

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá

Catedrático de Derecho Penal. Univ. Autónoma de Madrid, España. Patrono de la FICP.

~Alguna breve consideración sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual*~

I. EL PROYECTO DE LEY Y SUS ORÍGENES

1. Introducción

En estos días, como es sabido, se están siguiendo en el Parlamento los últimos trámites previos a la aprobación de un proyecto de Ley que implica una reforma de las infracciones contra la libertad sexual, en la Ley orgánica para la "salv guarda integral de la autonomía sexual"¹. En lo que aquí interesa, se trata de reformar -partiendo de una aproximación que incorpora otros elementos destinados a tener en cuenta el objetivo mismo que da nombre a esta Ley: la prevención, la sensibilización, la detección, la educación- la estructura de las descripciones legales de las infracciones más graves en este ámbito, y también -sea dicho en términos muy genéricos, de momento- para responder a una nueva sensibilidad social respecto a la presión social y personal permanentes que estos delitos crean para las mujeres.

Para resumir los cambios fundamentales en el nuevo modelo del proyecto cabe decir que lo esencial es lo siguiente: las denominaciones de "agresión sexual" y "violación" (cuando haya penetración) se amplían a todas las formas de comportamiento sexual no consentido. Los límites inferiores de las penas se fijan por debajo de los límites actuales de los delitos coactivos para evitar un aumento de las penas para los delitos sin coacción (en la regulación actual, "abusos sexuales"). Se eleva, en cambio, el límite inferior de la pena para los delitos no coactivos: desaparece la posibilidad de imponer una multa (menos en una nueva cláusula facultativa de atenuación para casos más leves, art. 178.3 CP), ahora incluida en el delito básico de contacto sexual no consentido (pero no

* Conferencia presentada el día 15.9.2022 en el Congreso de la FICP. El presente texto coincide en parte con el artículo "Sexual Assaults under Spanish Law: Law Reform, Consent and Political Identity", en prensa para: Tatjana HÖRNLE (ed.), *Sexual Assault Law in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2022. Agradezco a MAR DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ DE CHAVES (Universidad Autónoma de Madrid) su ayuda en la traducción.

¹ "Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual", en Boletín Oficial de las Cortes Generales/Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, 26.7.2021, núm. 62-1, https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-62-1.PDF, último acceso 1 de diciembre de 2021).

violento) del art. 181.1 CP, y la pena mínima es ahora de un año de prisión. Se incorporan dos nuevas circunstancias de agravación: la agravante de género en el nuevo art. 180 n° 4 CP, y una causa agravante para los casos en que el autor haya vencido la voluntad de la víctima no sólo abusando de su estado de incapacidad de consentir, sino que la haya provocado él mismo (nuevo art. 180 n° 7 CP). Por último, como se ha dicho, se introduce una cláusula general de atenuación para los casos menos graves (art. 178.3 CP). No se eleva el límite superior general de las penas (quince años de prisión), pero se incrementa para las conductas no coactivas tanto en el límite inferior como en los límites superiores (ampliando los rangos de penas ahora existentes para los casos de ausencia de coacción y de consentimiento).

2. Orígenes

La chispa que puso en marcha esta reforma que cuestiona la piedra angular de la regulación española a partir del Código Penal de 1995 (es decir, la distinción entre los delitos basados en la coacción -agresiones- y otras formas de conducta sexual no consentida -abusos-) se produjo, como es sabido, por un caso concreto -conocido como de “La Manada”- que generó un debate social y político sin precedentes y con notable repercusión informativa en todo el mundo, como consecuencia de la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra dictada en el proceso². En esta sentencia, el tribunal optó por valorar una serie de conductas sexuales, que incluían múltiples invasiones simultáneas del cuerpo de la víctima, llevadas a cabo por un grupo de cinco hombres contra una mujer que acababa de cumplir la mayoría de edad, como un abuso sexual por prevalimiento de una situación de superioridad, agravado por la penetración (art. 181.3 y 4 CP), en lugar de como una agresión sexual agravada (violación, art. 179 CP).

Según los hechos considerados probados por el tribunal, los cinco acusados condujeron inopinadamente a su víctima -con la que habían estado bebiendo durante la noche- a un espacio reducido en el que inmediatamente iniciaron una serie de actos sexuales, coreografiados a partir de ciertas producciones pornográficas (con múltiples penetraciones), que la víctima, paralizada por el terror generado por el repentino ataque, toleró pasivamente, sin oponerse activamente a la actuación de sus cinco agresores.

² Sentencia AP Navarra de 20.3.2018. Cabe afirmar que se trata sólo del desencadenante concreto del proceso de reforma en España: en muchas otras jurisdicciones de Occidente, tanto del círculo anglosajón como de los países del campo del principio de legalidad, se han producido antes y después reformas en la misma dirección, lo que indica que concurre un movimiento social de fondo que no es específicamente español.

