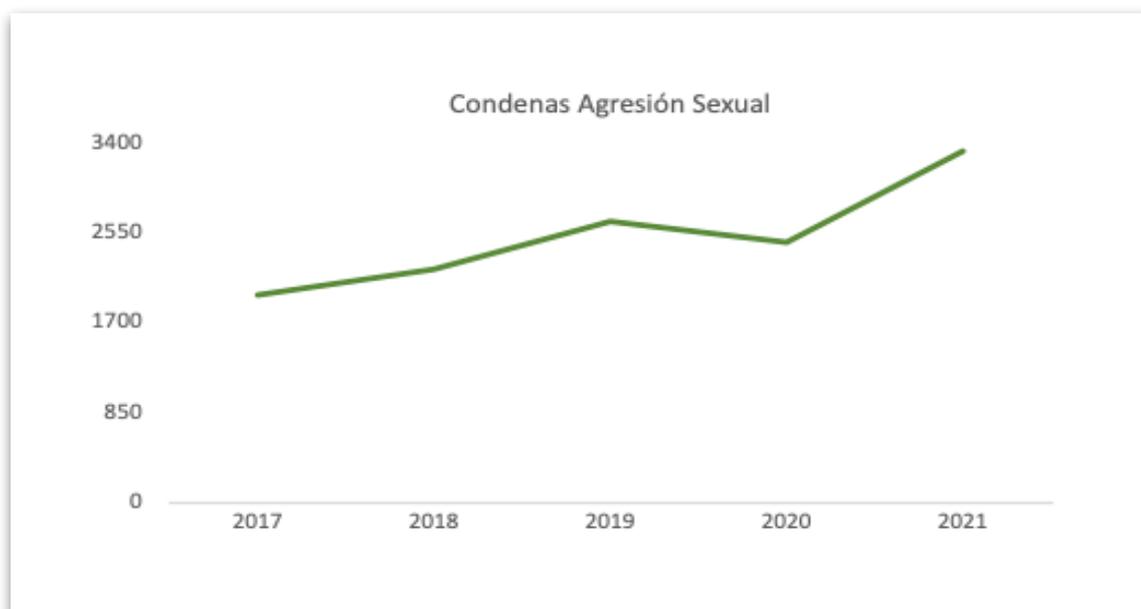
aumento de las sentencias condenatorias en este ámbito en correlación con las denuncias interpuestas y acusaciones mantenidas. Aunque el número de condenas si lo comparamos con el número de procedimientos por los que se mantiene acusación es muy inferior ²⁰.



²⁰ Datos extraídos de notas de prensa estadística condenados del INE.



- Como hemos explicado, la tendencia es al alza tanto de los condenados en los juzgados ordinarios como en los juzgados de menores, salvo en 2020 que quedó paralizada la actividad también en los tribunales.



5.2. LEGISLACIÓN

5.2.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

A lo largo de los últimos ochenta años, en el marco de la evolución histórica de los delitos contra la libertad sexual, se han producido numerosas variaciones en cuanto a la penalización y despenalización de las conductas violentas; pero, también ha variado la visión sobre el bien jurídico a proteger.

En relación con este tipo de delitos, para poder entender el punto en el que actualmente nos encontramos, es necesario realizar un recorrido por los cambios normativos, conociendo el contexto social en el que se aprobaron.

▶ DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

1944. Decreto, de 23 de diciembre de 1944, en el que se aprueba y promulga el Código Penal, texto refundido de 1944, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944.

El Código Penal de 1944 consideraba que la honestidad era el valor jurídico a proteger, relacionando directamente la sexualidad con la moralidad, bajo la pretensión de que solo debían protegerse las conductas sexualmente aceptables, y no la libertad como derecho a decidir libremente la participación en actos de naturaleza sexual, con qué personas y en qué contexto o circunstancias.

Esta construcción jurídica tuvo consecuencias importantes, detectando en su análisis muchos de los prejuicios de género que perviven en la práctica penal:

- Se tipifican como delitos conductas que eran valoradas como moralmente reprochables. Ejemplo de ello es que los delitos de adulterio y amancebamiento no fueron derogados hasta la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento.
- Solo podían ser sujeto pasivo de estos delitos las mujeres consideradas honestas. Las mujeres en situación de prostitución quedaban excluidas.

- La protección debía alcanzar el honor de los hombres de la familia. Se recogía que el marido que sorprendiera a su mujer cometiendo adulterio y la matase o la provocara lesiones graves sería castigado con la pena de destierro. En el supuesto de provocarle lesiones no graves, se consideraba justificado y exento de pena. De forma análoga se aplicaba a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años.

En el marco de esta regulación, se tipificó, en el art. 429, la violación de una mujer cuando la acción implicara el uso de la fuerza o intimidación, cuando se estuviese privada de razón o de sentido o cuando fuera menor de 12 años. El sujeto pasivo del delito, sólo podía ser una mujer y no diferenciaba entre si existía acceso carnal o no.

► DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

1989. Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (Reforma el Código Penal de 1973)

Aunque la Ley Orgánica, de 25 de junio de 1983, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal modificó el Código Penal de 1973. Suprime el concepto *“autoridad marital”* y deroga el perdón del ofendido en el delito de violación como causa de extinción de la acción penal. Hasta 1989 no es cuando se produce la modificación del bien jurídico protegido.

En la Exposición de Motivos de esta Ley Orgánica se recoge que:

“La necesidad de una reforma de los llamados delitos «contra la honestidad» del Código Penal es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad.

Una primera modificación se impone: Respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión «honestidad» por «libertad sexual», ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado”.

Esta regulación introduce otras dos modificaciones en el artículo 429 y siguientes ²¹, incluyendo en el delito de violación, además del coito vaginal, el rectal y bucal. Asimismo con la nueva redacción el sujeto pasivo puede ser tanto un hombre como una mujer.

Con este cambio en el bien jurídico protegido, se reconoce la libertad sexual como uno de los ámbitos del desarrollo de la personalidad que es digno de protección frente a la imposición de conductas no consentidas.

1995. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Esta Ley en su propia Exposición de Motivos reconoce la necesidad de *“adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto”*.

Una de las principales cuestiones a destacar del nuevo Código es la distinción entre agresión sexual - cuando medie violencia o intimidación - y abuso sexual. Se abandona la denominación de *“violación”* para tipificar las acciones consistentes en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal no consentidos.

Se regulan los abusos sexuales de forma separada, exigiendo únicamente la ausencia de consentimiento y la realización de actos que atenten contra la libertad sexual sin la concurrencia de violencia ni intimidación. También, se establece que existe ausencia de consentimiento cuando el sujeto pasivo es menor de doce años o se encuentra privado de sentido o se abusa de su trastorno mental.

²¹ Art. 429 *“La violación será castigada con la pena de reclusión menor. Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes:*

- 1. Cuando se usare fuerza o intimidación.*
- 2. Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación.*
- 3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores”*.

Art. 430 *“Cualquier otra agresión sexual no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresadas, será castigada con la pena de prisión menor. La pena será la de prisión mayor si la agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciera uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios”*.

Se alude expresamente al consentimiento por primera vez para diferenciar entre abuso o agresión sexual. Así, en el artículo 178 ²² (tipo básico de las agresiones sexuales) no se menciona el consentimiento y se centra en la resistencia y la violencia e intimidación de la víctima. El artículo 181 ²³ regula los abusos sexuales, hace una referencia explícita al consentimiento. Es decir, para que se produzca un abuso sexual el acto se ha de cometer sin violencia, sin intimidación y sin consentimiento.

A pesar de no recoger una definición de consentimiento, se venía estableciendo en relación a los abusos sexuales cuando el mismo no era válido ²⁴:

- Si la persona sobre la que se comete el abuso sexual se encuentra privada de sentido. Por ejemplo, si la víctima está dormida, inconsciente, drogada o en estado de embriaguez no podrá otorgar consentimiento libre.
- Si la persona padece un trastorno mental.
- Cuando el agresor utiliza alguna droga o sustancia para anular la voluntad de la víctima.
- Cuando el agresor obtiene el consentimiento de la víctima prevaliéndose de una situación de superioridad. El consentimiento existe, pero no es libre, por lo que está viciado y es inválido.

► DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

1999. Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Con la Ley de 1999 se pretende realizar una revisión de los delitos regulados en el Código Penal de 1995 para proporcionar mayor amparo a los y las menores y personas con discapacidad,

²² Art.178 *“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años”.*

²³ Art. 181.1 *“El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses”.*

²⁴ Art. 181.2 *“A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.*

modificándose el bien jurídico protegido, sumando la indemnidad sexual como valor a proteger. La propia Exposición de Motivos explica *“que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos.”*

La introducción de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido parte de la presunción de que existen ciertas personas que no son titulares de la libertad sexual por limitaciones existentes en su esfera jurídica para poder ostentar una capacidad de obrar plena.

También, es importante señalar que con este texto normativo se recupera la denominación de *“violación”* para el caso de agresiones sexuales con acceso carnal o con introducción de objetos por vía anal o vaginal. En cuanto a la tipificación de los abusos sexuales se incrementa a trece la edad hasta la que se invalida el consentimiento.

2003. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Esta Ley, tal y como se señala en su Exposición de Motivos, cuando hace referencia a que *“los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se modifican para impedir interpretaciones que impidan penar determinadas conductas de una especial gravedad”*, propone una nueva redacción que tipifica el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal y la introducción de miembros corporales y objetos por alguna de las dos primeras vías. La incorporación de *“miembros corporales”* al articulado trata de resolver la interpretación estricta, dada por los tribunales, al entender que los objetos tenían que ser cosas inanimadas y no miembros corporales.

Además se tipifica expresamente la mutilación genital femenina, delito que no está ubicado en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, pero que sanciona una conducta cuyo objetivo es impedir el goce sexual de las mujeres víctimas y que daña gravemente su salud.

2010. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio responde a las obligaciones de cumplimiento contraídas por España para adecuar la normativa española a las directrices de la Unión Europea y trasponiendo la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de

diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

En la Exposición de Motivos se recoge que *“Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor. Por ello se procede a la incorporación, en el Título VIII del Libro II del Código Penal, del Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años»”. Se da una regulación separada de los delitos sexuales cuando el sujeto es menor de trece años.*

2015. 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.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, supone una reforma de calado del Código Penal para trasponer la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo.

En la Exposición de Motivos se refleja el contenido de dicha directiva, la cual *“define la «edad de consentimiento sexual» como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor.» En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de 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. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil.”*

Esta modificación eleva por tanto, la edad de consentimiento sexual de los 13 a los 16 años, quedando exentas de sanción las relaciones sexuales entre una persona menor de edad y una mayor de edad siempre que tengan edad o grado de madurez similar ²⁵.

²⁵ El consentimiento libre del menor de dieciséis años eliminará 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.

5.2.2. REGULACIÓN ACTUAL TRAS LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

La **Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual**, aborda una reforma integral para alcanzar el objetivo de adaptar nuestra legislación a las exigencias de los compromisos adquiridos por España y dar respuesta a la realidad social de nuestros días en materia de delitos contra la libertad sexual. Incorpora modificaciones legislativas fundamentales, haciendo una profunda revisión de los delitos del Título VIII de nuestro Código Penal, así como un abordaje integral para asegurar la prevención. Establece medidas interdisciplinarias de actuación institucional y profesional especializada y coordinada. Modifica la regulación de diversas materias del Código Penal en relación con los delitos de agresión sexual, al margen del consentimiento en los delitos de agresión sexual.

