

LA REFORMA DE LAS AGRESIONES SEXUALES

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Córdoba

RESUMEN: La regulación vigente de las agresiones sexuales y la interpretación doctrinal y jurisprudencial han acabado centrando el discurso jurídico y la actividad probatoria sobre las agresiones sexuales en la resistencia producida o esperada de la mujer: lo que hizo la mujer, lo que no hizo, lo que debió hacer, lo que decidió no hacer o lo que le era exigible o no que hiciera... Incluso las propuestas de reforma mantienen en el fondo ese mismo enfoque: focalizan el análisis y la prueba del delito en lo que ha de hacer la víctima (“¡sí!, ¡sí!, ¡sí!” o “¡no!, ¡no!, ¡no!”). El propio anteproyecto de reforma de las agresiones sexuales, que, a mi juicio, mejora la regulación vigente, no consigue acabar con esa lógica, tan desfasada y nociva. El criterio que mantengo en estas reflexiones que ya es hora de que la existencia o no de violación o de agresiones sexuales se asiente directa y exclusivamente en la descripción y valoración del comportamiento del autor. Ello puede conseguirse, estimo, situando la intervención penal en un nuevo escenario: la creación o el aprovechamiento por el autor de una situación en la que cualquiera puede percibir que está objetivamente limitada la capacidad o la posibilidad de la víctima de prestar un consentimiento libre. En ese contexto, el mandato penal es abstenerse de realizar o proseguir con el comportamiento sexual. Y si se continúa, sin que al autor le conste que la mujer consiente (sí, aquí hablamos de mujeres) es porque ha aceptado la posibilidad de que su conducta sea una agresión sexual, y como tal debe ser castigada.

I. La necesaria reforma del delito de agresión sexual

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, de 3 de marzo de 2020¹, Disposición Sexta, es –de momento– la esperada respuesta a la reclamada (y necesaria y conveniente) reforma de las agresiones sexuales².

¹ En texto se citará como “anteproyecto”. Cuando acompañe a los artículos del mismo, se usará “ALO” (Anteproyecto de Ley Orgánica), para diferenciarlos de las referencias a los artículos del Código penal vigente (CP). Todas las cursivas que se contienen en las citas de sentencias son nuestras y se utilizan para resaltar lo que quiere destacarse en cada caso.

² Concluido el periodo de información pública, las versiones 1 y 2 del anteproyecto están disponibles en <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Paginas/index.aspx>, sin fecha (consultada el 24 de diciembre de 2020). En nota al texto se reproducirán las propuestas

Sobre ello, trataré aquí tres cosas: (i) las deficiencias de la regulación vigente que deberían ser solventadas por la reforma; (ii) comprobar si ello se consigue por el Anteproyecto y (iii) proponer un enfoque distinto de la regulación de las agresiones sexuales de mayores de dieciséis años.

II. Las bases de la regulación vigente y sus condicionantes principales: la relación consentimiento/resistencia de la mujer

Sí, digo bien: de la mujer; porque las agresiones sexuales siguen siendo fundamentalmente un problema de hombres (algunos, “muy machos ellos”) que violentan y sojuzgan a mujeres; como por otra parte, vienen insistiendo los textos internacionales.

Simplificando al máximo, la regulación vigente de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se basa:

(I) En la existencia o inexistencia de consentimiento de la víctima, diferenciando distintas posibilidades: (i) falta de consentimiento (agresiones sexuales, art. 178, y abusos sexuales, art. 181.1 y 2); (ii) falta de consentimiento o invalidez del mismo en función de las situaciones típicas que se describen (abusos sexuales, art. 181.2) y (iii) consentimiento viciado por falta de libertad de la víctima (abusos sexuales, art. 181.3 y 182). Complementariamente, se diferencia también entre casos de inexistencia o anulación de voluntad de la víctima (art. 178 y 181.1 y 2) y supuestos de limitación de su libertad (art. 181.3 y 182).

(II) En la distinción tajante entre comportamientos violentos –violencia o intimidación (agresiones sexuales, art. 178)– y comportamientos no violentos (abusos sexuales), a los que se señala menor pena.

(III) En la mayor gravedad objetiva que se reconoce a determinadas formas de comportamiento sexual, tanto en las agresiones sexuales (art. 179, violación) como en los abusos sexuales (art. 181.4 y 182.2).

(IV) En la concurrencia de circunstancias de agravación, variables según que se trate de agresiones o de abusos sexuales (art. 180 y 181.5 y 182.2, respetivamente).

Dado que la falta de consentimiento puede dar lugar tanto a unas agresiones sexuales como a unos abusos, el criterio diferenciador central entre los delitos es la

concretas de reforma. El anteproyecto se basa y prácticamente reproduce la propuesta de “Podemos”: “Proposición de Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la erradicación de las violencias sexuales. Presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos–En Comú Podem–En Marea”. *BOCG, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. XII LEGISLATURA*, 20 de julio de 2018 Núm. 297–1.

conurrencia o no de violencia o intimidación, lo que determina el distinto marco real o potencial de pena (derivada de la eventual aplicación de las agravaciones) entre una modalidad delictiva y otra.

