



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual

Autor/es

Marina Vitallé Rozados

Director/es

Miguel Ángel Boldova Pasamar

Facultad de Derecho
2020

INDICE

I. INTRODUCCIÓN

1.	CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO FIN DE GRADO.....	5
2.	RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.....	6
3.	METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.....	7

II. CUESTIONES PREVIAS

1.	TÍTULO VIII CÓDIGO PENAL: DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES	
1.1.	Bien jurídico protegido.....	8
1.2.	Agresión sexual.....	8
	<i>A) Desarrollo jurisprudencial del concepto de violencia</i>	
	<i>B) Desarrollo jurisprudencial del concepto intimidación</i>	
1.3.	Abuso sexual.....	10
2.	LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL DERECHO COMPARADO	
2.1.	En Italia.....	11
2.2.	En Francia.....	11
2.3.	En Alemania.....	12
2.4.	En Suecia.....	12

III. EL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO DEL TIPO

1.	EN EL CÓDIGO PENAL ACTUAL.....	14
2.	LA PRUEBA	
2.1.	La problemática de la prueba del consentimiento.....	15
2.2.	La declaración de la víctima como única prueba de cargo.....	15
2.3.	La prueba indiciaria.....	18

IV. LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

1.	LÍNEAS GENERALES.....	20
2.	SUPRESIÓN DEL TIPO DE ABUSO SEXUAL.....	21
3.	EL «SÍ ES SÍ».....	22

4. ¿ES NECESARIO ABORDAR UNA POSIBLE REFORMA DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO?.....	23
V. CONCLUSIONES.....	26
VI. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES.....	31

Listado de abreviaturas

art.	Artículo
CP	Código Penal
LeCrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
págs.	Páginas
Vol.	Volumen

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO FIN DE GRADO.

En la actualidad se puede observar un gran crecimiento en la participación de la ciudadanía sobre cuestiones jurídicas, así como en el interés que algunos asuntos, relativos al Derecho Penal y su regulación, han suscitado. La causa de lo anterior, puede encontrarse posiblemente en el papel que los medios de comunicación han desempeñado en algunos procesos judiciales que han devenido bastante polémicos así como la posible politización que se ha producido en torno a algunos.

Este es el caso de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, pues como causa del impulso feminista que se ha producido, así como por la incesante mención que han realizado ciertos partidos políticos, se ha terminado situando a la orden del día la cuestión sobre las posibles deficiencias que presenta su regulación.

El título del trabajo ya incita a comprender la base sobre la que va a girar en todo momento, pues el consentimiento se va a situar como punto central del trabajo, concepto que va a ser desarrollado de una manera amplia al entender que es justamente el elemento sobre el que se da una mayor controversia actualmente, siendo asimismo importante establecer otras líneas relacionadas con éste, como son la necesidad de encontrar unos puntos comunes de regulación con el resto de países de la Unión Europea y realizar un análisis con el derecho comparado, que a día de hoy resulta completamente imprescindible a la hora de llevar a cabo una valoración de las normas que se encuentran vigentes. De la misma forma se debe producir un estudio pormenorizado del desarrollo que la Doctrina y la Jurisprudencia ha realizado a lo largo del tiempo en que ha sido aplicada la normativa actual de este tipo de delitos. El consentimiento como concepto no puede entenderse sin un aspecto procesal relevante: la prueba. La forma en la que se prueba el consentimiento puede marcar un punto de inflexión en este debate actual y siguiendo esta línea, no podemos olvidar hacer mención al borrador de ley presentado ante el congreso bajo el título de “Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, cuya redacción debe ser estudiada puesto que se encuentra estrechamente relacionada con el tema tratado en el trabajo.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.

El Derecho Penal, a mi juicio, es uno de los cuerpos normativos que más relevancia ostenta frente al resto, como consecuencia de su incidencia en la sociedad y de la importancia de que éste se encuentre revestido de una serie de garantías para aquel ciudadano frente al que en una situación concreta, debe aplicarse. Este Derecho, y en concreto, el ámbito Penal está directamente relacionado con el orden y el control de la sociedad, al evitar en gran magnitud, el ejercicio de la violencia privada, puesto que al ser el Estado el titular del ius puniendi este orden jurisdiccional es el que debe garantizar su ejercicio mediante una serie de requisitos y garantías que le otorguen una apariencia de justicia que los ciudadanos puedan apreciar.