Cambia la denominación del Título VIII dedicándose ahora exclusivamente a los **delitos contra la libertad sexual**, dejando fuera la indemnidad sexual. Para poder ampliar la visión sobre esta supresión, podemos consultar el informe valorativo emitido por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Sugería en su informe al Anteproyecto de la Ley que se valorara el mantenimiento de la referencia a la indemnidad sexual, ya que la eliminación de dicha referencia no venía acompañada de un cambio regulatorio significativo en la tipificación de los ataques sexuales contra menores.

Además, señalaba ²⁶ que *“la supresión de la indemnidad sexual como bien jurídico supone hacer abstracción de una consolidada doctrina jurisprudencial sobre este concepto y, además, no parece ajustarse a los usos lingüísticos afirmar que en el supuesto de agresión sexual agravada cuando el sujeto pasivo sea menor de cuatro años (art. 181.4 c) en la redacción proyectada, el bien jurídico tutelado es la libertad sexual del menor”*.

Ante este planteamiento, el propio CGPJ admite que se podría considerar *“que la sustitución de la denominación del bien jurídico protegido (libertad en lugar de indemnidad), respecto de los delitos sexuales contra menores no variaría sustancialmente la situación actual pues es posible sostener, como ha hecho algún sector doctrinal, que estos delitos protegen la libertad sexual de los menores en su dimensión de libertad in fieri, en el sentido de preservar las condiciones necesarias para que el libre desarrollo de su personalidad, con el fin de que pueden ejercer con la mayoría de edad, con plenitud, su autodeterminación individual en la esfera sexual”*.

²⁶ Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral a la libertad sexual. Febrero 2021.

Si con anterioridad a la reforma, se consideraba que la libertad sexual protegía el derecho de los adultos a decidir libremente sobre el desarrollo de su vida sexual, la indemnidad sexual protegía la normal evolución y desarrollo de la personalidad de los menores, para que cuando fueran adultos decidieran en libertad su comportamiento sexual. Sin embargo, el cambio de nomenclatura resulta llamativo. La protección de la integridad sexual de los menores de dieciséis años se mantiene en el Código en términos prácticamente idénticos, por lo que la indemnidad sexual de los mismos continúa protegiéndose, pese a que el término haya sido excluido.

Si hasta este momento se regulaban las conductas de carácter sexual no libremente consentidas y que son impuestas por cualquier medio, bien por la fuerza o intimidación o bien aprovechando determinadas circunstancias de la víctima o de su relación con el agresor, que en la práctica impiden a la víctima expresar su voluntad o negarse a la relación sexual. Con la regulación actual, **se consideran violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado**, lo que incluye la agresión sexual, el abuso sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los demás delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, orientados específicamente a proteger a personas menores de edad, pasando a denominarse *“De los Delitos contra la Libertad Sexual”* y se elimina el concepto de indemnidad.

Con esta reforma se pretende, además, dar respuesta a las nuevas formas de violencia sexual cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos, la pornografía no consentida y la extorsión sexual. **Asimismo, entre las conductas con impacto en la vida sexual se consideran violencias sexuales la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual.** Por último, en coherencia con las recomendaciones de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra las mujeres, sus causas y sus consecuencias se incluye el homicidio de mujeres vinculado a la violencia sexual o feminicidio sexual, como la violación más grave de los derechos humanos ligada a las violencias sexuales, que debe ser visibilizada y a la que se debe dar una respuesta específica ²⁷.

²⁷ Preámbulo Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

ESPAÑA				
LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL (REDACCIÓN ANTERIOR)	LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, MODIFICADA, CON EFECTOS DESDE EL 7 DE OCTUBRE DE 2022 POR LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA DE LIBERTAD SEXUAL	OBSERVACIONES		
TÍTULO VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales	TÍTULO VIII. Delitos contra la libertad sexual	DELITO	CONDUCTA TÍPICA	PENA
Capítulo I. De las agresiones sexuales	Capítulo I. De las agresiones sexuales			
<p>Artículo 178</p> <p>(..) El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años. (..)</p>	<p>Artículo 178</p> <p>(..) 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.</p>	Agresión sexual	Atentado contra la libertad sexual	Prisión 1 a 4 años
	<p>2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten</p>	Agresión sexual	Atentado contra la libertad sexual	Prisión 1 a 4 años

	<p>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.</p>		<p>Con</p> <ul style="list-style-type: none"> - Violencia/ intimidación - Abuso situación superioridad - Vulnerabilidad - Privación de sentido - Abuso situación mental - Voluntad anulada 	
	<p>3. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. (..)</p>	<p>Tipo atenuado</p>	<p>Hechos de menor entidad y circunstancias personales del culpable, si no concurren del art. 180</p>	<p>Prisión mitad inferior o multa 18 a 24 meses</p>
<p>Artículo 179</p> <p>(..) Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años. (..)</p>	<p>Artículo 179</p> <p>(..) Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años. (..)</p>	<p>Violación</p>	<p>Agresión sexual con acceso carnal</p>	<p>Prisión 4 a 12 años</p>

<p>Artículo 180</p> <p>(..) 1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:</p> <p>2ª.- Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.</p> <p>1ª.- Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.</p> <p>3ª.- Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 183.</p> <p>4ª.- Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.</p>	<p>Artículo 180</p> <p>(..) 1. Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a quince años para las del artículo 179 cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias, salvo que las mismas hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179:</p> <p>1ª.- Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.</p> <p>2ª.- Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.</p> <p>3ª.- Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181.</p> <p>4ª.- Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.</p>	<p>Tipo agravado</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Dos o más personas - Violencia extrema, degradante o vejatorio - Especial vulnerabilidad - Afectividad, convivencia o parentesco - Armas - Drogas 	<p>Prisión 2 a 8 años (art. 178.1)</p> <p>Prisión 7 a 15 años (art. 179)</p>
--	--	----------------------	--	--

<p>5ª.- Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.</p>	<p>5ª.- Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, o de una relación de superioridad con respecto a la víctima.</p> <p>6ª.- Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.</p> <p>7ª.- Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.</p>			
<p>2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.</p>	<p>2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas respectivamente previstas en el apartado 1 de este artículo se impondrán en su mitad superior.</p>	<p>Tipo atenuado</p>	<p>Dos o más agravantes</p>	<p>Mitad superior</p>

	<p>3. En todos los casos previstos en este capítulo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años. (..)</p>	Tipo especial	Autoridad o funcionario público	Inhabilitación absoluta de 6 a 12 años
--	--	---------------	---------------------------------	--

Uno de los aspectos que no ha sido reformado, y que nos parece crucial, es el relativo a la incoación del proceso a través de la denuncia de la víctima. Así, hasta el momento, la **perseguitabilidad** de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual está reservada a la víctima del delito. El Código Penal establece en su artículo 191 este requisito de procedibilidad, que no se ha visto modificado por la reforma operada, salvo en la eliminación del precepto de los abusos sexuales.

Entendemos que se ha perdido una gran oportunidad de transformar estos delitos semipúblicos, contraviniendo la propia Exposición de Motivos de la LO 10/2022 cuando acertadamente señala que *“las violencias sexuales no son una cuestión individual, sino social; y no se trata de una problemática coyuntural, sino estructural. Al mismo tiempo que inflige un daño individual a través de la violencia sobre la persona agredida, se repercute de forma colectiva sobre el conjunto de las mujeres, que reciben un mensaje de inseguridad y dominación radicado en el género y sobre toda la sociedad, en la reafirmación de un orden patriarcal”*, así como las previsiones contenidas en los artículos 27 y 28²⁸ del Convenio de Estambul.

La práctica profesional nos demuestra que la ausencia de denuncia en esta tipología delictiva por parte de la víctima puede obedecer a razones muy diferentes a la realidad de la comisión de

²⁸ Art. 27 Convenio de Estambul. *“Denuncia: Las Partes tomarán las medidas necesarias para alentar a toda persona testigo de la comisión de cualquier acto de violencia incluido en el ámbito de aplicación del presente Convenio, o que tenga serias razones para creer que se podría cometer algún acto o que hay riesgo de que se produzcan nuevos actos, para que lo denuncie a las organizaciones u autoridades competentes.”*

Art. 28 Convenio de Estambul. *“Denuncia por profesionales: Las Partes tomarán las medidas necesarias para que las normas de confidencialidad impuestas por sus legislaciones internas a ciertos profesionales no impidan, en condiciones apropiadas, hacer una denuncia a las organizaciones u autoridades competentes si tienen razones serias para creer que se ha cometido un acto grave de violencia incluido en el ámbito de aplicación del presente Convenio y que hay riesgo de que se produzcan nuevos actos graves de violencia.”*

los hechos delictivos. Por ello, debería haberse modificado este requisito, permitiendo iniciar la denuncia a cualquier persona que tuviera constancia o sospechas fundadas de la comisión del delito; así como que se hubiera ampliado el margen de maniobra a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto a otorgar un mayor grado de actuación en la investigación de los hechos para conjuntamente con la Fiscalía impulsar la incoación del procedimiento. De esta forma, se hubieran equiparado estos delitos con los de violencia física o verbal en el ámbito familiar, respecto a los cuales en 1999 se eliminó el requisito de la denuncia previa de la víctima y permitiendo que cualquier persona, aunque sea ajena al agresor y a la víctima, puede poner en conocimiento de la policía una situación de violencia de género. Países de nuestro entorno, como es Grecia, prevén la perseguibilidad de estos delitos de oficio.

Por tanto, el precepto 191 del Código Penal expresa la voluntad del legislador de que el procedimiento penal no pueda tener lugar si quien ha sido víctima del delito sexual no presenta denuncia. Sin embargo, a lo largo de estos años la jurisprudencia ha ido flexibilizando este requisito. Un ejemplo de ello es la reciente sentencia 352/2021, de 29 de abril, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (TS), que despliega una artificiosa argumentación que tiene como finalidad interpretar el artículo 191 Código Penal (CP). Señala que no es necesario que la víctima se persone como acusación y que el conocimiento de los hechos, que dan origen al procedimiento, pueden llegar por otros medios que no sea la denuncia de la víctima, lo que se complementará con su posterior declaración en el juicio sumario, siendo subsanable la inexistencia de la denuncia inicial de la víctima ²⁹.

²⁹ "2.- El valor a estos efectos de la notitia criminis por la propia víctima sin necesidad de que se persone como acusación. Pero lo importante es que, sea como fuere, aportó datos de relevancia en la investigación desde un primer momento, circunstancia que ha sido elemento determinante, como ya se ha expuesto, para verificar la "sostenibilidad" de su versión desde un primer momento. E incidir en que la manifestación de que no deseaba sostener acusación resulta irrelevante porque una víctima puede no querer personarse como acusación particular, por referir y contar hechos por los que ha sido víctima que den sentido y satisfacción a entender por cumplido el requisito de la notitia criminis a los efectos del art. 191 CP.

(...)Pero en modo alguno se significa que cuando el artículo 191 CP utiliza la fórmula para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada se está refiriendo a que lo es la denuncia "para iniciar el procedimiento", ya que éste puede iniciarse por otros métodos, y que la víctima, o víctimas, cuando declaren evidencien, cuando lo hagan, la puesta en conocimiento del juzgado de lo que ocurrió con su "victimización" sirva para dar curso a la exigencia del "proceder" a que se refiere el precepto citado. Nótese que la forma en que se desarrollan muchas victimizaciones, como la que aquí se ha desarrollado con prevarimiento y de contenido sexual, determinan que a la víctima le cueste articular su denuncia, por lo que el procedimiento puede iniciarse por otras vías hasta que llegue el momento en el que la víctima declare lo que ha sufrido, sin que la circunstancia de que no haya sido ella la que lo haya hecho ab initio desnaturalice todo lo actuado, o pueda admitirse una pretensión de nulidad bajo el abrigo de que la inexistencia de denuncia inicial es insubsanable. Además, como decimos, la notitia criminis puede venir a la investigación policial y judicial por otros caminos y que luego puede complementarse con la declaración de la víctima en la fase sumarial del proceso penal. 4.- Interpretación de la denuncia del art. 191 CP. Sobre la interpretación de la denuncia como requisito, por ejemplo, en los casos de los arts. 191 o 201 CP se ha pronunciado recientemente esta Sala".