Mientras que la estimación de la violencia no plantea ningún problema conceptual, más allá de su suficiencia, la intimidación se ha convertido en una fuente inagotable de complicaciones. No tanto por sí misma –bien definida tanto doctrinal como jurisprudencialmente³–, cuanto por la necesidad de diferenciarla de las situaciones típicas configuradoras de los abusos sexuales: prevalimiento (“intimidación menor”, según gráfica expresión de la jurisprudencia), situación de superioridad, de confianza, autoridad, influencia o engaño (hasta seis enunciaciones legales distintas), a menudo con contenidos (muy) secantes.

Todo ello, a más, relacionado con que exista o no consentimiento, y su validez, y la eventual concurrencia de las situaciones típicas del art. 181.2. Demasiado, para que una cuestión tan esencial como diferenciar entre agresión sexual y abusos sea clara y de aplicación sencilla. Prueba de ello (por citar solo el caso más reciente y conocido) son las debatidas resoluciones judiciales sobre “La Manada”, que, sobre la base de prácticamente los mismos hechos probados, y con consistentes argumentaciones (en ocasiones con apoyo en los mismos antecedentes jurisprudenciales) dan lugar a fallos contradictorios⁴.

En esas sentencias se ponen bien de relieve las dificultades de delimitación entre intimidación y prevalimiento. Dificultad incrementada por el criterio de que donde no haya habido consentimiento no puede hablarse de prevalimiento, lo que obliga a introducir también en el debate sobre los abusos de prevalimiento a la prueba de si hubo o no anuencia y el papel de la víctima en todo ello. En este sentido, por citar un caso reciente y notorio, la STS 344/1019, de 4 de julio, rechaza el prevalimiento porque no hubo consentimiento por parte de la víctima, lo que sitúa directamente al supuesto en el ámbito de la intimidación. Si lo hubiera habido, se trataría de un supuesto de consentimiento viciado, que integraría los abusos sexuales de prevalimiento.

³ “Constreñimiento psicológico, consistente en la amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual (v. STS 914/2008, de 22 de diciembre, STS 355/2015, de 28 de mayo, STS 9/2016, de 21 de enero, SAP Pamplona, 38/2018, de 20 de marzo, entre muchas).

⁴ SAP Pamplona 38/2018, de 20 de marzo, STSJ de Navarra 8/2018, de 30 de noviembre y STS 344/2019 de 4 de julio, todas ellas referidas al denominado caso de “La Manada”. En instancia los hechos se calificaron de abusos sexuales de prevalimiento, mientras que el TS condena por un delito continuado de violación de los art.s 178 y 179, con las agravantes del art. 180.1, 1ª y 2ª.

La consecuencia de todo ello (de la regulación legal y de cómo se está interpretando por doctrina y jurisprudencia) es que en el centro de la actividad probatoria y del mismo discurso jurídico se coloca al comportamiento y actitud de la víctima, pasando a segundo plano la conducta del agresor, a menudo analizada como medio para descubrir la voluntad real de la mujer; incluso, como acaba de verse, en relación con la intimidación y su delimitación con el prevalimiento.

Lo que hizo la mujer, lo que no hizo, lo que debió hacer, lo que decidió no hacer o lo que le era exigible o no que hiciera, concentra prácticamente toda la actividad probatoria relevante, porque de ello se deriva la existencia o no de consentimiento – presupuesto de la intervención penal– y la calificación del hecho como agresiones o abusos sexuales. Lo llamativo es que esa misma óptica se sigue manteniendo por las propuestas de reforma, que, sea en la fórmula del “¡sí!, ¡sí!, ¡sí!” o en la del “¡no!, ¡no!, ¡no!”, focalizan igualmente la prueba del delito en lo que haga o deje de hacer la víctima. Por añadidura, la relación legal “violencia/intimidación → consentimiento” convierte obligadamente a la resistencia de la mujer en el elemento típico esencial de la arquitectura legal: no escrito, pero crucial. Por lo menos, así lo ha entendido la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de forma unánime, como vemos a continuación.

1. Problemas derivados de la interpretación y aplicación de las figuras delictivas

En el fondo, el modelo legal vigente sigue asentándose en el anacrónico criterio de las “dos voluntades en guerra” –que gráficamente resumiera Francesco Carrara, el gran maestro italiano del XIX– y cuyos aspectos más cuestionables han sido reafirmados y convertidos en inmovibles por la actual doctrina mayoritaria y por la jurisprudencia prácticamente unánime⁵.