También tuvo la valentía de declarar que no dijo expresamente "no" en ningún momento de los hechos. A pesar de esta configuración de los hechos probados -que parece sugerir una valoración como conducta intimidatoria, teniendo en cuenta las circunstancias del sorpresivo ataque perpetrado por los cinco autores, según la jurisprudencia vigente-, el tribunal de primera instancia consideró que existía un abuso sexual por prevalimiento (art. 181.3 y 4 CP) e impuso una pena de nueve años de prisión. Se trata de una calificación que -con base en los hechos probados tal y como fueron establecidos por el tribunal- *prima facie* ya parece errónea para cualquiera que conozca los elementos de estos delitos, porque esta modalidad implica que el agresor abusa de una relación de superioridad social, no de superioridad física, circunstancial y numérica como hicieron los cinco hombres en este caso. En otras palabras: se trataba de un caso de violación, o de un caso en el que los acusados habrían tenido que ser absueltos porque la víctima habría consentido. Lo que no cabía era considerarlo abuso sexual, de acuerdo con una jurisprudencia constante que considera la posibilidad de "intimidación ambiental" como modalidad del tipo de la agresión sexual/violación, es decir, una situación en la que la presencia de varios agresores crea el estado de intimidación incluso sin amenaza explícita³. Finalmente, la sentencia fue corregida por el Tribunal Supremo en este sentido, imponiendo la pena máxima de 15 años de prisión por violación (por la presencia de varias circunstancias agravantes previstas en el art. 180 CP)⁴.

La sentencia inicial de la Audiencia Provincial provocó un estallido de indignación social -a pesar de la severa pena de prisión impuesta- que puso en marcha los mecanismos de reforma de la normativa, concretados ahora en el proyecto que se tramita en el Parlamento. Las amplias protestas públicas contra la "justicia patriarcal", bajo el lema "te creemos, hermana", realizadas principalmente por mujeres jóvenes, no reclamaron una condena más dura para los agresores, sino que incidieron especialmente en la banalización de la agresión al calificarla de mero "abuso" por la sentencia de instancia: el lema más utilizado en estas manifestaciones fue, de hecho, "no fue abuso, fue violación". Teniendo en cuenta que la Audiencia Provincial de Navarra precisamente *sí* creyó a la denunciante (su relato de lo sucedido se incorporó plenamente a los hechos probados de la sentencia), la protesta se refería así a la calificación jurídica de estos hechos: al etiquetado legal del

³ Vid. en este sentido sólo GIMBERNAT ORDEIG, E., Sólo sí es sí, en: Diario del Derecho, 27-04-2020. Disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197551 (última consulta 1.12.2021); CANCIO MELIÁ, M., Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, en: MOLINA FERNÁNDEZ, F., (ed.), Memento Penal 2021, 6ª ed., Lefebvre, 2020, p. 1098.

⁴ En la STS de 4.7.2019.

delito como “abuso sexual”, que se percibía como una consideración de una especie de delito menor.

Ante unas protestas cada vez más intensas, el Gobierno del momento decidió convocar a la Sección de Derecho penal de la Comisión General de Codificación⁵ y pedirle que elaborara un proyecto de reforma. La Comisión presentó finalmente una formulación consensuada que dejaba casi todo como estaba (es decir, mantenía dos rangos de penas diferentes para las conductas con o sin violencia), pero eliminaba el *nomen iuris* de "abuso sexual" y enfatizaba la centralidad del consentimiento en la formulación de los delitos. Tras el cambio de Gobierno en 2019, el grupo parlamentario de Unidas Podemos presentó una iniciativa legislativa que creaba un nuevo modelo normativo en el que, como se ha dicho, se unificaban los delitos sexuales más graves en una sola infracción y se insertaba una definición de consentimiento. Sobre esta base, se creó un primer anteproyecto de reforma que, como es sabido, debe ser sometido a diversos organismos⁶ para que formulen informes. Tras obtener estos informes (en parte muy críticos), el Ministerio de Justicia elaboró una nueva versión del Anteproyecto de Ley, que mejoraba en particular la definición de consentimiento (*vid. infra*) y que ahora se está debatiendo en el Parlamento.

3. Contexto político

Lamentablemente, el debate público sobre la reforma (conocido como Ley del "sólo sí es sí") está sometido a una politización de la peor clase y, por tanto, a una simplificación absoluta. En España -hay que señalarlo para entender lo que sigue- existe, de forma similar a lo que ocurre en los EE.UU. en los últimos años, una especie de "guerra cultural" de las nuevas tendencias de la derecha política, en relación con diferentes ámbitos sociales. A diferencia de otros países europeos, no existe una política de cordón sanitario por parte de la derecha tradicional contra las nuevas fuerzas de extrema derecha. En este contexto, el discurso contra la "dictadura de género", la "ideología de género" y el "adoctrinamiento" en este sentido es habitual en el debate público y no se limita a las

⁵ Cosa que no sucedía desde hacía más de treinta años, mientras que las demás secciones de la Comisión sí tienen actividad; esta situación de inactividad de décadas llevó a *descubrir* que *todos* los vocales (supervivientes) de la misma eran hombres.

⁶ En particular, el Consejo General del Poder Judicial (véase el informe sobre el anteproyecto en: https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpi/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vnextoid=1353ef1c122f7710VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vnextchannel=3548f0433c33b510VgnVCM100006f48ac0aRCRD&vnextfmt=default&vnextlocale=es_ES; último acceso 1.12.2021), y el Consejo Fiscal (<https://www.fiscal.es/documents/20142/00f836e0-c5dc-8535-b3daffbf8fcb83a> ; último acceso 1.12.2021).

fuerzas de extrema derecha, y este discurso se proyecta también sobre el Derecho penal y la reforma de los delitos sexuales.