En el mismo sentido, la STS 272/2001, de 19 de febrero, declara que no es necesaria una denuncia escrita y formal, bastando con una comunicación verbal. En esa misma dirección y según recuerda la STS 340/2018, de 6 de julio, haciéndose eco de pronunciamientos anteriores (SSTS 96/2009, de 10 de marzo o 705/2016, de 14 de septiembre) debe tenerse por cumplido este requisito cuando el perjudicado se persona en las actuaciones para ejercer la acusación o cuando conociendo la existencia del proceso no se opone al mismo.

Pues bien, para fijar el alcance de esta exigencia se recoge en la STS 693/2020, de 15 diciembre de 2020, Rec. 10524/2020 que: *"La falta de denuncia, exigida como presupuesto de perseguibilidad en los delitos contra la intimidación, no puede ser interpretada desde una perspectiva exclusivamente formal, capaz de alentar una concepción burocrática acerca de su exigencia. No es ésta la idea que late en el art. 265 de la LECrim, que llega a flexibilizar al máximo la forma en la que la transmisión de la noticia criminis puede llegar a la autoridad llamada a la persecución del delito. La denuncia puede hacerse por escrito, de palabra e incluso con mandatario con poder especial. Lo verdaderamente definitivo no es, por tanto, el vehículo formal del que se vale el denunciante. Lo decisivo es que la persona que ha sido víctima de un hecho delictivo que afecta a un bien personalísimo exteriorice su voluntad de activar el tratamiento jurisdiccional de la ofensa sufrida."*

Por tanto, esta jurisprudencia pone de manifiesto que para el Tribunal Supremo **el requisito de procedibilidad se cumple con cualquier acto de convalidación**, aunque sea tácito de la continuidad del proceso por parte de la víctima. Y cualquier acto es prácticamente todos los actos: declarar, aportar información, comparecer, aceptar el ofrecimiento de acciones o simplemente no exteriorizar una negativa rotunda a que el procedimiento siga su curso.

Será el juzgador de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, quien decida si del contenido de la declaración de la víctima se deduce la voluntad de denunciar, aunque no lo haya hecho previamente. El requisito de la denuncia previa establecido en el artículo 191 Código Penal (CP) abandona así cualquier carácter objetivo y se convierte en puramente subjetivo, en un estado mental interno de la víctima que el juzgador interpretará a su libre criterio.

► EL CAMBIO CONCEPTUAL DEL CONSENTIMIENTO EN LA NUEVA LEY

El consentimiento, que es un acuerdo voluntario y para participar en una actividad sexual específica y puede ser revocado en cualquier momento de la relación, determinará la inexistencia de delito. La decisión libre de la víctima pasa a ser el eje central y su vulneración conlleva la comisión de delito.

Desaparece la diferencia entre abuso y agresión y considera agresión sexual cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Ajusta la legislación a los estándares europeos de derechos humanos, con atención expresa a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul) y el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia).

En la regulación actual se recoge cuándo se tiene que entender que existe consentimiento en el marco de las relaciones sexuales, limitándose el concepto:

“Al manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.”

Únicamente se entenderá que hay consentimiento cuando se den estas circunstancias. El Código Penal deja claro al incluir la palabra “sólo”, que en cualquier otra circunstancia no se considerará la existencia de consentimiento ³⁰.

Además, con la nueva regulación se detallan una serie de conductas que serán consideradas siempre como agresiones sexuales cuando concurra:

- (i) **Violencia.** Se emplee el uso de la fuerza para lograr el objetivo.
- (ii) **Intimidación.** Cuando se provoca un estado de temor de que pueda causarle un mal.
- (iii) **Abuso de superioridad.** El Tribunal Supremo ha considerado la existencia de abuso de superioridad cuando las posibilidades de defensa de la víctima quedan muy debilitadas por la superioridad del agresor (a nivel personal, o bien por los instrumentos o medios

³⁰ Art. 178 Ley Orgánica 10/2022. “1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

3. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.”

utilizados). A su vez para el atacante es más fácil cometer el delito dada su condición de superioridad ³¹.

- (iv) **Abuso de vulnerabilidad de la víctima.** Concorre cuando la vulnerabilidad personal (edad, enfermedad, discapacidad, salvo lo dispuesto en el artículo 181), geográfica o circunstancial de una persona se usa intencionadamente o se aprovecha de otro modo para lograr el objetivo propuesto en este caso por el agresor.

O cuando lo actos se cometan sobre personas:

- (i) Que se hallen privadas de sentido, no pudiéndose otorgar consentimiento.
- (ii) Se abuse de su situación mental (persona con discapacidad).
- (iii) La víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad (fármacos, intimidación ambiental, etcétera).

Cuando en los hechos se acredite que se dan estas conductas o que la víctima se encontraba en alguna de las situaciones descritas, los tribunales deberán considerar en cualquier caso la existencia del delito de agresión sexual, sin que pueda considerarse en ningún caso la concurrencia de consentimiento.

Por tanto, con la reforma operada por la LO 10/2022 la ausencia de consentimiento va a determinar que una conducta pueda ser constitutiva de delito. Por lo que la prueba sobre si la víctima otorgó consentimiento va a ser un elemento capital en la instrucción de la causa y en la fase probatoria de juicio oral.

La nueva regulación desde su presentación ha dado lugar a un gran debate doctrinal e incluso social. En este sentido, el informe al Anteproyecto de Ley, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial en febrero de 2021, manifiesta que resulta innecesaria la inclusión de la definición de consentimiento en la regulación. Considera que la definición de *“ausencia de consentimiento”* determina un aparente desplazamiento de la carga probatoria, pues *“parece configurar un elemento negativo del tipo cuyas distintas notas características (manifestación libre, actos exteriores, concluyentes e inequívocos y voluntad expresa de participar en el acto) deberían ser probadas por la defensa para excluir la tipicidad”* ³².

³¹ STS 17/2013, de 15 de enero; STS 683/2013, de 23 de julio y STS 386/2018, de 25 de julio).

³² Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral a la libertad sexual.

La redacción actual del artículo 178, refiriéndose a la “ausencia de consentimiento”, puede inducir a error sobre la carga de la prueba. Así, vista su redacción en negativo, puede parecer que la conducta típica sea la de mantener relaciones sexuales con otra persona, salvo que exista una manifestación libre con actos exteriores, concluyentes e inequívocos y voluntad expresa de participar en el acto. Y en este escenario, atendiendo a la redacción literal del artículo, podría dar lugar al siguiente silogismo: si queda demostrada la relación sexual entre sujeto activo y pasivo nos encontraríamos ante una presunción de culpabilidad (se ha cometido un acto delictivo). Por tanto, debería ser entonces el sujeto activo quien para excluir su culpabilidad tuviera que demostrar que en esa relación sexual la víctima había realizado una manifestación libre con actos exteriores, concluyentes e inequívocos y expresa de participar en el acto por el sujeto pasivo. En este supuesto (atendiendo a la redacción literal del precepto e interpretado de manera estricta) sí podría dar lugar a una cierta *probatio* diabólica a cargo del sujeto activo ³³.

Sin embargo, la Ley Orgánica 10/2022, lejos de invertir la carga de la prueba, lo que hace es tratar de evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria y delimita donde está el delito incluyendo una definición de consentimiento, siendo que ninguna definición puede limitar un derecho constitucional como la presunción de inocencia. Con la nueva norma seguirá siendo la acusación la que tenga que acreditar que conforme a las circunstancias del caso no hubo actos exteriores, concluyentes e inequívocos que implicaron su consentimiento. Es decir, no es el acusado quien debe probar que sí hubo consentimiento, sino al revés: la acusación (víctima denunciante) debe probar que no lo hubo y que, por tanto, el acto constituye un delito. Lo que se pretende con la Ley no es invertir la carga de la prueba, sino como acertadamente han señalado varios autores, una **disminución de los problemas probatorios** que presenta la tipificación actual ³⁴, concluyendo que resoluciones sobre la base de los mismos hechos probados han dado lugar a fallos contradictorios ³⁵.

Con la regulación anterior a la reforma, en el centro de la actividad probatoria se ponía el foco en el comportamiento de la víctima y su actitud durante la comisión del delito, exigiéndole un determinado comportamiento, cuya interpretación determinaba la existencia o no de consentimiento. Esto daba lugar en muchas ocasiones a interpretaciones dotadas de fuertes estereotipos sexuales por parte del órgano judicial desemboca en victimización secundaria. Un ejemplo de ello, es el voto particular de la sentencia de “*la Manada*”, el cual interpretó los hechos

³³ Mallen Esteve L, Consentimiento y Dicotomía entre agresión y abuso en los delitos de naturaleza sexual, II Época, Número 9, 2021, pp. 38-58 ISSN 2340-6046

³⁴ Díez Ripollés, José Luis, Alegato contra un derecho penal..., cit., pg. 8, y JERICÓ OJER, Leticia, Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica..., cit., pg. 16

³⁵En este sentido, Comas D’argemir, Montserrat, “Necesidad de una ley integral para combatir las violencias sexuales”, en Juezas y Jueces para la Democracia, comisión de penal, núm.

como un mero acto placentero del que gozaron por igual los cinco hombres y la joven con la que mantuvieron las relaciones ³⁶.

Tal y como señala Teresa Peramato Martín ³⁷ *“en el derecho comparado podemos distinguir dos modelos diferenciados: el de negativa expresa y el de consentimiento expreso. En el primer modelo, se requiere que la víctima haya expresado su voluntad contraria a la relación sexual para perseguir la conducta como delito, mientras que en el modelo de consentimiento expreso se precisa, para que el comportamiento sea atípico, que la víctima haya expresado su voluntad de mantener ese contacto o relación. En este último modelo interviene una consideración sobre la disponibilidad del bien jurídico (libertad sexual), que los estados han solucionado de manera distinta: qué se entiende por expresar la voluntad de mantener la relación.”*

Asimismo, María Acale ³⁸ también hace referencia al derecho comparado. Alude a la diferenciación entre los países que regulan los delitos de agresión sexual, poniendo el foco en los medios comisivos (entre los que se encontraba España en la anterior regulación: empleo de violencia o intimidación) y los que ponen el acento en la ausencia de consentimiento como eje central del tipo delictivo. En este segundo grupo, entre los que actualmente se encuentra España a partir de la entrada en vigor de la LO 10/2022, tienen como denominador común la libre disposición del bien jurídico libertad sexual. Destaca el Código Penal sueco en el que se señala, tras la reforma operada en 2018, qué se entiende por falta de consentimiento en el caso particular de que se trate y contemplando el tipo penal de violación negligente ³⁹, donde si cabría un desplazamiento de la carga de la prueba, ya que el acusado tendría que acreditar que no hubo dolo, sino imprudencia. Pero no es el caso de nuestra legislación, que en su caso se podría llegar a considerar error de tipo vencible y sería impune, dado que no se contempla la imprudencia en las agresiones sexuales.