Asimismo, y en relación con lo anterior, los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual, han suscitado un gran interés en la población en los últimos años, que han devenido en distintas críticas contra el modelo normativo actual, hasta llegar a un borrador de ley que pretende modificar dicha regulación en consonancia con las reivindicaciones que una parte de la sociedad lleva exigiendo desde hace un tiempo. Sin embargo, otros sectores, contrarios a la reforma considerándola innecesaria, entienden que los preceptos actuales se ajustan completamente a la realidad social. Al mismo tiempo, los detractores de la reforma hacen referencia al hecho de que España se sitúa entre los países europeos con menor número de denuncias por violación, por lo que la tasa de criminalidad en torno a los delitos sexuales no representa un problema estructural que deba alarma de tal forma como para llevar a cabo una reforma sustancial del Código Penal referente a este tipo de delitos.

Junto con lo mencionado cabe hacer referencia a la relevancia que adquiere este orden, no solo en cuanto a la sensación de protección que le otorga al ciudadano, sino a los principios que rigen su desarrollo y a las finalidades que persigue, encontrándose entre ellas la reinserción de los criminales, la reeducación que les brinda el sistema para que puedan volver a ser incluidos en la sociedad. A consecuencia de lo anterior, por el interés manifestado y teniendo en cuenta que en un futuro laboral estaría completamente dispuesta a dedicarme a una profesión relacionada con el Derecho Penal, más concretamente, tendente a realizar una oposición para poder trabajar como Fiscal, el tema elegido ha versado en torno a esta preocupación ciudadana actual y sobre el Derecho Penal en general al parecerme el más interesante orden normativo.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.

El presente trabajo se ha desarrollado mediante distintas pautas que han permitido llegar a un conocimiento pormenorizado de la materia sobre la que se realiza. En primer lugar, y lo más importante, se ha realizado un estudio sobre la normativa que regula este tipo de delitos, así como sobre aquellas normas que desarrollan delitos semejantes y cuya comparación podía ser positiva para comprender de una forma más amplia el modelo normativo que es común a todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. En segundo lugar, se ha llevado a cabo un proceso de búsqueda de información, empezando por sentencias cuyo tema central tuviese relación con la materia elegida, así como se ha examinado la distinta Jurisprudencia y Doctrina que existe en torno al punto central del trabajo. Finalmente, tras la lectura de diversos escritos publicados en diferentes periódicos y revistas así como libros que han sido publicados por profesionales del Derecho, tanto a nivel estatal como a nivel de Unión Europea, permitiendo un estudio del Derecho Comparado, se ha examinado el conjunto de la información llevando a cabo una reestructuración y posterior elección de la que guarda relación en torno al trabajo para proceder a la redacción del Trabajo de Fin de Grado.

II. CUESTIONES PREVIAS

1. TÍTULO VIII CÓDIGO PENAL: DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

1.1. Bien jurídico protegido

Históricamente, el objeto de protección del Derecho Penal sexual se basaba en la honestidad, una especie de moral sexual colectiva. A partir de los años ochenta del siglo pasado, sin embargo, las transformaciones políticas y consecuentemente, jurídicas, acarrearon la modificación de esta consideración, cuya consecuencia próxima fue que este tipo de conductas fueran consideradas reprochables cuando implicasen involucrar a una persona en un acto sexual sin su consentimiento, contra éste o mediante una voluntad viciada o inválida y por lo tanto, el bien jurídico protegido pasó a ser la libertad sexual. La libertad sexual, por lo tanto, y como indica MARTOS NUÑEZ¹ «es el bien jurídico protegido cuando la víctima es una persona mayor de edad». En consecuencia, y según PEREZ CEPEDA² «se tutela el derecho inalienable de todo ser humano a no verse involucrado, sin su consentimiento, por una persona en un contexto sexual».

La indemnidad sexual, concepto distinto aunque complementario del anterior, fue introducida en la reforma del Código Penal de 1999, en relación con la esfera sexual de los menores y de aquellas personas con discapacidad, que en consecuencia, necesitan una mayor protección.

1.2. Agresión sexual

El capítulo I del título VIII del Código Penal establece la regulación del tipo básico de las “agresiones sexuales” cuya comisión está castigada con la pena de prisión de uno a cinco años. El elemento distintivo que caracteriza este tipo de conducta delictiva del resto es básicamente el empleo de violencia o intimidación como medio para realizar la acción sexual impuesta. La violencia y la intimidación son dos conceptos que conducen a una misma calificación jurídica, sin embargo, debe delimitarse su alcance con la finalidad de

¹ MARTOS NUÑEZ, J.A., «Mujer y Derecho Penal. Naturaleza, fundamento y bienes jurídicos protegidos», en *Mujer y Derecho Penal*, 1^a edic., J.B. Bosch, Barcelona, 2019, págs 71-89.

² PÉREZ CEPEDA en GÓMEZ RIVERO, M.C., *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, Volumen I, 2^a edic., Tecnos, Madrid, 2015.

distinguirlos en una conducta concreta: la violencia, por un lado, necesita de medios violentos, es decir, el empleo de una fuerza física que permita doblegar la voluntad de la víctima. Sin embargo, la intimidación se entiende como el uso de algún tipo de amenaza que consiga el mismo fin.