Por una parte, se potencia el carácter instrumental de la fuerza o de la intimidación, cuyo sentido exclusivo es vencer la resistencia de la víctima, lo que conduce a la exigencia de una “relación causal” entre medios típicos y resistencia. Por eso, las dudas sobre la presencia y suficiencia de la resistencia se convierten automáticamente en dudas sobre la existencia del delito, de manera que la resistencia producida, posible o esperada es la “vara de medir” que se utiliza para concluir sobre la suficiencia de la violencia y de la intimidación aplicadas por el autor. Cuando no haya habido tal oposición, la necesidad de afirmar aun así el carácter delictivo del hecho obliga a artificiosas construcciones que a menudo acaban (en sintonía con la

⁵ Para una exposición de los criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre el particular y el papel de la resistencia, v. GONZÁLEZ RUS, “¡No! Y basta (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y agresiones sexuales)”, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig*, II, Madrid, 2008, pp. 2011–2036.

jurisprudencia) con piadosas proclamaciones paternalistas de que no es dable exigir una resistencia “hasta el último aliento”, o “heroica” y similares. Enfoque, por añadidura, que se extiende incluso al prevalimiento o al engaño, en los abusos sexuales⁶.

De esta forma, la resistencia producida o esperada es la que permite decidir sobre la existencia o no de consentimiento, sobre la entidad de la violencia y la intimidación y sobre los propios vicios del consentimiento; todo ello, con edulcoradas formulaciones que no consiguen ocultar la realidad última de las cosas: el convencimiento de que la mujer tiene que resistir el acoso del varón y, que, si no lo ha hecho, es porque no ha podido o porque, en las circunstancias del caso, no le era exigible que lo hiciera, o porque... pero que, aunque sea débilmente, resistir... hay que resistir: porque esa es la única forma de acreditar la falta de consentimiento.

Y justamente esa arquitectura legal e interpretativa es la que hay que cambiar por completo. A mi juicio, como propongo después, la cuestión es que la intervención penal no puede basarse ni expresa ni implícitamente en la prueba y en el debate sobre la resistencia de la mujer: a quien hay que poner en el centro de la escena criminal y judicial es al autor y no a la víctima.

La jurisprudencia ha consolidado la lógica que se censura, interpretando todos los elementos del delito en “clave de resistencia”. La resistencia marca la existencia y la medida de la violencia y de la intimidación, en términos puramente carrarianos: en el delito de agresión sexual “el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (vis phisica o vis moral), para *doblegar* la voluntad de su víctima. El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que *anula su capacidad de resistencia*” (STS 953/2016, de 15 de diciembre y STS 344/2019, de 4 de julio, por todas).

El propio concepto de intimidación se establece en relación con la resistencia: “la intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su *capacidad de decisión para actuar en defensa* del bien jurídico atacado” (STS 305/2013, de 12 de abril, entre muchas, hasta la jurisprudencia más reciente).

⁶ La cuestión llega al punto de en el caso de empleo de sustancias químicas para anular la voluntad de la víctima (art. 181.2) alguna doctrina y jurisprudencia sigue utilizando la referencia a la resistencia como elemento determinante para la apreciación del delito, pues el efecto de anulación de la voluntad de la víctima que se precisa –aunque no provoque la total inconsciencia–, es el que sea suficiente “para oponer una resistencia eficaz”.

Y lo mismo pasa con la medida de la intimidación necesaria: “la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la *voluntad de resistencia de la víctima* y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la *inutilidad de prolongar una oposición* de la que –sobre no conducir a resultado positivo–, podrían derivarse mayores males” (cfr. STS 9/2016 de 21 de enero, STS 953/2016, de 15 de diciembre, SAP Pamplona, 38/2018, de 20 de marzo y STS 344/2019, de 4 de julio, por todas).

Hasta la definición de la “intimidación ambiental” se fundamenta en la resistencia: “Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples 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*” (STS 344/2019, de 4 de julio).

La misma inconsciencia provocada, en los términos de los abusos sexuales del art. 181.2, se interpreta en términos de resistencia: “De la prueba practicada, [...] queda acreditado que la víctima, mientras se producían los hechos, y desde momentos antes hasta horas posteriores a los hechos sucedidos, se encontraba en un estado de inconsciencia, sin saber qué hacía y qué no hacía y, consecuentemente, sin poder determinarse y aceptar u oponerse a las relaciones sexuales que mantuvieron con ella la mayor parte de los procesados, los cuales pudieron realizar los actos sexuales sin utilizar ningún tipo de violencia o intimidación para *vencer una oposición que no existió* u obtener un consentimiento que la mujer no estaba en condiciones de poder dar” (SAP de Barcelona. 813/2019, de 31 de octubre, caso de la “Manada de Manresa”).

Personalmente creo –y así lo tengo dicho desde hace años– que ya es tiempo de que la agresión sexual se interprete y aplique como, pongo por caso, el robo con intimidación, en el que todavía ni a doctrina ni a jurisprudencia se nos ha pasado por la cabeza situar el debate probatorio y jurídico en si la víctima se resistió o no al apoderamiento, y por qué, o si la intimidación fue bastante o no para anular su voluntad de resistencia, y demás coletillas que campan con toda naturalidad por el territorio de la violación y de las agresiones sexuales. Y también requieren estos delitos voluntad contraria del sujeto y presencia de violencia o intimidación.