Sin embargo, se introduce el apartado 3. del artículo 178 que señala *“El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.”*

³⁶ Jericó Ojer, Leticia, Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica..., cit., pg. 16. En sentido similar, Ramón Ribas, Eduardo y Faraldo Cabana, Patricia, Solo sí es sí..., cit., pg. 32

³⁷ Peramato Martín, T. (2020). Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual. El consentimiento. Boletín de Violencia de Género y de Igualdad, por Juezas y Jueces para la Democracia, 11, 3-14.

³⁸ Acale Sanchez, María. Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuesta de reforma, pags. 51,52

³⁹ § 1 a *Quien comete un acto mencionado en el § 1 y es gravemente negligente con respecto al hecho de que la otra persona no participe voluntariamente, es condenado por violación negligente a una pena de prisión de un máximo de cuatro años.*

Si el hecho fuere menos grave atendiendo a las circunstancias, no será responsable.

Ya señalaba el CGPJ en su informe, reseñado con anterioridad que:

“212.- Por otro lado, puede incurrirse en una prohibición de exceso (Übermassverbot) al castigarse con gran severidad conductas que presentan un menor grado de lesividad. Con el fin de evitar una respuesta penal desproporcionada, se ha incorporado en el artículo 178.3 CP un tipo atenuado facultativo que permite al juzgador, razonándolo en la sentencia, imponer una pena menos grave «en atención a la menor entidad del hecho». La opción del prelegislador se asemeja a la previsión contenida en el artículo 609 bis, último inciso, del código penal italiano en el que se dispone que en los casos de menor gravedad la pena se disminuirá en un máximo de dos tercios. Debe recordarse, sin embargo, que mediante este tipo privilegiado en el código italiano se viene a flexibilizar el tratamiento uniforme en el concepto unitario de violencia sessuale, efectuado por la reforma legislativa de 1996, del acceso carnal violento (del antiguo art. 519 CP) y de otros actos libidinosos violentos (art. 521 CP anterior a la reforma). De este modo, el tipo privilegiado facultativo, en el caso italiano, tiene como objeto actos de naturaleza sexual de menor intensidad, en los que deben concurrir en todo caso las notas típicas de violencia, amenaza o abuso de autoridad.

213.- El concepto «menor entidad del hecho» empleado en el artículo 178.3 CP proyectado adolece de imprecisión y falta de taxatividad (¿la menor entidad se refiere al tipo de acto sexual, al medio comisivo, al tipo subjetivo de injusto?), lo que deja un amplísimo margen interpretativo al aplicador de la norma, que puede comprometer la observancia del principio de legalidad penal (art. 25 CE). Debe destacarse en este punto que ni siquiera se exige en el precepto proyectado que los hechos no se realicen mediante los medios comisivos del párrafo segundo, cuya concurrencia parece que no debería dar lugar a la apreciación de «menor entidad». La opción más idónea, desde el punto de vista de técnica legislativa, es configurar este mismo apartado tercero como un tipo autónomo atenuado en el que se vincule la menor entidad al acto sexual y se excluya su aplicación cuando concurren las circunstancias del apartado segundo, esto es, «violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.”

Este apartado deja la puerta abierta a los tribunales en cuanto a la valoración de los hechos y las circunstancias personales del agresor. Igualmente, introduce la modalidad de la multa como pena, lo que no parece nada acertado. Como señala la Asociación de Mujeres Juristas Themis ⁴⁰ en sus aportaciones al Anteproyecto de la Ley:

⁴⁰ https://www.mujeresjuristasthemis.org/phocadownload/Themis_Aportaciones_APLO_Libertad_Sexual.pdf

“Proponemos la eliminación del apartado 3º de este artículo 178 C.P. , ya que por las propias normas generales de individualización de la pena (art. 66 y concordantes del C.P.) se sobreentiende que es así y parece que la finalidad que pretende es únicamente hacer recordar al Juzgador/a que puede “minorar la pena” y desde luego, no nos resulta acertado el hecho de que se introduzca la sanción pecuniaria/multa en este tipo básico, porque en la práctica lo que se constata es que si un/a Juez/a tiene alternativa a la hora de la imposición de la sanción penal, se suele decantar generalmente por la pena de multa, con la consiguiente impresión de impunidad de estas conductas y de ineficacia en cuanto al efecto disuasorio y preventivo inherente al derecho penal”.

Finalmente, este apartado 3 incluye, además de la introducción de la multa como sanción penal, la rebaja generalizada de las penas previstas para los delitos contra la libertad sexual, siendo muy preocupante. Así, por ejemplo, el tipo básico previsto en el artículo 178 establece penas privativas de libertad de 1 a 4 años, cuando en la regulación anterior el máximo se fijaba en 5 años, siendo el límite mínimo también de 1 años. En el caso de la pena por agresión sexual con penetración del artículo 179 el límite mínimo también se reduce de 6 a 4 años, manteniéndose el límite máximo en 12 años y en concurrencia con agravantes baja su mínimo de los 12 a los 7 años.

A pesar de que el informe del CGPJ en sus aportaciones al Anteproyecto, en algunos aspectos ha sido tachado como regresivo, en cuanto a las penas señalaba:

“La opción por el tratamiento unitario de todos los actos de ataque sexual puede tener un efecto de desprotección de las víctimas, pues para el sujeto activo del delito no tendrá mayores consecuencias si emplea un medio comisivo más lesivo que otro de intensidad menor.

211.- Con el fin de evitar ese efecto desprotector, sería necesario que se previera una modalidad agravada de agresión sexual cuando concorra un medio comisivo especialmente lesivo (claramente, violencia, amenazas), imponiendo la pena en su mitad superior. Cabe señalar que el Código Penal acude de forma frecuente a esta circunstancia de violencia o intimidación para crear tipos agravados, tal como sucede, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad, los delitos contra los derechos de los trabajadores o en el delito de allanamiento de morada. En estos casos se establecen tipos agravados cuando los hechos se ejecutan con violencia o intimidación”.

Finalmente, la Ley prevé la imposición de la pena en su mitad superior, pero siempre que concurren dos circunstancias agravantes de las contempladas en el artículo 180. En el tipo básico se encuadran las llevadas a cabo con violencia que no sea considerada de extrema gravedad, pudiéndose incluso atenuar la pena en orden al artículo 178.3.

A pesar del cambio de paradigma a la hora de abordar y enjuiciar los delitos cometidos contra la libertad sexual, la nueva regulación supone una imposición más leve de las penas por parte de los Juzgados y Tribunales, lo que hace suponer, como acertadamente señala la Asociación de Mujeres Juristas Themis:

“que no se proporciona la importancia debida al bien jurídico protegido, que no es otro que el de la libertad sexual de las personas, o que se consideraban excesivas las anteriores penas, con arreglo al principio de proporcionalidad que se invoca en la exposición de motivos, cuando la denuncia del movimiento feminista era precisamente que en la práctica judicial la tónica general era la minimización de la gravedad de las conductas y levedad de las penas, al menos en los casos que no consistían en (las prototípicas) agresiones por asalto de un desconocido”.

▶ ANTECEDENTES DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR LA JURISPRUDENCIA

Si nuestra legislación no había contemplado un concepto de consentimiento hasta la LO 10/2022 **¿Cómo el consentimiento ha sido interpretado por nuestros Tribunales?** Si bien es cierto que, como hemos venido señalando en el apartado anterior, nuestra legislación en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexual no establecía que se debía entender por consentimiento, sí lo hacía la normativa internacional a través de Convenios y Tratados, que en numerosos casos han sido ratificados por España y, por tanto, son de obligado cumplimiento ⁴¹.

El GREVIO ⁴² ha tenido ocasión de analizar la situación de España como consecuencia del tratamiento jurisprudencial del caso de “la Manada”. Afirma que valora positivamente “la aclaración por parte del Tribunal Supremo de España - en una resolución que ahora sirve para orientar a los tribunales inferiores - que el delito español de violación puede aplicarse no solo a los casos en los que se utiliza la violencia física, sino también en aquellos otros en los que se evidencian otros factores indicativos del no consentimiento de la víctima, como ocurre con los

⁴¹ El artículo 96.1 de la Constitución Española señala que tendrán plena validez y serán de aplicación directa en nuestro ordenamiento Jurídico los Tratados y Convenios Internacionales publicados en España, así como la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales que señala la prevalencia de los Tratados y Convenios Internacionales con la única salvedad para su aplicación directa, de que en su texto se prevea la necesidad de aprobar leyes o disposiciones reglamentarias o que entren en conflicto con una norma interna de rango constitucional. Es relevante a este respecto la STS 2747/2018, de 17 de julio, que se dictó por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia por no haber dado cumplimiento el Estado al dictamen 47/2012 del CEDAW. Dicha sentencia estima por primera vez íntegramente una reclamación de responsabilidad patrimonial derivada del dictamen de un Comité o el ATS (Penal) 1872/2019, de 14 de febrero, que considera vinculantes los dictámenes.

⁴² <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesGREVIO/docs/InformeGrevioEspana.pdf>

casos de intimidación. Expresamente señaló la necesidad de una interpretación que sea sensible al contexto en el que se encuentra la víctima de violación.”

Partiendo de esta premisa, y atendiendo al caso que nos ocupa, si hacemos un análisis de las resoluciones del más Alto Tribunal, encontramos diversas remisiones al Convenio de Estambul en relación a los delitos de naturaleza sexual, como ya señalábamos en el apartado anterior recoge en su artículo 36.2, que *“El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”*. En este sentido, se pronuncia la STS 217/19, que reconoce expresamente la aplicación de los Convenios Internacionales como derecho interno. Su argumentación gira en torno a la aplicación del Convenio de Estambul, reconociendo que el mismo tiene como objetivo *“proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y se aplicará a todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada”*. El Convenio de Estambul no requiere de una trasposición para que tenga valor en nuestro ordenamiento jurídico, ya que desde 2014 (publicación en el Boletín Oficial del Estado) tiene plena eficacia en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, la citada sentencia, menciona a lo largo de su fundamentación diferentes Convenios y Tratados internacionales. Tales como: la Recomendación 35 de la CEDAW; la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, auspiciada por las Naciones Unidas (Pekín, 1995); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; la Decisión 779/2007/CE, de 20 de junio de 2007, por la que se estableció el programa Daphne III para el período 2007 a 2013 como un programa específico para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres; o la Estrategia de la Comisión Europea para la Igualdad entre Mujeres y Hombres para el período 2010-2015, cuyos principales objetivos son la consolidación de una buena práctica de roles de género en la juventud, en la educación, la cultura y el deporte.

Hasta ese momento, veíamos como algunas de las resoluciones de nuestros tribunales equiparaban el consentimiento obtenido de forma intimidatoria, a la falta de consentimiento. Un ejemplo de ello han sido, entre otras:

- **STS 344/2019, de 4 de julio de 2019.** Señala que no se trata solo del hecho de que la víctima no haya dicho que no, sino que el silencio es también una forma de comunicación en este contexto con esta *“sordidez”* y *“crudeza”*. El silencio *“puede ser interpretado como un rechazo”*. El Tribunal Supremo decide, siguiendo precedentes jurisprudenciales, *“que la redacción de los hechos probados llevada a cabo en la sentencia de instancia determina que éstos no pueden constituir un delito de abuso sexual, sino un delito de violación con las agravaciones específicas de trato vejatorio y actuación conjunta, siendo incorrecta por tanto la calificación jurídica de los mismos, y ello porque el relato fáctico describe un*

auténtico escenario intimidatorio, en el que la víctima en ningún momento consiente los actos sexuales llevados a cabo por los acusados."