Sin ninguna referencia concreta al contenido de los textos prelegislativos en el debate público, la propuesta es radicalmente despreciada por el conjunto de la derecha política española. En los últimos meses, los conservadores españoles (y, por supuesto, el partido de extrema derecha) han prometido revertir la reforma de los delitos sexuales en curso cuando obtengan la mayoría parlamentaria. Esto es bastante infrecuente en los últimos años, en los que las políticas expansivas en la legislación penal han sido apoyadas por la mayoría del parlamento sin una clara diferenciación de las políticas de fuerzas de derecha o de izquierda.

Pero los frentes del debate son mucho más complejos que el eje izquierda-derecha. Hubo también un importante rechazo a la reforma por razones políticas en sectores de la izquierda, e incluso en el seno del Gobierno de coalición, respecto a diferentes aspectos del anteproyecto. Los conflictos están también presentes dentro del propio movimiento feminista: un importante número de conocidas autoras y activistas feministas se ha pronunciado en contra del Anteproyecto, en esencia, por considerarlo "punitivista" y por situar, en su opinión, a las mujeres en una permanente posición de víctimas⁷. También prestigiosos penalistas claramente pertenecientes al espectro de la izquierda -y algunos de ellos, protagonistas de los estudios que llevaron a la abolición de la anterior normativa nacional-católica de los delitos sexuales hace veinticinco años-, como veremos, han formulado duras críticas técnico-jurídicas de diversa índole en esta línea⁸.

II. ELEMENTOS PARA UNA EVALUACIÓN

1. Puntos de partida en la regulación vigente

Partiendo de la división de los sistemas de regulación entre aquellos que se centran en los medios comisivos (coactivos o no coactivos) y aquellos que toman como referencia esencial el consentimiento, el modelo normativo español aún vigente, a pesar de distinguir

⁷ Véase, por ejemplo, GARAIZABAL, C./MACAYA, L./PINEDA, E./SERRA, C., Objeciones feministas al actual proyecto de Ley de libertades sexuales, en: <https://elpais.com/opinion/2021-02-28/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertades-sexuales.html> (último acceso 1.12.2021): la nueva norma forma parte, en opinión de las autoras, del "populismo penal" y de una "deriva puritana" que refuerza "los argumentos patriarcales sobre la inviolabilidad del sexo de las mujeres".

⁸ Vid. por todos DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., Las propuestas de reforma del derecho penal sexual de 2018: su fundamento, en: DE VICENTE REMESAL, J. *et al.* (ed.), Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña, vol. II, Reus, 2020, pp. 1551, 1555, 1557: perspectiva colectiva en lugar de individual respecto de la identidad sexual; uso moralizante del Derecho penal y por tanto fomento de su banalización; enfoque identitario de la materia.

entre abusos y agresiones sexuales en función de la conducta del sujeto activo, es en realidad un modelo mixto. En efecto, por un lado, la descripción de las agresiones sexuales está centrada en el delincuente, en la conducta de coacción. Por otro lado, sin embargo, la piedra angular de la regulación, en el delito básico residual de abuso sexual del art. 181.1 CP, desde 1995 define un delito centrado en el consentimiento, que asegura que cualquier acto sexual sin el consentimiento de la víctima es delictivo.

Por otra parte, la *praxis* consolidada de la aplicación judicial de los delitos sexuales en España no permite una clasificación clara en la plantilla -hoy muy extendida en el mundo anglosajón- que distingue entre consentimiento interno (*attitudinal consent*) y consentimiento manifestado (*performative consent*). Las directrices jurisprudenciales para evaluar el estándar de prueba giran en torno a la credibilidad del testimonio de la posible víctima, y, desde luego, permiten perfectamente llegar a la condena sólo con base en el testimonio de la persona agredida.

Como es sabido, en la legislación actual no existe una definición legal de consentimiento, ni tampoco ejemplos que orienten la interpretación más allá de la formulación en los diferentes delitos. En los delitos de agresión sexual cabe destacar -en una cuestión a medio camino entre el concepto y su prueba- que existe una jurisprudencia consolidada (al menos, en las dos últimas décadas) en el sentido de que la resistencia de la víctima ya no es un elemento del delito, mientras que sí lo es la violencia o intimidación del agresor. De este modo, se ha producido un alejamiento de la jurisprudencia tradicional, que inicialmente exigía una resistencia considerable, más tarde requería una resistencia "razonable", mientras que ahora establece que basta la voluntad contraria de la víctima⁹. Obviamente esto no cambia en absoluto el hecho de que la prueba física de la resistencia de la víctima, si está presente, es muy relevante como prueba de la falta de consentimiento y del uso de la violencia. Según este enfoque de la intimidación, la cuestión tradicional de la "resistencia formal" para preservar la *honestidad* de la mujer (*vis haud ingrata*) aparece ahora bajo una luz completamente diferente: aparte de contextos sexuales exóticos e inusuales, hoy en día un hombre nunca puede suponer que el "no" de una mujer, independientemente de lo avanzado que esté el acercamiento entre ellos, signifique otra cosa que una negativa. Así, la posibilidad de alegar un error en estos

⁹ CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (ed.), Memento Penal 2021, 6ª, 2020, pp. 1105 y s.

casos se reduce considerablemente: como ha dictaminado el Tribunal Supremo, y es jurisprudencia constante desde hace al menos más de veinticinco años:

"Desde el punto de vista jurídico, lo verdaderamente importante en la violación es conocer la intención decidida del violador y conocer los medios empleados en su ataque físico o moral. Como ya se ha abandonado la antigua doctrina respecto a la resistencia ofrecida por la víctima, exigiendo que sea trascendental, considerando entonces suficiente la resistencia grave, definiéndola posteriormente como resistencia razonable, a veces incluso no exigiendo en absoluto las características de una actitud defensiva que sólo puede poner en peligro la vida de la mujer, sin tener ningún efecto jurídico"¹⁰.