2. Incongruencia del modelo legal y jurisprudencial con el cambio de las valoraciones sociales sobre el comportamiento sexual

La interpretación y aplicación del modelo legal, pues, ha exacerbado sus deficiencias y, vía consentimiento y resistencia, ha convertido al comportamiento de la víctima, y no al del autor, en el eje en torno al que gira toda la prueba y el discurso sobre el delito. Actividad probatoria, por otra parte, cuyas premisas valorativas no se han adaptado a las profundas transformaciones culturales producidas en las últimas décadas en los protocolos sociales de comportamiento e interacción sexual; lo que acrecienta la necesidad de revisar y reinterpretar los elementos centrales de la intervención penal.

La transformación de los arquetipos sobre el comportamiento sexual, iniciada en los sesenta del siglo pasado, han conformado una infraestructura valorativa alejada de la que sigue animando a las apreciaciones doctrinales y jurisprudenciales mayoritarias. Tengo para mí que no muchas mujeres se sentirán cómodas en un modelo legal e interpretativo construido todavía sobre la prueba de si ha resistido o no, por qué si o no, y cuánto ha resistido o podía haber resistido; culminando el silogismo con la indulgente comprensión de que pueda no haberlo hecho y de que no es preciso exigirle ninguna heroicidad. Cuando menos, es urgente revisar la prosa de las actuaciones y resoluciones judiciales que, aún animada de un incuestionable propósito tutelar, es manifiestamente mejorable.

A la luz de los nuevos patrones de comportamiento sexual, deben reevaluarse asuntos tan determinantes en la aplicación de la regulación legal como el consentimiento tácito o presunto, la reconsideración del sentido sexual implícito de ciertos comportamientos de la mujer, el mantenimiento del consentimiento durante una relación cuyas circunstancias pueden cambiar sustancialmente y con ello su incidencia en la capacidad de la mujer, la reconsideración del error del autor sobre el consentimiento, etc.; cuestiones que se siguen interpretando y valorando en buena medida y –todavía por amplios sectores sociales– conforme a unos modelos añejos, contruidos sobre aprioris y presunciones derivadas de formas de interacción y de comportamiento sexual muy diferentes a los actuales. Pero, sobre todo, la propia regulación legal, la interpretación doctrinal y la aplicación jurisprudencial deben contribuir –ejerciendo esa pedagogía social que cumple la norma penal y su aplicación– a que los hombres entiendan, acepten y respeten que las mujeres han cambiado radicalmente su forma de entender su sexualidad y su libertad sexual y que reclaman su derecho a que sus percepciones, deseos y valoraciones no queden aplastadas por la supremacía de la mentalidad sexual del varón.

III. Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, de 3 de marzo de 2020

Comentaré ahora las propuestas que sobre la regulación de la agresión sexual se hacen en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, de 3 de marzo de 2020, Disposición Sexta. Por razones de brevedad no me referiré ni a la protección de los menores de 16 años ni a las circunstancias de agravación previstas⁷.

La versión 2 del anteproyecto cambia respecto de la 1 la rúbrica del capítulo, suprimiendo la mención a la indemnidad sexual⁸. Personalmente, ello me parece un error porque siguen castigándose modalidades delictivas que sólo son entendibles en términos de indemnidad sexual; singularmente, las relacionadas con el abuso de la situación mental del sujeto, cuyo fundamento es su incapacidad para consentir: y donde no es relevante lo que el sujeto pueda decir, hacer o querer es obvio que no se puede estar protegiendo su libertad sexual.

El anteproyecto supone la desaparición del delito de abusos sexuales, pasando a configurarse todos los atentados contra la libertad e indemnidad sexual como agresiones sexuales. En realidad, lo que se hace es convertir al vigente tipo básico de abusos sexuales (art. 181.1 CP) en el tipo básico de agresión sexual (art. 178.1 ALO): “Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento.” En la definición del delito que se propone desaparece la mención actual a la violencia o la intimidación, que pasan a incluirse en el apartado 2, como formas específicas de agresión sexual⁹.

La “fusión por absorción” que se consuma y el cambio a la denominación única de agresión sexual, responden a las peticiones de los colectivos más activos en la reivindicación de la reforma. Trata de reforzar la idea de que cualquier atropello sexual

⁷ La versión 1 del anteproyecto no contenía ninguna mención sobre los delitos sobre menores de 16 años. Si los contempla la versión 2, que establece una estructura paralela a la de la agresión sexual con mayores, suprimiendo también los abusos sexuales. En todo caso, la principal novedad de la propuesta es que no hay novedad en cuanto a la edad, que se mantiene en los 16 años.

⁸ v.1, “TÍTULO VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.” v.2, «TÍTULO VIII. Delitos contra la libertad sexual».