- Igualmente es muy interesante lo manifestado en la **STS 462/2019, de 14 de octubre (recurso 1379/2019)**. *"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 la citada resolución del Tribunal Supremo se describe la denominada intimidación ambiental que concurre, *"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."*

- **ATS 224/2022, 3 de marzo de 2022**. *"Esta decisión es conforme con la jurisprudencia de esta Sala. Como señala la STS 147/2020, de 14 de mayo: "en este tipo de supuestos hemos reflejado con reiteración que no es precisa una negativa física al acto sexual, sino que puede ser gestual, e incluso el silencio provocado por el temor de la agresión física puede ser tenido en cuenta como expresión de una negativa, al tener que ubicarnos en el escenario del delito y considerar las dificultades que puede sentir una víctima de un abuso o agresión sexual al exteriorizar una negativa. Y es lo que en este caso ha reseñado el Tribunal, y que se colige de la declaración de la víctima que expone y expresa su negativa a la aceptación del acto, integrando la inmediatez del Tribunal que le privilegia"*.

Esta jurisprudencia ha sido aplicada por Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales ⁴³.

- La **Sentencia dictada por la Sala Segunda del TS 145/2020, de 14 de mayo** ha sido clave al fijar la doctrina. En esta resolución podemos comprobar que la valoración del consentimiento en los términos que expresa en el Convenio de Estambul ya se estaba aplicando en los tribunales españoles por vía de interpretación normativa, y que inicia la senda de la presente reforma del Código Penal. No solo se alude a la intimidación ambiental, sino que se introduce un elemento fundamental: no se puede responsabilizar a la víctima de la agresión sexual alegando una determinada actitud que pueda servir al agresor como excusa para la perpetración del delito. Así señala:

"No puede admitirse el alegato expuesto por el recurrente acerca de lo que describe al folio nº 11 de su recurso sobre la "actitud de la víctima" en el local, ya que ello no legitima, ni habilita en modo alguno a los recurrentes para haber llevado a cabo los actos de agresión sexual por los que han sido condenados. No puede, por ello, hacerse responsables a las mujeres de que por una pretendida "actitud" de la víctima alegada por el autor de una agresión sexual sirva como salvoconducto, o excusa para perpetrar un delito tan execrable como el de una violación, y, además, en este caso grupal.

El agresor sexual no tiene legitimación alguna para actuar, sea cual sea el antecedente o la actitud de la víctima, la cual tiene libertad para vestir, o actuar como estime por conveniente. Y ello, dentro de su arco de libertad para llevar a cabo la relación sexual cuando le parezca, y no cuando lo desee un agresor sexual. No puede admitirse en modo alguno que el agresor sexual se escude en una pretendida provocación previa de la víctima para consumir la agresión sexual. Y ello no convierte en consentida la relación,

⁴³ STSJ Comunidad Valenciana 180/2021, 16 de junio de 2021. Sobre el concepto de intimidación ambiental tanto la STS 344/2019, de 4 de julio (recurso 396/2019), como la STS 145/2020, de 14 de mayo (recurso 10613/2019), se refieren a la STS 1291/2005, de 8 de noviembre (recurso.263/2005), en todas las que se contempla "la llamada intimidación ambiental", y en donde se recoge que: "Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado b) art. 28 CP .

Resoluciones recientes de Audiencias provinciales como la SAP Madrid 84/2022, 7 de febrero de 2022: "Y en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 2020, plenamente aplicable al caso de autos, de forma clara y contundente, no deja lugar a dudas sobre lo que debe entenderse por ausencia de consentimiento. Así señala: " En este tipo de supuestos hemos reflejado con reiteración que no es precisa una negativa física al acto sexual, sino que puede ser gestual, e incluso el silencio provocado por el temor de la agresión física puede ser tenido en cuenta como expresión de una negativa, al tener que ubicarnos en el escenario del delito y considerar las dificultades que puede sentir una víctima de un abuso o agresión sexual al exteriorizar una negativa. Y es lo que en este caso ha reseñado el Tribunal, y que se colige de la declaración de la víctima que expone y expresa su negativa a la aceptación del acto, integrando la inmediatez del Tribunal que le privilegia".

como propone el recurrente, en base a la suficiencia de la prueba de que se trató del empleo de violencia o intimidación, por la forma en que se describe el hecho probado y por el carácter de intimidación ambiental del lugar donde se ejecutan los hechos, en el piso de contadores, alejado de cualquier opción de que cualquier vecino pudiera ver el hecho y socorrer a la víctima.

Así, los parámetros de partida que deben observarse en cuanto al alegato de que fue la "actitud de la víctima" lo que provocó el hecho hay que puntualizar lo siguiente:

- La mujer tiene derecho a vestir como estime por conveniente, o a iniciar una relación con un hombre, sin que por ello deba verse sometida a una coactiva relación sexual.*
- La libertad de la mujer para vestir no legitima a ninguna persona a llevar a cabo una relación sexual in consentida, y que inicie una relación con alguien no le permite a otras personas forzarle sexualmente.*
- La decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin.*
- Si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que "no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer", sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas, que es lo que aquí ocurrió con la presencia de los tres recurrentes.*
- 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.*
- 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.*

- *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.*
- *Valoración de la declaración de la víctima”.*

Dicha resolución es contundente a la hora de señalar que no puede responsabilizarse a una mujer víctima de una agresión sexual por una determinada actitud que pueda dar lugar a una interpretación subjetiva del agresor para la comisión de un delito de esta naturaleza, siendo la libertad para decidir patrimonio de la mujer. Coloca al consentimiento como elemento central, asumiendo los criterios del Convenio de Estambul.

- Enlazando con la actitud o condición de la víctima debemos aludir a la **STS 330/2021, de 22 de abril**. Claramente se señala que la condición de las personas que se prostituyen no puede conllevar en un juicio por un delito contra la libertad sexual que se dé por hecho que se trata de relaciones consentidas:

“De modo que la ausencia de señales físicas en el cuerpo de la ofendida o de otros signos externos, no impide la existencia del delito; la agresión sexual, ofrece muchas facetas, muchas posibilidades y muchas variedades, dentro de las cuales no es imprescindible que la violencia y la intimidación lleven consigo lesiones (STS 686/2005, de 2 de junio, entre otras).

Desde el plano de la alegada condición de prostituta de la víctima, ya hemos declarado también que las condiciones personales del sujeto pasivo no han de ser tomadas en consideración por el Tribunal sentenciador para la correcta calificación de estos hechos como un delito contra la libertad sexual.

Ni su vestimenta ni cualquier otro dato, como el alegado por el recurrente, acerca de que se trataba de un acuerdo verbal enmarcado en el ejercicio de prostitución, pueden suponer justificación alguna al brutal ataque a su libertad sexual, y en el caso, es claro que la víctima en absoluto consintió la relación sexual con todos ellos, e incluso que quiso avisar a la policía, y no pudo hacerlo por arrebatarle el teléfono aquellos que la agredieron sexualmente, tras abofetearla.

En el asunto, el ejercicio a la prostitución, afecta a su libertad, y la agresión sexual incide de lleno en su libertad sexual, por lo que, al estar enmarcada en un episodio de violencia e intimidación, ha de ser sancionada conforme a los arts. 178 y siguientes del Código Penal.”

- La **STS 147/2020, de 14 de mayo** es fundamental al dar un paso más acerca del consentimiento. Entiende que la víctima tiene derecho a aceptar unas relaciones y rechazar otras, ya que el consentimiento puede variar en cualquier momento de la relación. Así recoge:

"Debe entenderse el derecho de la víctima a decir "no", aunque sea en silencio, o aceptar una relación y rechazar otras, sin que por aceptar una la mujer tenga que existir una presunción de que acepte que otras personas tengan una relación con ella, o que, incluso, la misma persona también entienda que iniciado el consentimiento, éste es permanente, al punto de que la mujer tiene el derecho a decir "no" cuando quiera rompiendo su inicial consentimiento.

La circunstancia de que una víctima acepte una concreta relación no determina que tenga por sí mismo que aceptar cualquiera que se pueda presentar en el mismo momento, o en cualquier circunstancia anterior o posterior. El consentimiento previo en una relación no determina el consentimiento tácito o presunto respecto a actuaciones posteriores, ya que si el Tribunal entiende que éstas son sin consentimiento se aplicaría el art. 181 del código penal, siempre que no exista violencia o intimidación, habida cuenta que cada consentimiento tiene que ser exacto y perfecto respecto a una actuación concreta, sin que exista un consentimiento presunto en actuaciones como la que se analiza en el presente caso.

Así, para concluir, la víctima tiene derecho a prestar consentimiento a unos actos y no a otros. El recurrente no puede sostener un alegato de actuaciones previas de la misma para suponer un asentimiento a los actos posteriores, cuando estos se realizan sin el consentimiento. Además, en la sentencia se hace referencia al estado de turbación de la misma, y hemos dicho con reiteración que no es preciso la existencia de una negativa expresa a este tipo de actuaciones, y que puede existir, como en este caso ocurre, un aprovechamiento del recurrente respecto a la situación en la que se encuentra la víctima, lo que equivale en este caso a una ausencia de consentimiento".

"Debe entenderse el derecho de la víctima a decir 'no', aunque sea en silencio", recalca el Supremo, que subraya también el derecho de la mujer a "prestar consentimiento a unos actos y no a otros" e incluso a retirar el otorgado en un inicio. No se puede entender que el consentimiento es "permanente": "la mujer tiene el derecho a decir 'no' cuando quiera, rompiendo su inicial consentimiento", reiteran los magistrados.

Esta resolución pone de manifiesto que el consentimiento puede haber sido prestado *ex ante facto* (es decir, antes de que tenga lugar la acción típica), *in facto* (que el consentimiento tenga lugar durante el desarrollo de la acción típica, pudiendo cambiar la voluntad de la víctima), o

post facto (es decir, una vez la acción típica se haya llevado a cabo); siendo estos dos últimos los que más controversia generan a la hora de realizar la pertinente valoración.

Esta jurisprudencia ha servido de base para numerosas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales en resoluciones muy recientes ⁴⁴.

Respecto al delito de abuso sexual sienta doctrina la sentencia 396/2018, de 26 de julio de 2018 del Tribunal Supremo cuando señala *"Cualquier acción que implique un contacto corporal*

⁴⁴ STSJ Navarra 7/2022, 15 de marzo de 2022. En ella, tras recordar, con cita de la STS 147/2020, de 14 mayo, que " la mujer tiene derecho a decir 'no' cuando quiera rompiendo su inicial consentimiento", la Sala juzgadora razona que " en el presente caso la relación sexual comenzó con besos de ambos, consentidos, pero a continuación el acusado empezó a tocarle los pechos, y Agueda ya manifestó su disconformidad, diciéndole que no, a pesar de lo cual continuó el acusado aplicando fuerza sobre la víctima para vencer la oposición ", y termina concluyendo, de modo firme y tajante (pág. 20), que " Agueda no consintió los accesos carnales por vía oral, anal ni vaginal objeto de acusación ". En suma, la sentencia recurrida sí contempla y admite el arrepentimiento de la relación inicialmente consentida; pero lo sitúa en el curso de su desarrollo, cuando el acusado pasó de los besos a los tocamientos del pecho que precedieron al acceso carnal y ella le hizo patente, de palabra y obra, su oposición.