Por lo tanto, los casos en los que el objeto principal del debate probatorio se refería a las lesiones que el agresor había infligido a la víctima, demostrando que había habido resistencia, son cosa del pasado desde hace muchos años: el hecho de que el acusado no utilice la fuerza sobre su víctima de forma que le cause lesiones visibles no es un elemento que cuestione su oposición a los actos del agresor.

Así las cosas, la única zona gris que puede considerarse que queda hoy es el caso en el que la víctima no se opone de modo expreso al contacto sexual, pero no consiente (salvo en aquellos supuestos de hecho en los que la constelación del caso implica una especie de intimidación implícita, especialmente en presencia de múltiples autores), o de deterioro mental o intoxicación de la víctima que no puedan apreciarse con facilidad. Dicho de otro modo, no está claro qué deberes recaen sobre el potencial agresor para asegurarse de que su pareja consiente realmente en los casos de ausencia de oposición.

2. El debate sobre la nueva tipificación

a) Introducción: valoraciones generales

Como se ha indicado anteriormente, la polémica en torno a la nueva normativa no se limita al debate social y político, sino que también se desarrolla de forma controvertida en la discusión académica y judicial. En estos cuatro años desde que detonó el caso de

¹⁰ Por ejemplo, STS de 16 de mayo de 1995; vid. CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (ed.), *Memento Penal 2021*, 6ª, 2020, p. 1106.

“La Manada”, voces de peso del espectro judicial y de la academia se han pronunciado decididamente a favor¹¹ y en contra¹² de la reforma.

En cuanto al contenido de la regulación en tramitación, el proyecto no pretende cambiar el contenido esencial de las descripciones legales de las diferentes infracciones. Como ya se ha dicho, tampoco persigue aumentar las penas máximas de prisión, ámbito en el que persiste una anomalía histórica en la legislación española: las penas de prisión por delitos de violación pueden equipararse incluso a las penas por homicidio doloso. Pero sí aumenta la pena mínima para los casos de no coacción.

Intentando resumir -en el limitado marco disponible- las opiniones generales a favor y en contra de la necesidad de la reforma¹³, se plantea a favor que, en primer lugar, es adecuada para reducir el enorme número de casos no denunciados en estos delitos, ya que estimulará las denuncias por su orientación a la víctima y su consentimiento, asumiendo que la redefinición de los delitos puede contribuir a reducir la victimización secundaria (así la justificación legislativa del proyecto, III, 9). En segundo lugar, se argumenta que la sentencia de primera instancia de la AP Navarra demuestra que el legislador debe intervenir para poner fin a estas interpretaciones judiciales de los delitos relevantes, estableciendo para ello una perspectiva de género. En tercer lugar, la fijación por el autor y su comportamiento debe ser sustituida, en general, por un enfoque centrado en la víctima que sitúe el consentimiento en el centro de estos delitos. En cuarto lugar, se dice que el Derecho penal debe cumplir aquí una función socioeducativa: al poner un nuevo

¹¹ Principalmente -entre otros y con más referencias- ACALE SÁNCHEZ, M., Valoración de los aspectos penales del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral de la libertad sexual de 26 de julio de 2021, en: *Sistema Penal Crítico 2021*, pp. 155 y ss., y FARALDO CABANA, P., 'Solo sí es sí': hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación, en: ACALE SÁNCHEZ/MIRANDA RODRIGUES/NIETO MARTÍN (ed.), *Reformas penales en la península ibérica: ¿A "jangada de pedra"?*, Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 265 y ss.

¹² En esta dirección la sección de Derecho penal de la asociación de jueces 'Jueces y Juezas para la Democracia', (2021) 12-I JpD Sección Penal, 8; en la doctrina científica, vid. por todos, con más referencias, CUERDA ARNAU, M.L., Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado, en: FARALDO CABANA, P./ACALE SÁNCHEZ, M. (ed.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant, 2018, pp. 109 y ss.; Díez RIPOLLÉS en: DE VICENTE REMESAL, J. *et al.* (ed.), *LH-Luzón Peña*, II, 2020, pp. 1551, 1555; GIL GIL, A./NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., A propósito de 'La Manada': análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 77, 2018, pp. 12 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG en: *Diario del Derecho*, 27-04-2020; LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., Delitos sexuales: no todo vale, *Claves de Razón Práctica*, 277, 2021, pp. 89 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso 'La Manada', *Revista Penal* 42, 2019, pp. 296 y ss.

¹³ Vid. la exposición de DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M./TRAPERO BARREALES, M.A., ¿Razones válidas para la reforma de los delitos sexuales?, en: SANTANA VEGA, D.M. *et al.* (ed.), *Una perspectiva global del Derecho penal*, Atelier, 2021, pp. 545, 547.