⁹ “Artículo 178.1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”. Ello está en perfecta sintonía con el *Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2017, en el que se define la violencia sexual delictiva a partir de la falta de consentimiento, sin que se exija la presencia de violencia o intimidación

es un ultraje intolerable, cuya desvaloración debe reforzarse incluso semánticamente; lo que –por encima de precisiones terminológicas– personalmente me parece bien.

La falta de consentimiento sigue siendo el fulcro en el que se apoya la intervención penal, hasta el punto de hacerse la interpretación auténtica de qué ha de entenderse por ello, en términos semejantes a los del Convenio de Estambul (art. 36.2): “Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto” (art. 178.1 ALO).

Se diferencia, acertadamente, entre consentimiento y voluntad, entendiendo que hay consentimiento válido sólo cuando el mismo responde a una voluntad libre; lo que reafirma la invalidez del consentimiento obtenido en situaciones de coacción o de inferioridad. Además, se reclama que también sea libre la manifestación de esa voluntad libre, lo que habrá de expresarse mediante actos exteriores, concluyentes e inequívocos de cualquier tipo (verbal, gestual...); con lo que parece querer cerrarse la puerta al consentimiento tácito o presunto. La fórmula es enfática y hasta redundante, pero traslada bien la importancia del consentimiento y parece querer facilitar la prueba de su ausencia.

La referencia legal a “sin consentimiento” de este art. 178.1 ALO es capaz de acoger todos los supuestos a los que se refiere el apartado 2 del mismo precepto¹⁰: (i) ausencia de consentimiento, por empleo de violencia o intimidación); (ii) ausencia de consentimiento, por estar anulada la voluntad de la víctima (“cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”, incluso los casos más graves de privación de sentido); (iii) consentimiento inválido, por falta de capacidad mental del sujeto para emitirlo, de lo que abusa el autor (“de cuya situación mental se abusare”, sea transitoria –privación de sentido, con disminución sensible de las facultades del sujeto– o duradera, endógena o exógena) y (iv) consentimiento inválido, por haberse dado en unas condiciones de inferioridad o vulnerabilidad, de prevalimiento, de las que ha abusado el autor y que impiden entender que responda a una voluntad libre (“abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima”). En definitiva, pues, los mismos

¹⁰ Art. 178.2 ALO: “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 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.”

supuestos que resultan punibles en el derecho vigente, con la salvedad del engaño previsto en el vigente art. 182 CP.

Dados los términos de la propuesta, el anteproyecto responde más a la idea del “¡sí!, ¡sí!, ¡sí!”, que a la del “¡no!, ¡no!, ¡no!”; fórmulas que animaron el debate previo a la iniciativa legislativa. Ello me parece una buena elección en la medida en que hace que el consentimiento deba trasladar inequívocamente la voluntad libre del sujeto de participar en el comportamiento sexual.

En cuanto a los demás supuestos del 178.2 ALO, recordaré –lo vengo haciendo desde los años 80– la incongruencia que supone reclamar (acertadamente) que se abuse del trastorno mental de la víctima y que ese aprovechamiento no se pida para las situaciones de privación de sentido, en donde resulta tanto o más preciso para evitar tener que buscar enojosas soluciones para comportamientos sexuales que en modo alguno pueden presumirse forzados o realizados en circunstancias de indefensión o inferioridad del sujeto (cónyuge o pareja, embriagada y dormida profundamente). Lo cual es mucho más necesario cuando, como se hace en el anteproyecto, se quiere excluir la eficacia del consentimiento tácito o presunto.

La redacción del art. 178.1 ALO mejora la descripción de la conducta típica, pues el “realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual” es más preciso que el simple “atentare” de la redacción vigente, debiendo interpretarse como se explica en la versión 2 del anteproyecto, en relación con los menores, al aclarar que incluye “los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor” (art. 181.1 ALO v. 2)¹¹.

La redacción propuesta para las agresiones sexuales tiene la virtud de dejar claro que la simple falta de consentimiento convierte al acto sexual en delito: el “¡no! y basta” al que me he referido en otro momento. El “se consideran en todo caso agresión sexual” que proclama el art. 178.2 ALO, deja claro que su contenido lo que viene es a explicitar (para evitar dudas) “algunos” o, si se prefiere, los más importantes supuestos que resultan típicos en todo caso conforme al apartado 1, en donde se ha definido el delito; reconociendo a la vez, por tanto, la posibilidad de que haya otros que sean subsumibles directamente en el primer inciso.

Se resolverían con ello las incertidumbres que a alguna doctrina y a la jurisprudencia plantea el vigente 181.1 CP, sobre si es una simple enunciación legal, cuyo

¹¹ Art. 181.1 ALO, v.2: “El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años. A estos efectos se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor.”

contenido concreto se llena en exclusiva por los supuestos del apartado 2, o, si, por el contrario, tiene también contenido prohibitivo propio, dirigido a castigar otros atentados a la libertad sexual ajena no comprendidos en el resto de los tipos de abusos sexuales del actual Capítulo II (personas incapacitadas físicamente para resistir, atadas, etc.). Ello podría contener también el deseo de dejar clara la punición de actos no consentidos de leve significación sexual o realizados con medios coercitivos o en situaciones de preeminencia de escasa relevancia. A lo que podría ayudar incluso la rebaja de pena prevista en el apartado 3, aplicable “en atención a la menor entidad del hecho”¹².