SAP Valladolid 170/2020, 17 de noviembre de 2020: "E igualmente, al hilo de todo lo anterior, el derecho del sujeto pasivo/víctima, en ese ámbito de libertad tan personalísimo, abarca la posibilidad de aceptar una relación sexual y rechazar otras, pues, con la STS de 14-5-2.020, el que la víctima acepte una concreta relación no implica que tenga que aceptar cualquiera otra que pudiera presentarse en el mismo momento o posteriormente, en definitiva, la víctima en el ámbito de su libertad de autodeterminación sexual tiene pleno derecho a prestar su consentimiento a unos actos y a otros no, sin que el sujeto activo deba presuponer que el consentimiento a las relaciones previas también abarque a otras posteriores, cuando estas últimas se realizaron sin el consentimiento de la víctima, y esa voluntad negativa fue recibida con claridad por el sujeto activo.

Pusimos de manifiesto en el epígrafe B) del precedente Fundamento de Derecho de esta resolución, y no parece ocioso repetirlo, que una de las modalidades del abuso sexual se produce cuando existe ausencia de consentimiento por parte de la víctima, sea cual sea la causa que para ello tuviese ella (entre otras, STS 22-11-2.011), pudiendo ser esa negativa expresa, presunta o sobrevenida (entre otras, STS 3-5-2.007), siendo suficiente para la comisión de este delito que la víctima claramente rehúse o decline un ofrecimiento sexual, sea cual fuere el formato en que ese rechazo se materialice, también que el agente perciba claramente esa negativa, no resultando preciso que, a la negativa para consentir esa modalidad de relación, la víctima tenga que añadir otro acto o expresión complementarios a la negativa a consentir(entre otras, STS 21-3-2.007). Estando dentro del libre albedrío de la víctima el aceptar una relación sexual y rechazar otra posterior (entre otras, STS 14-5-2.020), sin que el sujeto activo deba presuponer, que el consentimiento a unas relaciones anteriores también abarque las posteriores".

SAP Madrid 292/2022, 12 de mayo de 2022: "Si bien, por lo expuesto, el Tribunal tiene dudas en cuanto a la versión ofrecida por Nuria en cuanto a que su actitud, durante el encuentro con Desiderio y hasta que llegaron a su domicilio, fuera de cierta pasividad, por su estado de embriaguez y malestar físico, accediendo a ir con Desiderio a su casa porque Desiderio le prometió llevarle a su casa después de comiera algo, debe tenerse presente que, como recoge la STS 147/2020 14 de mayo, "Debe entenderse el derecho de la víctima a decir "no", aunque sea en silencio, o aceptar una relación y rechazar otras, sin que por aceptar una la mujer tenga que existir una presunción de que acepte que otras personas tengan una relación con ella, o que, incluso, la misma persona también entienda que iniciado el consentimiento, éste es permanente, al punto de que la mujer tiene el derecho a decir "no" cuando quiera rompiendo su inicial consentimiento.

La circunstancia de que una víctima acepte una concreta relación no determina que tenga por sí mismo que aceptar cualquiera que se pueda presentar en el mismo momento, o en cualquier circunstancia anterior, o posterior....

La víctima tiene derecho a prestar consentimiento a unos actos y no a otros. El recurrente no puede sostener un alegato de actuaciones previas de la misma para suponer un asentimiento a los actos posteriores, cuando estos se realizan sin el consentimiento ".

inconsentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP ; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena. Cabe destacar en este sentido, que el delito de abuso sexual del artículo 181 CP, de conformidad con dicho precepto, puede ser castigado con pena privativa de libertad o con pena de multa 18 a 24 meses”.

- El Tribunal Supremo, en **Sentencia núm. 165/2022, de 24 de febrero** manifiesta:

“Igualmente hemos de descartar que nos encontremos ante un delito del artículo 183.1 CP en tentativa, por el hecho de que el inicial objetivo del acusado, el besar en la boca a la niña, se viera frustrado por la reacción de ella, y de esta manera solo alcanzara a besarla en la mejilla, pues cuando esto ocurrió ya se había producido el contacto corporal. Decíamos en la STS 396/2018, de 26 de julio, que “cualquier acción que implique un contacto corporal inconsentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual”.

También se dan casos de abusos sexuales cuando habiéndose otorgado en un principio un consentimiento válido por parte de la víctima, este ha sido condicionado y esa condición se ha obviado por parte del condenado. Esto ocurre en el denominado “*stealthing*”, en el que la víctima consiente mantener relaciones sexuales con la utilización de preservativo y el condenado simula ponérselo o se lo quita. En este sentido, hay varias resoluciones al respecto que señalan que no existe un consentimiento viciado sino una ausencia de consentimiento. A modo de ejemplo:

- Audiencia Provincial de Sevilla en La **sentencia 375/2020, de 29 de octubre**, de la Audiencia Provincial de Sevilla. De acuerdo con la sentencia lo que llevó a cabo el condenado fue una “*modificación unilateral y clandestina de las condiciones en que se había prestado el consentimiento*”. La víctima “*había consentido exclusivamente una relación sexual que incluía la penetración vaginal con preservativo*”. La resolución indica que al ocultar que había retirado el preservativo de su pene atacó “*gravemente su libertad sexual y manteniendo un contacto sexual no consentido*”.

Esta sentencia fue recurrida al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dando lugar a la **sentencia 186/2021, de 1 de julio**, concluyendo:

“Como expone con detalle el tribunal a quo, la acción consistente en prescindir de preservativo durante todo o parte de una relación sexual, pese a haber sido pactado o

impuesto por la pareja como condición al prestar el consentimiento, conocida en la doctrina científica y de los tribunales con la denominación anglosajona stealthing, constituye un atentado a la libertad sexual de la otra persona partícipe en la relación en cuanto ésta no ha consentido cualquier suerte, forma o condiciones de contacto sexual, sino que ha impuesto como límite o condición el uso de protección mediante preservativo. Por tanto, si la persona que según ese acuerdo ha de llevar profiláctico durante la relación prescinde del mismo subrepticamente, en todo o parte del acto sexual, está desoyendo una condición impuesta por la pareja como complemento - esencial y no meramente accesorio o secundario - de su consentimiento, es decir, está manteniendo una relación no consentida que, así, atenta contra la libertad sexual y ha de ser sancionada conforme al art. 181 apartado 1 que aquí se aplica, incluyendo el apartado 4 en caso de acceso carnal por alguna de las vías previstas en el mismo, ya que, como es sabido y recuerda acertadamente la sentencia apelada, el consentimiento para una concreta actividad sexual no puede extenderse unilateralmente por el otro partícipe a otros tipos de contactos no consentidos”.

Visto lo anterior, comprobamos que la valoración del consentimiento en los términos del Convenio de Estambul ya se estaba aplicando en los tribunales españoles por vía de interpretación normativa, aunque en nuestra legislación no se contemplaba una definición de consentimiento.

Sin embargo, en la práctica, y a pesar de que son de obligado cumplimiento, se observa cierta dejadez por parte de los tribunales a incorporar los Tratados y Convenios internacionales en el día a día de los juzgados. Por ello, consideramos fundamental la **incorporación de la definición de consentimiento, configurándolo como un elemento objetivo del tipo delictivo** e imponiendo a los juzgados y tribunales la obligación de su observancia, en contra de la opinión manifestada por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe, de 25 de febrero de 2021, sobre Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual que, sobre la inclusión de la definición de consentimiento en el tipo penal, señalaba que era innecesario incluir una definición de consentimiento, por cuanto la problemática que planteaba el consentimiento no era conceptual, sino de prueba.

Consideraba también que las eventuales dificultades procesales de acreditar la ausencia de consentimiento no pueden trasladarse al ámbito de la tipicidad mediante la incorporación de una definición normativa de un elemento típico. Sin embargo, y así lo expone el propio Anteproyecto, la incorporación de la definición es reflejo de lo expuesto en el Convenio de Estambul (art. 36) tras definir como violencia sexual la cometida sin consentimiento. Igualmente, el Anteproyecto es consciente, como expone María Acale Sánchez, que “poner el acento como

exige el convenio de Estambul en la falta de consentimiento es la meta, porque en él se funda el bien jurídico protegido libertad sexual y su variante de la seguridad”⁴⁵.

5.3. LA VÍCTIMA DE AGRESIÓN SEXUAL EN EL PROCEDIMIENTO

Como hemos visto anteriormente, y se refleja con los datos de las encuestas, las denuncias que se reciben y los procedimientos que no llegan a juicio por archivos hacen que nos planteemos qué se debe mejorar para que aumente el porcentaje de denuncias. Concluimos que es necesario **mejorar el proceso que tienen que afrontar las víctimas**, haciendo que las investigaciones previas sean sólidas, buscando soluciones que eviten que las mujeres tengan que repetir una y otra vez el relato, respetando el principio de contradicción. En definitiva, garantizar los derechos de las víctimas sin que sean vulnerados las garantías de los acusados.

En relación a los reconocimientos médicos de las víctimas de agresión sexual, la LO 10/2022 prevé⁴⁶ que se garantizará la disponibilidad del personal médico forense para asegurar que el examen y las actuaciones de interés legal se practiquen a las víctimas sin demoras y conjuntamente con el reconocimiento ginecológico o médico preceptivo y todo aquel estudio médico necesario. En todo caso, se evitará la reiteración de reconocimientos, salvo que resultaren estrictamente indispensables para la investigación.

⁴⁵ Acale Sánchez, M. (2019). Propuestas que disminuyan la revictimización. Unificación de las agresiones y los abusos sexuales. En *Violencia sexual...* En online.elderecho.com.

⁴⁶ Artículo 48. LO 10/2022. *“Práctica forense disponible, accesible y especializada. 1. La Administración General del Estado y las administraciones de las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizarán la disponibilidad del personal médico forense para asegurar que el examen y las actuaciones de interés legal se practiquen a las víctimas sin demoras y conjuntamente con el reconocimiento ginecológico o médico preceptivo y todo aquel estudio médico necesario. En todo caso, se evitará la reiteración de reconocimientos salvo que resultaren estrictamente indispensables para la investigación.*

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 363 y 778.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1982, 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, no estará condicionada a la presentación de denuncia o al ejercicio de la acción penal. Las muestras biológicas y evidencias que se recojan por el centro sanitario se conservarán debidamente para su remisión, garantizando la cadena de custodia y del modo más inmediato posible, al Instituto de Medicina Legal. El plazo y demás condiciones de conservación se determinará mediante protocolos científicos por los organismos competentes.

3. Se garantizará la especialización adecuada del personal del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses que intervenga en los casos de violencias sexuales con el fin de asegurar la calidad de su intervención y la no victimización secundaria, especialmente en los casos de víctimas menores de edad.”

Frente a la ausencia de lesiones físicas, en un porcentaje elevado de agresiones sexuales, como muestra la Macroencuesta de 2019, el 53% de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja dicen que ésta ha tenido para ellas consecuencias psicológicas; porcentaje que asciende al 78,9% entre las víctimas de una violación. Por ello, es fundamental destacar la importancia de los informes psicológicos elaborados por los especialistas adscritos a los juzgados, a los que solicitamos que evalúen y emitan informe sobre el posible daño psíquico o emocional que pudiera padecer la denunciante por los hechos objeto de procedimiento, si sufre algún tipo de sintomatología o secuela; y si es así, si ello es compatible con los hechos que aquella relata, así como cualquier otro extremo o circunstancia que el profesional que la informe entienda puede ser de interés para la causa.