énfasis en el consentimiento (afirmativo), se contribuye a combatir los esquemas sociales patriarcales¹⁴.

Desde mi punto de vista, estos argumentos generales no son adecuados para hacer avanzar el debate: por ejemplo, no se explica en absoluto cómo se supone que la reorientación legal reducirá el miedo a la victimización secundaria¹⁵. En segundo lugar, el argumento de que es necesario revisar las interpretaciones judiciales erróneas mediante la reformulación de la Ley puede rebatirse con el hecho de que, después de todo, la interpretación errónea de la norma por el tribunal de instancia en el caso de “La Manada” fue corregida por el TS¹⁶. Por otro lado, no hay un análisis cuantitativo de la jurisprudencia que confirme el reproche de que tales interpretaciones judiciales erróneas existen y son frecuentes. En tercer lugar, al argumento de que es necesario situar el consentimiento en el centro de la regulación se ha contestado que esto ya es así con la regulación que ya existe ahora¹⁷. En efecto, el delito del art. 181.1 CP, como piedra angular y de cierre de la regulación, implica que la tipificación ahora existente puede ser interpretada como basada en el consentimiento, como una regulación “sólo sí es sí”. En cuarto lugar, el argumento de la pedagogía social, como es obvio en un Derecho penal del hecho, de un Estado de Derecho, es siempre cuestionable. Por un lado, porque, como es sabido, efectivamente existen dudas muy fundadas sobre si el uso del Derecho penal para la "educación popular" puede ser legítimo y podría ser eficaz. Por otro lado, porque una afirmación tan general ignora el hecho de que tal vez este pretendido cambio, abandonando los esquemas patriarcales en materia de sexualidad, ya se ha producido o se está produciendo en el presente -entonces, la nueva regulación estaría simplemente ajustando la Ley a la realidad, no fomentando el cambio-.

b) Los cambios estructurales

En general, será mucho más adecuado para una valoración de la reforma fijarse específicamente en los cambios fundamentales del Proyecto.

¹⁴ FARALDO CABANA en: ACALE SÁNCHEZ/MIRANDA RODRIGUES/NIETO MARTÍN (ed.), Reformas penales, 2021, p. 271.

¹⁵ DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, en SANTANA VEGA *et al.* (ed.), Perspectiva global, 2021, p. 547.

¹⁶ ACALE SÁNCHEZ, en: Sistema Penal Crítico 2021, p. 160, concede que este es un argumento fuerte, pero aduce que la víctima en ese caso tuvo que soportar tres sentencias diferentes y un intenso escrutinio público sobre ella hasta que el TS llegó a la calificación correcta.

¹⁷ DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, en SANTANA VEGA *et al.* (ed.), Perspectiva global, 2021, p. 552; así también FARALDO CABANA en: ACALE SÁNCHEZ/MIRANDA RODRIGUES/NIETO MARTÍN (ed.), Reformas penales, 2021, p. 265.

De entrada, parece claro¹⁸ que el cambio en la denominación de los delitos sexuales graves (eliminando el término abuso e identificando todas las modalidades como “agresión”) no genera polémica¹⁹. De hecho, puede entenderse como un mero cambio social en el uso del lenguaje: parece que la palabra "abuso" es percibida hoy en día por la mayoría de la ciudadanía -especialmente por las mujeres jóvenes- como insuficiente para incluir la gravedad de las conductas correspondientes.

Son otras dos cuestiones las que están en el centro del debate técnico: en primer lugar, la nivelación de las diferencias de pena entre las conductas con coacción y las conductas sin coacción, incluyendo ambas alternativas en un solo delito. ¿Es correcto situar todas las conductas en el mismo rango de penas, de modo que sería posible castigar más severamente ciertos casos sin coacción que otros supuestos en los que hay violencia/intimidación? En segundo lugar, la introducción de una definición de consentimiento: ¿aporta esta definición legal ventajas o desventajas?

1) La (re)unificación de los delitos basados en la coacción y aquellos de falta de consentimiento

A intensa crítica ha sido sometida la opción de renunciar a la existencia de una regulación con rangos de penas separados para aquellas conductas en las que se utiliza la violencia y la intimidación por parte del sujeto activo y aquellas otras en las que existe otra forma de atentar contra la autonomía de la víctima, optando por una descripción legal unitaria que incorpora la violencia e intimidación extremas sólo como una de las diversas posibilidades de agravación de la conducta. Se vuelve así a una infracción única, como la que existía en la regulación histórica anterior a 1995 y proveniente del S. XIX, en la que el tipo de violación del art. 429 CP (aunque sólo referido a la conducta de un hombre de contra una mujer mediante coito vaginal) incluía tanto las hipótesis de coacción (“fuerza”)

¹⁸ En lo que alcanzo a ver, también es un punto pacífico del texto que ahora se tramita el que identifica la conducta de quien genera por sí mismo la situación de incapacidad de autodeterminación sexual de la víctima (por ejemplo, mediante el suministro subrepticio de una determinada sustancia) como una circunstancia que agrava la responsabilidad. La regulación actual equipara incomprensiblemente tal comportamiento -como reacción irreflexiva a ciertas noticias en los medios de comunicación en la reforma parcial realizada en la LO 5/2010- con la conducta de quien abusa de una situación de incapacidad de la víctima que él no ha generado. Tampoco se ha objetado en el debate académico a la incorporación de una causa agravante para los casos en los que el autor (varón) comete el delito contra una pareja actual o anterior femenina ("agravante de género").