No comparto la severidad con la que se ha juzgado a este art. 178.2 ALO. Considero un acierto que las circunstancias y situaciones que contempla no definan ni la existencia de delito ni la gravedad del mismo. Precisamente que, ahora, verificar que concurren esos elementos típicos sea tan decisivo para la intervención penal y para la calificación, ha sido una de las causas favorecedoras de las consecuencias criticadas.

Las rotundas descalificaciones que ha merecido la equiparación de pena entre supuestos de diversa gravedad (violencia o intimidación, provocación o abuso de ciertas situaciones, prevalimiento), con el consiguiente menosprecio al principio de proporcionalidad, son comprensibles en la medida en que el criterio general del Código es diferenciar entre esos medios comisivos (aunque no lo haga siempre ni de la misma manera). Sin embargo, el hecho de que no se reclame legalmente ninguna gravedad a los mismos hace que sean punibles violencias o intimidaciones leves que pueden comportar un desvalor de acción menor al inherente a otros supuestos de prevalimiento o de abuso de superioridad, por lo que el riesgo de falta de proporcionalidad dentro del apartado queda legalmente muy matizado. En todo caso, tal inconveniente no creo que deba prevalecer sobre las evidentes ventajas que supone simplificar la aplicación del delito y facilitar la prueba; objetivo político criminal que me parece de la mayor importancia.

En realidad, el verdadero riesgo para el principio de proporcionalidad que plantea la regulación del anteproyecto no se deriva tanto de la equiparación de medios comisivos y situaciones típicas del art. 178.2 ALO, sino de la gravedad que puede

¹² Art. 178.3 ALO: “El o la juez o tribunal, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión inferior en grado o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho.” (Nótese la exquisitez lingüística, tan innovadora; más completo hubiera sido incluir también la mención a “tribunala” para cuando sus integrantes sean todos del sexo femenino).

asignarse a los supuestos punibles incluíbles en el apartado 1 y a los subsumibles en el apartado 2, y que tienen señalada la misma pena.

Estos posibles desajustes de proporcionalidad pueden corregirse a través del apartado 3 del art. 178 ALO, en el que se contempla una eventual disminución de la pena de prisión o la imposición de la multa de 18 a 24 meses. El margen de discrecionalidad previsto (de cuatro a dos años de prisión o multa de 18 a 24 meses) es suficiente para permitirlo. Con la particularidad de que el apartado 3 no limita su aplicación a los casos del apartado 1, sino que lo único que excluye de la posible rebaja de pena es la eventual concurrencia de las circunstancias de agravación del art. 180.

Y, por encima de cualquier otra ventaja, a mi juicio, la gran virtud del anteproyecto es que debe servir para relativizar drásticamente el papel de la resistencia en la interpretación y aplicación del delito y debe propiciar una gran simplificación de los problemas de prueba. De una parte, porque los elementos que eran determinantes de la existencia de delito pasan a tener ahora un papel secundario, en la medida en que su presencia ni determina la existencia del delito ni tienen incidencia en la pena. En los supuestos que se han demostrado hasta ahora más problemáticos –aquellos en los que concurre violencia y, sobre todo, intimidación–, la prueba deja de tener el carácter decisivo que ahora desempeña. Ya no habrá que debatir sobre la entidad de una y otra, su carácter instrumental y, sobre todo, si hubo o no, o pudo haber o no, o era explicable que la hubiera o no, resistencia de la víctima, sino que lo único que importa es probar si hubo o no consentimiento del sujeto pasivo en los términos que especifica el art. 178.1 ALO. La única objeción que, a mi juicio, cabe hacerle a la formulación del anteproyecto es que pueda favorecer inercias favorables a la inversión de la carga de la prueba, entendiendo que debe ser la defensa quien pruebe que hubo consentimiento.

La ampliación del ámbito de las agresiones sexuales provoca la correlativa expansión del delito de violación, que daría su nombre a un buen número de supuestos que actualmente son constitutivos de abusos sexuales; ello, a pesar de que las penas proyectadas no suponen un incremento relevante respecto de las vigentes. Más, si se tiene en cuenta que, a mi juicio, le es aplicable la rebaja de pena que prevé el art. 178.3 ALO, dado que la única incompatibilidad que establece es que no concurren las circunstancias del art. 180 ALO, sin que haga mención alguna a la violación del art. 179 ALO.

El anteproyecto, rebaja las penas de las agresiones sexuales con violencia o intimidación y de la violación, excepto en los casos de abusos sexuales que se convierten en agresiones, que la ven incrementada en un año de prisión.