La L.O 10/2022 dispone, respecto de estos y estas profesionales que *“Las unidades de valoración forense integral, adscritas a los Institutos de Medicina Legal o a otros órganos competentes, en su caso, se ocuparán también de los casos de violencias sexuales contra las mujeres, niñas y niños, para lo cual serán reforzadas y se garantizará su presencia en todo el territorio del Estado. Su intervención se producirá desde las primeras fases del proceso, incluido el servicio de guardia.”*

En el caso de menores víctimas, los equipos adscritos al juzgado elaboran informes de credibilidad del testimonio. Y a este respecto también se ha pronunciado el **Tribunal Supremo en sentencia 21/2020, de 17 de junio**, que se remite a la sentencia 742/2017, de 16 de noviembre, señalando que estos informes de credibilidad son *“ instrumentos de auxilio a la función judicial, que no la sustituyen los dictámenes periciales psicológicos sobre credibilidad de los menores, pueden pronunciarse sobre el estado físico y psicológico del menor antes y después de suceder los hechos, pueden incluso contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por la ciencia y expresar si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad, pero en ningún caso pueden determinar si las declaraciones se ajustan a la realidad, tarea que incumbe exclusivamente al órgano de enjuiciamiento. A sensu contrario, sí pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas (SSTS 10/2012, de 18 de enero; 381/2014, de 23 de mayo; 517/2016, de 14 de junio; 789/2016, de 20 de enero; y 468/2017, de 22 de junio).”*

Las víctimas sienten que se pone el foco en ellas. En numerosas ocasiones los interrogatorios se convierten en una auténtica catarsis, porque tienen que responder a preguntas sobre su vida privada, analizan su comportamiento, más que un enjuiciamiento de la conducta del agresor.

Las organizaciones de mujeres han pedido que las víctimas de agresión sexual dejen de ser cuestionadas por sus comportamientos, que no se juzgue su actitud. Vemos, incluso, sentencias en las que se condena al acusado de un delito de agresión sexual, pero se pone en tela de juicio

la actitud de la víctima, causando un grave daño a la víctima y condenándola al escarnio público⁴⁷.

En este sentido, la actual reforma al incidir sobre el consentimiento, como aspecto fundamental del delito y definir cómo debe darse de forma exclusiva, está **quitando el foco de los comportamientos de la víctima** fuera de lo que es el consentimiento.

Asimismo, estas actitudes están prohibidas conforme el artículo 54 del Convenio de Estambul, que establece que *“Las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que, en cualquier procedimiento, civil o penal, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima no sean admitidas salvo que sea pertinente y necesario.”*

El actual artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no recoge en toda su extensión el texto del artículo 54 del Convenio de Estambul, limitándose la prohibición de inquirir a la víctima en su declaración sobre su *“vida privada”*, quedando en una fórmula ambigua y puede dar lugar a que los procesos por delitos sexuales sigan siendo un análisis del comportamiento de la víctima, si hizo o no lo correcto antes, durante o después de la agresión para ser considerada tal; más que el enjuiciamiento a la conducta del agresor.

Debería haberse transcrito literalmente el texto del Convenio de Estambul, de forma que quien presida el juicio en un tribunal, o tome la declaración en un juzgado deba fundamentar la pertinencia de preguntas relativas a estos antecedentes sexuales de la víctima y su comportamiento ⁴⁸.

5.3.1. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA

Respecto de la declaración de la víctima debemos señalar que, desde que se inicia la denuncia va a tener que explicar las circunstancias de la agresión en varias ocasiones, antes de la celebración del juicio oral, donde en base al principio de contradicción tiene que responder a las preguntas de la acusación, el Ministerio Fiscal y de la defensa.

⁴⁷ Sentencia 18/03/2020 TSJ Castilla y León Sala de lo Civil y lo Penal *“Pero debemos de convenir que, por más que el consentimiento prestado por una menor resulte irrelevante a los efectos de destipificar una conducta sexual, no por ello carece de aptitud para, cuanto menos, desdibujar un daño que no puede ser idéntico al que se sufriría a causa de la misma conducta cuando alguna de las partes no la hubiese realizado por su propia voluntad.”* Caso Arandina menor 15 años.

⁴⁸ La Asociación de Mujeres Juristas THEMIS planteaba esta cuestión en sus aportaciones al Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

En este sentido, se debe poner el foco en la prueba preconstituida, que ya se lleva a cabo con menores, tras la reforma de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, para su posible aplicación en víctimas mayores de edad, posibilitando que la grabación de su testimonio pueda ser reproducido en el juicio oral.

Sobre este asunto se ha pronunciado de forma reiterada la Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer, Teresa Peramato ⁴⁹, interesando que para garantizar la incolumidad de las víctimas frente al procedimiento, y evitar la revictimización, dentro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se haga obligatoria la prueba preconstituida para todas las víctimas de violencia sexual y las más vulnerables de determinadas formas de violencia de género, como ya ocurre con los y las menores de 14 años.

El CGPJ en el Informe al Anteproyecto ya señalaba la posibilidad de introducir esta técnica procesal para evitar la victimización secundaria de quienes han sido sujeto pasivo de un delito contra la libertad sexual, en especial en los delitos de trata ⁵⁰.

La reforma operada por LO 10/2022 no introduce ninguna modificación con relación a la prueba preconstituida; pero sí en quiénes abordarán estos temas, siendo los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la Fiscalía de sala los competentes para tramitarlos y se prevén medidas judiciales de protección y acompañamiento *“reforzado”* para las víctimas, como *“declarar en salas especiales acondicionadas”* o facilitar la grabación de su testimonio, para que *“sea reproducida durante el juicio oral”*.

Por ello, es importante la unificación de criterios en la Fiscalía; y de ahí que el Fiscal General del Estado esté preparando una circular que trasladará a todos los miembros del Ministerio Público, en la que abogará porque se considere como prueba preconstituida la declaración que haya realizado la víctima de agresión sexual durante la instrucción, estudiando y analizando todas las posibilidades y herramientas de protección y de evitación de la victimización secundaria, incluida esa prueba preconstituida.

La Fiscalía General del Estado ha señalado como prioridades para la Fiscalía *“explorar todos los aspectos posibles de protección de las víctimas para dar una herramienta jurídica integral a los fiscales para la consecución de estos objetivos.”* *“Las víctimas han de ser amparadas y defendidas. Su papel en el proceso, cuando además su testimonio es imprescindible para la persecución de los delitos, no debe significar una carga, un elemento violento o desgarrador para ellas. No son*

⁴⁹ <https://www.fiscal.es/-/teresa-peramato-hay-que-evitar-a-las-v%C3%ADctimas-el-sufrimiento-de-recordar-y-reproducir-la-violencia-sexual->

⁵⁰ 162 Informe CGPJ Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral a la Libertad Sexual

las víctimas las que se tienen que adaptar al proceso o a la justicia, somos nosotros los que tenemos que adaptarnos a ellas ⁵¹.”

Sin embargo, esto puede constituir una herramienta para la Fiscalía. Pero no se ha llevado a cabo una reforma que permita como norma, la realización de la prueba preconstituida en el testimonio de la víctima mayor de edad, salvo como ya ocurre, cuando hay razones de peso específicas del caso, que impiden o desaconsejan la declaración en juicio, o cuando exista un informe médico o psicológico que ponga de relieve la grave disfunción que provocaría su testimonio; por lo que será finalmente lo que decida el juez/jueza o Tribunal.

Entendemos que la realización de la prueba constituida en mayores de edad sería además acorde con el Estatuto de la Víctima, que también ha sido reformado por la LO 10/2022 en cuanto a las medidas que se deben adoptar para la protección de las víctimas.

5.3.2. REQUISITOS DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA

Los casos de agresión sexual que se producen, en su inmensa mayoría sin la presencia de testigos, pueden derivar en la imposibilidad de contar con otra prueba que no sea la declaración de la víctima. La declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ⁵², puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible.

Para ello, la jurisprudencia ha venido exigiendo, en un ingente número de resoluciones, ⁵³ los siguientes requisitos, tal y como señala el Tribunal Supremo, en sentencia de, 26 de abril de

⁵¹<https://www.fiscal.es/-/el-fiscal-de-sala-%C3%81lvaro-garc%C3%ADa-ortiz-comparece-ante-la-comisi%C3%B3n-de-justicia-del-congreso-de-los-diputados-como-candidato-a-fiscal-general-del-estado>

⁵² La sentencia del Tribunal Constitucional 16/2000 (31/01/2000) recuerda la posibilidad de que las declaraciones de la víctima, incluso como único testigo, puedan erigirse en prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, aun cuando se haya personado aquella como acusación particular en el procedimiento (SSTC 62/85 de 5 de mayo); (RTC 1985/62); (201/989 de 30 de noviembre); (RTC 1989/601); (174/199 de 12 de noviembre); (RTC 1990/174); (229/1991 de 28 de noviembre); (RTC 1991/29), (283/1993 de 27 de septiembre) (RTC 1993/283 64/94 de 28 de febrero); (STC 201/89); (RTC 1989/201; 169/90); (RTC 1990/169) (RTC 1987/335; 961/1987 de 22 de julio (RTC 1987/961)

⁵³ Tribunal Supremo en su Sentencia 172/2022, de 24 de febrero en la que recuerda su anterior doctrina según la cual la declaración de la víctima puede, por sí sola, ser suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. La Sala viene en el Fundamento de Derecho Tercero de la resolución recuerda que para dictar una sentencia condenatoria basada únicamente en dicha prueba es necesario que el tribunal sentenciador valore la comprobación de la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) ausencia de incredulidad subjetiva, 2) verosimilitud, 3) persistencia en la incriminación.

2000. *"Una vez más, hemos de reiterar la doctrina jurisprudencial emanada de los numerosos casos en los que la convicción inculpatoria se alcanza a través del testimonio de la víctima, que se convierte, además, en testigo único o por lo menos principal. Es necesario depurar con rigor las circunstancias del caso para comprobar si efectivamente concurren los requisitos que se exigen para la viabilidad de la prueba y que son los siguientes:"*

(i) Ausencia de incredulidad subjetiva.

La comprobación de la concurrencia de este requisito exige un examen minucioso del entorno personal y social, que constituye el contexto en el que se han desarrollado las relaciones entre el acusado y la víctima. El testimonio de la víctima es el principal basamento de la acusación. Es necesario descartar, a través del análisis de estas circunstancias, que la declaración inculpatoria se haya podido prestar por móviles de resentimiento, venganza o enemistad y, al mismo tiempo, excluir cualquier otra intención espuria que pueda enturbiar su credibilidad. Sólo de esta forma se puede establecer una primera base firme para llegar a un principio de convicción inculpatoria.

Pero, también, hay que tener en cuenta, como señala el Tribunal Supremo ⁵⁴, que en estas infracciones, que ordinariamente se cometen en la clandestinidad, puede ocurrir que las declaraciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las particularidades concretas del caso. Es decir, la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza, o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles, es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que, aun teniendo esas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva.

A este respecto, la experiencia profesional nos lleva a asegurar que en esta tipología delictiva las víctimas no persiguen la obtención de un beneficio injustificado o provocar un perjuicio al agresor con un sentimiento de venganza, sino una necesidad de ser creídas y poder vivir con tranquilidad, buscando una reparación del daño producido al bien jurídico protegido y una respuesta penal adecuada y proporcionada al perjuicio

⁵⁴ La STS. 381/2014 de 21 de mayo, insiste en que tales tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que la Sala de instancia pudiera dar crédito a la declaración testifical de la víctima como prueba de cargo. A nadie se le escapa -dice la STS. 19.12.03 - que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad, puede ocurrir que las declaraciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las circunstancias concretas del caso. Es decir, la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles, es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que, aun teniendo esas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva. Por ello tiene aquí singular importancia la consignación de una motivación concreta y suficientemente desarrollada. En suma, el propósito último es que "valoración en conciencia" no signifique ni sea equiparable a "valoración irrazonada", por lo que es el adecuado razonamiento del Tribunal lo que en todo caso deviene imprescindible (en parecidos términos, STS núm. 259/2007, de 29 de marzo)."

ocasionado. Manifiestan continuamente la necesidad de que el procedimiento finalice cuanto antes y *“poder pasar página”*.