¹⁹ DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO/TRAPERO BARREALES en SANTANA VEGA *et al.* (ed.), *Perspectiva global*, 2021, pp. 552, 555 y s.; LASCURAIN SÁNCHEZ, *Claves de Razón Práctica*, 277, 2021, p. 90.

como las de incompetencia para otorgar el consentimiento del sujeto pasivo (por estar la mujer “privada de razón” o ser menor de 12 años).

En este ámbito, por un lado, se afirma por algunos como crítica al proyecto que materialmente siempre será necesario distinguir entre distintas modalidades en función de la presencia o ausencia de violencia e intimidación -afirmando que se trata de una conducta siempre más grave cuando concurren-, por lo que los problemas de delimitación en la práctica seguirán existiendo. Los partidarios de la nueva regulación afirman, en cambio, que esa obsesión (típicamente masculina) por la "violencia" (por la visión masculina de lo sucedido) que se observa en la insistencia en mantener marcos penales separados, de modo que la pena es necesariamente mayor cuando hay violencia/intimidación, no tiene en cuenta adecuadamente las experiencias de las víctimas.

En este sentido, el principal argumento en contra de la eliminación de la división en delitos basados en la coacción y delitos sin consentimiento es que esto violaría el principio (constitucionalmente consagrado) de proporcionalidad²⁰. La focalización unilateral en la perspectiva de la víctima, se afirma, llevaría a castigar con una misma pena conductas de diferente gravedad. También hay voces que consideran que la definición del actual “abuso sexual” por superioridad social (prevalimiento) queda debilitada y desdibujada por el nuevo precepto, ya que la redacción pasa de exigir la presencia de “prevalimiento” de una “superioridad manifiesta” que “coarta la libertad de la víctima” en el actual art. 181.3 CP a un escueto "abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima"²¹.

En cuanto a esto último, es cierto que esta nueva fórmula para describir la situación de abuso de poder social para obtener un “consentimiento” inválido debilita la claridad del alcance típico del delito. Hubiera sido mejor mantener las salvaguardas del “prevalimiento” y de la superioridad “manifiesta”. Pero la jurisprudencia sobre este delito está muy consolidada, y de acuerdo con ella, siempre es necesario que la situación de superioridad social influya real y manifiestamente en el agredido, y la palabra “abuso” ahora usada puede leerse perfectamente del mismo modo como “prevalimiento” se ha entendido hasta ahora.

²⁰ DÍEZ RIPOLLÉS en: DE VICENTE REMESAL, J. *et al.* (ed.), LH-Luzón Peña, II, 2020, pp. 1551, 1558.

²¹ Cfr. por todos DÍEZ RIPOLLÉS en: DE VICENTE REMESAL, J. *et al.* (ed.), LH-Luzón Peña, II, 2020, pp. 1551, 1558 y ss.

En cuanto a la primera cuestión, la del modelo general de tipificación en una o dos categorías de delitos y la proporcionalidad, desde mi punto de vista, teniendo en cuenta las múltiples formas que pueden adoptar los ataques contra la autonomía sexual y las múltiples circunstancias que pueden concurrir, una regulación flexible como la del proyecto puede ser perfectamente adecuada²²: en atención a las enseñanzas de la victimología y a pesar de que en muchas hipótesis la concurrencia de violencia/intimidación constituye un salto en la gravedad de la ofensa, lo cierto que no siempre es así: el uso de la violencia o la intimidación por parte del agresor no es siempre necesariamente más grave que ciertas formas de abuso de posición de poder o de presión coercitiva que no pueden considerarse ni violencia ni intimidación.

Consideremos, por ejemplo, un caso en el que una chica de dieciséis años (es decir, por encima del límite de edad establecido por la Ley actualmente en el art. 183 CP) es presionada masivamente para mantener contactos sexuales por un hombre mucho mayor que actúa desde una posición de poder social no formalizada²³, bajo amenazas que no pueden calificarse de intimidación. Como es evidente, tal comportamiento es capaz de producir un daño masivo y un sufrimiento permanente para la víctima. De acuerdo con la legislación vigente, tal y como se presenta, se trata de un caso de abuso sexual del art. 181.3 CP, con un rango de pena claramente inferior al caso más "leve" de agresión sexual con intimidación. O pensemos en las hipótesis en las que el sujeto activo se aprovecha de la incapacidad de resistir de la víctima, por estar esta paralizada, de modo que no es necesario usar violencia, de modo que hoy es problemático calificarlas de agresiones sexuales. ¿Es esto proporcionado?

Es evidente que el nuevo régimen unificado abarcará una gama muy amplia de hipótesis de gravedad y, en consecuencia (especialmente si se incluye también la nueva cláusula de atenuación para casos de menor gravedad del art. 178.3 CP²⁴) supondrá una mayor exigencia para los tribunales a la hora de mantener y fundamentar la proporcionalidad de las penas. Pero también parece claro que esta fundamentación está al alcance de nuestra jurisprudencia.