IV. Bases para un nuevo enfoque de las agresiones sexuales

Mi criterio es que ha llegado la hora de que la existencia o no de violación o de agresiones sexuales se construya directamente sobre la descripción y valoración del comportamiento del autor y no sobre fórmulas legales que encaminen la interpretación y aplicación del delito al comportamiento de la víctima: ¿Quiso o no quiso? ¿Consintió o no consintió? ¿Se opuso o no se opuso? ¿Resistió o no resistió? ¿Por qué no se opuso? ¿Cuánto se opuso? ¿Podía haber resistido más?...

Incluso las propuestas de reforma que se están presentando como más rompedoras, anteproyecto incluido, siguen basándose en que es la mujer la que tiene que decir: “¡sí!, ¡sí!, ¡sí!” o “¡no!, ¡no!, ¡no!”, al principio, durante y hasta el final del comportamiento sexual; porque si no es así su partenaire puede interpretar que cuenta con su consentimiento, sin que esté obligado a la mínima diligencia para comprobarlo.

¿Por qué legalmente se tiene que descargar exclusivamente en la mujer la responsabilidad de hacer visible y evidente que el comportamiento del autor es una violación o una agresión sexual? ¿Por qué no se mira directamente al comportamiento del autor?

Conforme a los patrones vigentes, el centro de la intervención penal es el consentimiento, lo que necesariamente focaliza el análisis en la actuación de quien debe prestarlo: la víctima, sobre cuyo comportamiento, intenciones, presunciones, etc., inevitablemente ha de recaer la actividad probatoria y el discurso jurídico motivador de la sentencia. La mujer es también la que debe evitar o aclarar el verdadero sentido de las conductas sexuales de interpretación equívoca o reevaluar continuamente la evolución del suceso, con el corolario de que, si no lo hace, la duda se convierte en un mensaje susceptible de interpretarse como autorización tácita o presunta.

A mi juicio, la superación de estos inaceptables aprioris, que arrojan una concepción de lo sexual absolutamente insostenible, pasa por una configuración del delito que deje de tener al consentimiento de la víctima y a su prueba como centro de su interpretación y aplicación. Entiendo, por eso, que el nuevo escenario de la intervención penal debería basarse en un tipo básico del siguiente tenor aproximado:

“El que realizare actos de carácter sexual con otra persona creando o aprovechando, por cualquier medio, una relación o situación de superioridad o de vulnerabilidad en la que, de forma objetiva, quede anulada o limitada la capacidad o posibilidad de la víctima para decidir libremente sobre su actuación sexual, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años o multa de 18 a 24 meses. El consentimiento válida y libremente otorgado exime de responsabilidad criminal”.

El injusto castigado es haber creado o haberse aprovechado dolosamente de una situación en la que para cualquiera resulta manifiesto que está limitada de hecho la posibilidad o capacidad de la víctima para decidir con plena y completa libertad sobre su comportamiento sexual. El mandato legal no se dirige a la víctima, considerándola garante única de que no se produzca una lesión de su libertad sexual, sino que se desplaza al autor, obligado a cuestionarse si en las circunstancias en las que ha de producirse el acto sexual está objetivamente asegurada la capacidad y posibilidad de que la mujer actúe con libertad plena. Y si objetivamente ello no está claro, la obligación legal es que el sujeto interrumpa o renuncie a continuar con el comportamiento sexual: y si no lo hace, es que, con conciencia de que puede faltar el consentimiento libre, ha aceptado la posibilidad de que su conducta sea una violación o una agresión sexual realizada (como poco) a título de dolo eventual.

El aseguramiento de que la relación sexual es libre no debe tratarse como si fuera únicamente un problema de la víctima, sino también como una obligación del autor: ambos deben obrar con el cuidado preciso para comprobar que la relación es libre y recíprocamente aceptada. Y no es en absoluto inoportuno que mediante mandatos penales se refuerce el criterio de que en determinados contextos objetivos no concurren las condiciones mínimas precisas para asegurar que el consentimiento que eventualmente se preste responde efectivamente a la libre decisión de quien lo emite, y de que, cuando así sea, el sujeto está obligado a cerciorarse de que el comportamiento es consentido antes de continuar con el mismo.

Lo que vendría a establecerse para el autor es un deber de diligencia centrado en la obligación de evaluar si las circunstancias en las que se desarrolla la relación sexual, en atención a las condiciones de la víctima (edad, capacidad mental, estado de conciencia, relaciones previas con el autor...) y a las circunstancias del entorno (lugar, hora, ambiente, personas presentes, eventual consumo alcohol o drogas, posibilidades de auxilio ajeno, etc.) hacen surgir objetiva y fundadamente la duda de si está comprometida la libertad de la mujer para consentir; y que, de ser así, debe abstenerse de continuar con la pretensión sexual.