(ii) Verosimilitud del testimonio.

No basta con el requisito anterior, sino que también es necesario que nos encontremos ante una manifestación que, por su contenido y matices, ofrezca sólidas muestras de consistencia y veracidad. La mejor forma de conseguir este objetivo pasa por contrastar las afirmaciones vertidas por el testigo-víctima, con los demás datos de carácter objetivo que bien, de una manera directa o periférica, sirvan para corroborar y reforzar aspectos concretos de las manifestaciones inculpatorias. Este apoyo material sirve para reforzar la credibilidad, no sólo de la persona que vierte la declaración, sino también la verosimilitud del dato facilitado.

Es evidente que esta exigencia debe aquilatarse y extremarse en aquellos casos en los que el delito, por sus especiales características, no ha dejado huellas o vestigios materiales de su ejecución. En la práctica, y en relación a la tipología delictiva que nos ocupa, no siempre es fácil la obtención de este tipo de datos. Así, por ejemplo, un informe médico de lesiones, como consecuencia de los hechos cometidos, no siempre es posible.

Si atendemos a los datos de la Macroencuesta de 2019 tan solo el 25% de las mujeres que han sufrido una violación ha tenido cortes, rasguños, moratones o dolores y el 18,7% lesiones en los genitales. Estos porcentajes contrastan con la creencia popular de que una violación no tiene que dejar secuelas físicas visibles.

Pero debemos incidir, como ya lo hemos hecho con anterioridad, en que frente a la ausencia de lesiones físicas en una cifra elevada de agresiones sexuales, como muestra la Macroencuesta de 2019, el 53% de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja dicen que ésta ha tenido para ellas consecuencias psicológicas; porcentaje que asciende al 78,9% entre las víctimas de una violación.

(iii) Persistencia en la incriminación.

Por último, debe comprobarse cuál ha sido la postura del testigo inculpatario a lo largo de las actuaciones, tanto en la fase de investigación como en el momento del juicio oral. La continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatorios no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituya

un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones. El Tribunal Supremo ha declarado que *"la persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni las sucesivas ampliaciones de éstas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado; ni la modificación del vocabulario o de la sintaxis, es decir de las formas expresivas, cuando con unas u otras se dice lo mismo; ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio, pero no en lo principal que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva (STS 180/2021, de 2 de marzo)."*

Ahora bien, es necesario señalar, tal y como ha fallado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo, que estos criterios son establecidos como indicadores mínimos para considerar la declaración de la víctima con entidad suficiente como para que su declaración pueda ser considerada prueba de cargo suficiente para desvirtuar el derecho del acusado a la presunción de inocencia, pero no son condiciones objetivas; por lo que hay que contemplar la posibilidad de que esos parámetros mínimos no se cumplan en su integridad, pero que la entidad del resto sea tan sólida que pueda completar la carencia de uno de ellos ⁵⁵.

Además de estos criterios, el Tribunal Supremo ha elaborado como factores para tomar en consideración la declaración de la víctima otros parámetros, meramente orientativos, para valorar la credibilidad del testimonio de las víctimas, especialmente las de delitos sexuales y de violencia de género, que pueden concurrir de forma acumulativa o alternativa: *"tales como ad exemplum, "seguridad" en la declaración, la "concreción en el relato", la "claridad expositiva", su "lenguaje gestual", la "expresividad descriptiva", la "ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado", la "ausencia de lagunas en el relato" y que se trate de "un relato íntegro y no fragmentado" sin perder de vista la interferencia que en ese testimonio pueda producir un eventual síndrome derivado de su*

⁵⁵ ATS 163/21, de 4 de marzo. *"Dicho lo anterior se desprende que, como efectivamente lo estimó el Tribunal Superior de Justicia, se había practicado prueba de cargo bastante para dictar sentencia condenatoria. En reiteradas ocasiones, este Tribunal ha recordado la capacidad de la declaración de la víctima, aunque sea prueba única, para constituir prueba de cargo bastante, practicada con las debidas garantías procesales (vid., por todas, sentencia de esta Sala 38/2021, de 21 de enero). Debe recordarse, también, que los criterios establecidos por esta doctrina jurisprudencial para la valoración de la credibilidad de la víctima, no son requisitos de validez, sino pautas orientativas o parámetros para el estudio y análisis de sus manifestaciones (STS 691/2020 , de 14 de diciembre). En el caso presente, se ha evidenciado un núcleo fáctico congruente y esencial, que la denunciante ha mantenido en todo momento, y que, como antes se ha puesto de relieve, consiste en un acceso sexual conseguido con violencia y sin el consentimiento de la víctima. Las contradicciones u olvidos de datos secundarios innecesarios no merman la racionalidad del análisis del Tribunal de apelación, sin olvidar que la declaración de la víctima se encuentra corroborada por otros elementos secundarios, pero que dotan a la declaración de la víctima de rasgos de veracidad".*

"victimización secundaria", provocando dificultades en la expresión de tal relato derivados del temor a las represalias del acusado, de sus familiares o amistades, o a las presiones del propio entorno de la víctima, o, incluso, a la inseguridad originada por el propio sistema judicial, o, simplemente, a la necesidad de olvidar los hechos cuanto antes (STS 119/2019, de 6 marzo, 293/2019, de 3 junio y 495/2019, de 17 de octubre)."

+

CONCLUSIONES

DEFINICIÓN DE CONSENTIMIENTO

1

Valoramos positivamente la definición de consentimiento introducida en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, como aspecto fundamental del delito de agresión sexual, que clarifica y limita posibles interpretaciones.

2

COMPETENCIA JUZGADOS VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

El hecho de que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la Fiscalía adscrita a los mismos asuman las competencias para la instrucción de los procedimientos sobre violencia sexual redundará en un conocimiento más especializado de las y los Jueces y Fiscales en relación con la violencia hacia las mujeres.

3

UNIDADES DE VALORACIÓN INTEGRAL FORENSE

Consideramos acertado el hecho de que se ocupen de estos procedimientos las "Unidades de Valoración Integral Forense" de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

4

MEDIDAS

En la Ley se implementan un número de medidas de protección importantes que influirá en beneficio de las mujeres víctimas de violencia, ya sea medidas de atención a las víctimas como medidas sociales y ayudas económicas para las mismas.

RECOMENDACIONES

1 PERSEGUIBILIDAD

Se debería permitir la incoación del procedimiento sin que sea imprescindible la denuncia por parte de la víctima. El artículo 191 del Código Penal (desde la reforma de 1995) permite al Ministerio Fiscal (mediante querrela, señala el precepto) la puesta en marcha del correspondiente proceso penal, aun sin la concurrencia de la denuncia de la propia víctima. Pero en la práctica diaria se observa, según nuestra experiencia profesional, una escasa iniciativa por parte del Ministerio Fiscal. Es relevante que en la última Memoria de la Fiscalía General del Estado (2020) no ofrece datos en este sentido.

PERICIAL PSICOLÓGICA

2

Para la valoración de los daños psicológicos a las víctimas de agresión sexual se deberían adoptar medidas para que en estos procedimientos se evalúen y emitan informes sobre su posible daño psíquico o emocional, además de recoger si sufre alguna sintomatología o secuela, así como aquello que se entienda de interés para el procedimiento.

PRUEBA PRECONSTITUIDA

3

Se debería reformar la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto a la inclusión de la preconstitución de la prueba en el caso de las víctimas de violencia sexual para evitar la revictimización ocasionada como consecuencia de las múltiples declaraciones de la víctima, que se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad. La prueba reconstituida se configura como un instrumento acorde al Estatuto de la Víctima del Delito, que prevé medidas para la protección de las mismas.

MINORACIÓN DE PENAS

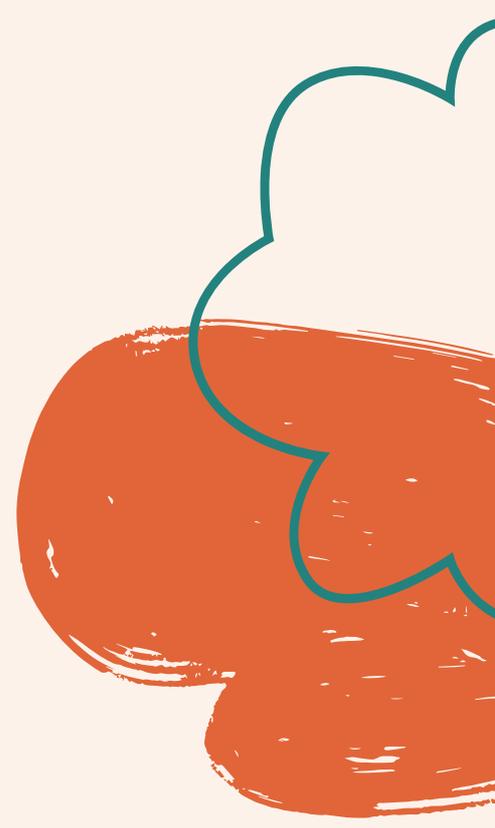
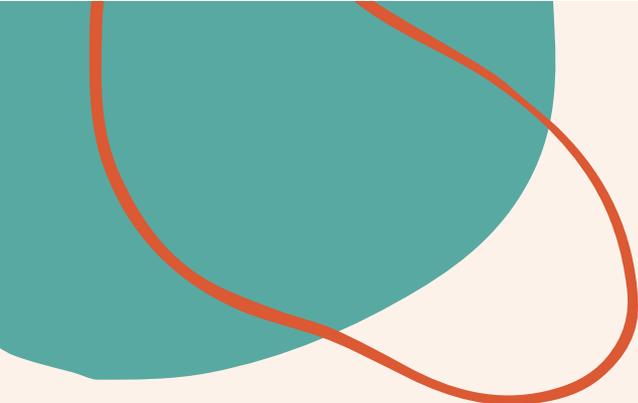
4

Se debería efectuar una reforma expresa del artículo 178 del Código Penal, en el párrafo 3º, recogiendo explícitamente que no se aplicará a las conductas reflejadas en el párrafo 2º, en el que se recogen las conductas realizadas 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.

Quando se cometen estas conductas, en ningún caso se deberían imponer penas de 6 meses o multa, como actualmente se permite; ya que se transmite una impresión de impunidad y de ineficacia en cuanto al efecto disuasorio y preventivo, inherente al derecho penal.

5 PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

Se debería modificar el Código Penal para expresar el legislador en los distintos artículos en los que se han recogido las distintas conductas de agresión sexual, incluida la violación, que cuando las mismas se hayan cometido empleando violencia o intimidación la pena a imponer será de mayor entidad.




G CONSELLERIA
O PRESIDÈNCIA,
I FUNCIO PÚBLICA
B IGUALTAT
/ INSTITUT BALEAR DONA

ib
Institut
Balear de
la Dona

 GOBIERNO
DE ESPAÑA
MINISTERIO
DE IGUALDAD


Pacto de Estado
contra la violencia de género

Themis
Asociación de Mujeres Juristas