²² CANCIO MELIÁ en: MOLINA FERNÁNDEZ (ed.), Memento Penal 2021, 6ª, 2020, p. 1099.

²³ De modo que no sería de aplicación el tipo específico para jóvenes de dieciséis y diecisiete años del actual art. 182 CP.

²⁴ DÍEZ RIPOLLÉS en: DE VICENTE REMESAL, J. *et al.* (ed.), LH-Luzón Peña, II, 2020, pp. 1551, 1563, ve aquí el *smoking gun* de la mala conciencia de los proponentes del texto, que querrían abrir -a costa de la seguridad jurídica- una vía para compensar en el caso concreto los excesos punitivos de la nueva regulación.

2) *La nueva definición legal de consentimiento*

En segundo lugar, como se ha dicho, ya en el Anteproyecto se propuso incorporar una definición del consentimiento para estas infracciones. Aquí ha habido cambios significativos desde la versión del Anteproyecto hasta la formulación del Proyecto: en la versión original, se usaba una extraña formulación negativa -ahora enmendada- y se hacía referencia a actos "externos, concluyentes e inequívocos" que manifestaran una "voluntad expresa". Ahora se usa una definición más abstracta: "Se entenderá que hay consentimiento sólo cuando se haya manifestado libremente por actos que, consideradas las circunstancias del hecho, expresen claramente la voluntad de la persona." Se define, entonces, que es "sí": cuando así se haya comunicado de algún modo claro: este es, por supuesto, un elemento central de la reforma de la Ley del "sólo sí es sí".

Se han planteado muchas críticas contra la nueva definición de consentimiento. Intentando sintetizar, en primer lugar, se ha dicho que la presunción de inocencia está en peligro porque la definición está concebida para desplazar la carga de la prueba²⁵ -esta crítica fue formulada especialmente respecto de la formulación original-, obligando así al acusado a demostrar que existió consentimiento, en lugar de que la carga de la acusación consista en demostrar que la acción se realizó sin el consentimiento de la víctima. También hay duras críticas a esta definición porque parecía (al menos la fórmula del Anteproyecto) exigir una manifestación verbal: se requería una voluntad "expresa" y "actos externos", y por algunos se entendía que esto exigía un "sí" verbal. En el plano del debate público, esto condujo -entre otros escenarios, incluso en el Parlamento- a numerosos intentos de ridiculizar toda la reforma: que a partir de ahora habría que firmar un contrato antes de cualquier contacto sexual o instalar y usar una aplicación específica para concertar los términos del encuentro, o decir permanentemente "sí-sí-sí" durante cualquier encuentro sexual, etc.

En segundo lugar, también se argumenta críticamente que la centralidad del consentimiento consagra una posición asimétrica de hombres y mujeres, definiendo al

²⁵ Especialmente el informe emitido por el CGPJ consideraba que esta definición cambiaba las reglas de la carga de la prueba e imponía al acusado el deber de probar que el consentimiento había sido prestado; vid. también Díez RIPOLLÉS en: DE VICENTE REMESAL, J. *et al.* (ed.), LH-Luzón Peña, II, 2020, pp. 1551, 1561.

hombre como sexualmente activo y a la mujer como pasiva, y pone el comportamiento de la mujer (¿consintió o no?) en el centro del proceso, promoviendo la revictimización²⁶.

En mi opinión, la primera objeción en realidad es un malentendido²⁷: por supuesto, ninguna definición de consentimiento podría cambiar el derecho fundamental al debido proceso y la obligación de la parte acusadora de probar su acusación. La presunción de inocencia, como fundamento constitucional, está muy por encima de cualquier formulación legal en el CP. Si se examina la jurisprudencia habitual en este ámbito, la discusión probatoria que suele producirse se refiere casi siempre a la cuestión de la credibilidad del supuesto sujeto pasivo. No veo cómo podría cambiar esto con la definición de consentimiento que ahora se incorpora.

Lo mismo cabría decir en cuanto a las preocupaciones relativas al requisito de "voluntad clara" en la definición de consentimiento: si la definición se lee de forma exhaustiva, es obvio que establece una definición conductual/performativa del consentimiento, pero flexible: no excluye las formas no verbales. El único elemento realmente nuevo²⁸ reside en el subrayado expreso por parte del legislador de que el posible autor tiene que examinar la situación activamente para detectar el consentimiento, y no puede basarse en la ausencia de resistencia o en un "no" expreso para seguir adelante: dicho de otro modo: no hay aquí ámbar, debe haber verde para actual. El posible sujeto activo debe comprobar la existencia de consentimiento, no imaginárselo²⁹. No se aprecia

²⁶ Cfr., por ejemplo, PALMER, T., Distinguishing sex from sexual violation. Consent, negotiation and freedom to negotiate, en: REED, A./BOHLANDER, M./WAKE, N./SMITH, E. (ed.), *Consent. Domestic and Comparative Perspectives*, Routledge 2017, pp. 13 y ss.; FARALDO CABANA en: ACALE SÁNCHEZ/MIRANDA RODRIGUES/NIETO MARTÍN (ed.), *Reformas penales, 2021*, p. 273, ambas con referencias adicionales.