Sobre esta base se construiría el resto del modelo penal. Personalmente, comparto la idea de unificar las modalidades delictivas, en los términos del art. 178.2 ALO, concebido el entorno comisivo (violencia, intimidación, abuso de una situación de inferioridad, etc.) en relación con la situación típica que provoca la limitación objetiva de la posibilidad de decisión plenamente libre de la mujer. Y lo mismo debería hacerse con la violación, basada como ahora en la mayor gravedad objetiva que se reconoce a ciertos actos sexuales, y con las agravaciones (según el modelo del vigente art. 180 CP o del ALO).

Una propuesta así no es extraña para el Código penal. La obligación de controlar el propio comportamiento en situaciones de peligro objetivo para bienes jurídicos ajenos no es ninguna novedad. El mandato implícito en el dolo eventual (y en la imprudencia) es el de abstenerse de realizar conductas que comportan el riesgo objetivo de lesión de un bien jurídico. En los delitos contra la seguridad vial se ha consolidado el criterio de que, si el sujeto se encuentra en una situación en la que queda comprometida su capacidad para una conducción segura, debe abstenerse de hacerlo. Y si ello vale para el tráfico: ¿Por qué no puede reclamarse una cautela semejante cuando lo que se ve amenazada es la libertad sexual de otro, casi siempre de una mujer? Lo que ya ocurre, por cierto, en el ámbito sexual, en donde ante determinadas situaciones (privación de sentido, trastorno mental, uso de sustancias que anulan la voluntad de la víctima) el mandato legal es el de abstenerse del comportamiento sexual.

Tampoco la jurisprudencia es ajena a este enfoque. Por el contrario, es frecuente que sostenga la punición en que se ha actuado en un contexto en el que la víctima *“según la experiencia general, se encuentre en una situación que normalmente debe limitar su capacidad de acción y de decisión”* (STS 658/1999, de 3 mayo); creación de un *“temor ambiental”* (STS nº 136/2006, de 8 Feb) o la frecuente *“situación intimidante”* o el *“cuadro intimidatorio”* propio de la denominada *“intimidación ambiental”* (entre muchas, STS 344/2019, de 4 de julio, que, sin embargo, acaba relacionando finalmente con la anulación de la *“voluntad de la víctima para poder resistir”*).

Y lo mismo se hace en relación con el prevalimiento: *“el prevalimiento exige el aprovechamiento de cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo, de la que el primero es consciente que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación”* (SsTS 226/2003, de 19 de febrero, 855/2015 de 23 de noviembre, 132/2016 de 23 de febrero, entre otras). O que *“los procesados conformaron de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante, objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella, aprovechando la superioridad así generada, para abusar sexualmente de la denunciante quien de esta forma no prestó su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación...”* (STS 2ª 761/2015 de 23 de noviembre, SAP Pamplona, 38/2018, de 20 de marzo –la Manada–).

Esta forma de entender las agresiones sexuales permite también abordar mejor los problemas planteados por la eventual interpretación por el autor como consentimiento tácito o presunto de ciertos comportamientos de la víctima, pues, en esa incertidumbre, lo que procede es interrumpir el comportamiento sexual hasta que

haya certeza sobre la voluntad de la víctima. Lo que vale también para los comportamientos que se desarrollan en una secuencia temporal de cierta duración, con fases de distinto significado y de relevancia sexual progresiva y en los que puede ir aminorándose la capacidad del sujeto pasivo para decidir como consecuencia de la eventual ingesta de alcohol u otras sustancias con virtualidad para incidir en su capacidad de valoración y de decisión.

Con todo, las principales virtudes de la propuesta son tres. La primera, que no deja espacio alguno para que la resistencia siga siendo el parámetro central de la intervención penal, ni expreso ni implícito, como ocurre ahora. La segunda, que hace irrelevante la valoración de la conducta de la víctima, incluso si ha tenido una participación inicial activa y consentida en la relación sexual: lo importante es que conste si tenía o no capacidad o posibilidad de prestar un consentimiento libre, y efectivamente lo hizo. La tercera, que la mirada del intérprete y del aplicador, y lo que es más importante, la prueba del delito, dan un giro copernicano, trasladándose de la víctima al autor y, sobre todo, a la apreciación de las circunstancias y condiciones objetivas creadas o aprovechadas por el mismo para realizar la conducta sexual.

Por lo demás, desde el punto de vista dogmático la propuesta no plantea problemas interpretativos que no estén ya suficientemente tratados en estos delitos y entornos. El dolo eventual cubrirá la inmensa mayoría de los supuestos: el autor, sabedor y consciente de la situación objetiva limitadora de la posibilidad y/o capacidad para emitir un consentimiento libre, al realizar en esas condiciones el comportamiento sexual, manifiesta su desprecio a la libertad sexual ajena y la aceptación de la lesión de esta. Y tampoco son nuevos los eventuales casos de error o las cuestiones que pueda suscitar la consumación y tentativa o la autoría o participación; incluida la posibilidad de aplicar la solución jurisprudencial para las violaciones grupales.