²⁷ Sin embargo, el Anteproyecto fomentaba este malentendido al utilizar una definición que podía llevar a pensar que el legislador quería realmente exigir un acuerdo verbal expreso, y al decir expresamente en la exposición de motivos (IV.) que uno de los objetivos de la reforma era "reorientar las normas de la prueba". El Proyecto ha reformulado la definición, como se ha indicado, y, significativamente, eliminando esta perturbadora referencia a la finalidad de cambiar las reglas de carga de la prueba de la exposición de motivos; también en contra de esta formulación ("incomprensible") ACALE SÁNCHEZ en: *Sistema Penal Crítico 2021*, p. 161.

²⁸ De hecho, la regulación actual, carente de definición del consentimiento, ya podría entenderse en el sentido de la nueva definición: la sentencia del Tribunal Supremo en el caso "La Manada" lo muestra claramente: no hubo un "no", pero una interpretación de los hechos lleva a la conclusión obvia -ahora y en el futuro, creo- de que ella no consintió.

²⁹ Si se entienden correctamente los deberes del posible infractor (hombre) en cuanto a la interpretación de si existe un consentimiento válido por parte de su pareja (mujer) (¿ha bebido demasiado o su consentimiento sigue siendo válido?), hay argumentos de peso para establecer una disposición sobre la imprudencia. Si esto no se hace (y el proyecto no lo hace), significará que la regulación del error de tipo en el art. 14 CP conducirá a los tribunales al dilema o bien de condenar por conducta dolosa (que es lo que hace la jurisprudencia actualmente en lo que se alcanza a ver) o bien absolver a quien imprudentemente no prestó la debida atención a cuál era el estado o la voluntad de su pareja. Especialmente si se consideran los casos de parálisis de la víctima y de posible falta de consentimiento por intoxicación, la falta de una previsión de la conducta imprudente parece un error.

aquí ningún cambio de la realidad jurídica: sólo supone una aclaración para los casos en que pueda haber una parálisis de la víctima o una situación ambigua. Ni siquiera es seguro que se trate de un nuevo acto simbólico “promocional” por parte del legislador; también podría darse el caso, como ya se ha dicho, de que esta definición sólo se ajuste a una nueva forma mayoritaria de entender la vida sexual (y las relaciones entre mujeres y hombres).

III. ALGUNA CONCLUSIÓN

A la hora de evaluar el proceso de reforma español, se puede afirmar, en primer lugar, que el impacto de los cambios propuestos será menor de lo que podría inferirse de la controvertida discusión social y teórica habida: los delitos sexuales españoles ya se basan en la existencia del consentimiento. Segundo: la nueva regulación unificada de las hipótesis de coacción y los supuestos de falta de consentimiento no vulnera el principio de proporcionalidad, y la nueva definición del consentimiento no supone un cambio en la comprensión de esta institución dogmática. No es una solución mágica, pero tampoco un desastre.

También cabe concluir del debate, por otra parte, que las nuevas voces, en particular las procedentes de la literatura anglosajona, que subrayan que un enfoque rígido del consentimiento tradicional no está exento de problemas (y que, en cambio, reclaman una concepción "relacional" o "comunicativa", "conductual", del consentimiento³⁰) merecen ser escuchadas. La naturaleza necesariamente compleja, ambigua, interdependiente e intersubjetiva de la interacción sexual indica que la referencia a las circunstancias concretas de lo que está ocurriendo y a la relación entre los miembros de la pareja -las "circunstancias" del art. 36.2 del Convenio de Estambul- debe ser un elemento central de la interpretación de los hechos. El significado del comportamiento en este ámbito simplemente no puede demarcarse fenomenológicamente mediante un esquema rígido de consentimiento sí/no -como si se tratara del consentimiento informado respecto de una operación quirúrgica- en el caso de una interacción densa y compleja como es el sexo³¹.

³⁰ No deberíamos quedarnos atascados en una discusión sobre si esta evaluación de la interacción debe seguir etiquetándose como "consentimiento". Vid. sólo PALMER en: REED/BOHLANDER/WAKE/SMITH (ed.), *Consent*, 2017, pp. 9, 16; HERRING, J., *Relational autonomy and consent*, en: REED/BOHLANDER/WAKE/SMITH (ed.), *Consent*, 2017, pp. 25, 33; en España, cfr., por todos, FARALDO CABANA en: ACALE SÁNCHEZ/MIRANDA RODRIGUES/NIETO MARTÍN (ed.), *Reformas penales*, 2021, pp. 265, 276.

³¹ He tratado de desarrollar criterios de imputación más allá del consentimiento para los casos en el ámbito paralelo de las empresas de riesgo conjunto que acaban perjudicando a una de las personas implicadas (tratados entre nosotros como casos de “autopuesta en peligro” o de “imputación al ámbito de

Esto no se debe a que la delimitación sea difícil -siempre lo es en las ciencias sociales y en el razonamiento jurídico-, sino a que, al intentar constreñir los hechos en una foto fija a través del concepto de consentimiento tradicional, se reducen a un esquema en blanco y negro que es incapaz de acomodar la realidad del contacto sexual. Fijarse sólo en el consentimiento no da cuenta suficientemente del nivel interdependiente e intersubjetivo en el que se produce el comportamiento sexual.

la víctima”, y en la literatura angloamericana como problemas de "culpa comparativa" o "negligencia contributiva") en CANCIO MELIÁ, M., Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, 3ª ed., Bdf , 2022.