A) Desarrollo jurisprudencial del concepto de violencia

En primer lugar, debemos tener en cuenta, que para la utilización de violencia, se presupone una oposición de la víctima a la realización de la acción sexual, o de algún modo, se entiende que el sujeto pasivo va a resistirse en algún momento, por lo que el agresor hace uso de este medio para conseguir su objetivo. Inicialmente, por parte de la doctrina, la violencia ha venido relacionándose directamente con el uso de la fuerza física. Según la STS 421/2009 de 29 de enero de 2009, la violencia se considera como elemento de la acción típica cuando se dé una relación causal entre la violencia ejercida y el contacto sexual que consigue el agresor con la víctima. Asimismo, la jurisprudencia actual reitera que no resulta necesario para apreciar la concurrencia de violencia en la acción que esta sea irresistible desde un punto de vista objetivo, sino que basta con que sea suficiente y eficaz, consiguiendo el objetivo de doblegar el consentimiento que la víctima no ofrece de manera libre. La violencia debe caracterizarse, por lo tanto, por ser inmediata y grave, pudiendo obtener gracias a la intensidad de ésta que la víctima deje de resistirse. Sin embargo, está claramente definido que no puede exigirse una resistencia efectiva por parte de la víctima, pues lo relevante en este caso es el empleo de la violencia, no la actitud que la persona agredida tome frente a ésta.

B) Desarrollo jurisprudencial del término intimidación

En segundo lugar, relativo al concepto de intimidación, la jurisprudencia la define como «la amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo»³, teniendo ésta que alcanzar la magnitud suficiente como para poder superar la capacidad de resistencia de la víctima, atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Es decir, la víctima adopta una decisión como consecuencia del anuncio de un daño, decisión que no hubiera adoptado de no haberse realizado esa intimidación suficiente. Además, la jurisprudencia exige que el mal con el que se intimida a la víctima sea antijurídico e ilícito,

³Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1583/2002, de 3 octubre de 2002 (RJ:2002/9356)

de suficiente entidad, grave, real, y próximo. Debemos partir de una asimilación del concepto de intimidación a la violencia, por lo que resulta completamente racional que se exija que esa amenaza con la que se intimida a la víctima, revista la entidad suficiente para asimilarse a tal. Con el objetivo de poner de manifiesto una de las posturas minoritarias existentes en torno al concepto de intimidación, MONGE FERNÁNDEZ⁴ cita lo siguiente de DÍEZ RIPOLLÉS: «la intimidación es un efecto que no tiene por qué proceder siempre de una amenaza», pues como puede observarse, éste mantiene una perspectiva distinta, que se centra en la no consideración como intimidación típica de la agresión sexual a cualquier amenaza. Por otro lado, la doctrina encuentra innecesario que la duración de la amenaza sea prolongada e ininterrumpida, por lo que bastaría con que ésta presente la entidad suficiente para doblegar la voluntad de la víctima. En contra se pronuncia nuevamente DÍEZ RIPOLLÉS, al considerar que la intimidación debe prolongarse durante la totalidad de la ejecución del delito sexual.

1.3. Abuso sexual

El capítulo II regula los abusos sexuales, cuya caracterización radica en la falta de violencia o intimidación por parte del agresor en la comisión del delito, sin embargo, faltando asimismo el consentimiento por parte de la víctima, bien por ser inválido, viciado o porque no concurre, acarreando el castigo de pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

En los apartados siguientes del artículo 181 y 182 Código Penal se presentan diferentes modalidades de comisión del abuso, en función de cómo se lleva a cabo el ataque a la víctima. El abuso sexual abarca asimismo no solo aquellas conductas sexuales realizadas sobre personas que se hallan privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, sino que también se incluyen aquellas en las que se anula la voluntad de la víctima por el uso de fármacos o drogas. También se incluye como abuso sexual aquél que se realiza con prevalimiento, es decir, cuando el consentimiento se obtiene como consecuencia de una situación de superioridad manifiesta que es la que el sujeto activo utiliza para conseguir su objetivo, expuesta en el artículo 181.3 CP. Finalmente, y siguiendo con la línea normativa anterior, los abusos sexuales se agravan cuando consistan en acceso carnal, castigando al

⁴MONGE FERNÁNDEZ: «Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz del caso La Manada (“SOLO SÍ ES SÍ”)» en *Mujer y derecho penal*, 1^a edic., J.B. Bosch, Barcelona, 2019, págs. 339-370

responsable con la pena de prisión de cuatro a diez años. Debemos tener en cuenta que en el artículo 182 se establece la regulación de los abusos sexuales con engaño u otras circunstancias como puede ser una posición de reconocida confianza, de autoridad o influencia sobre la víctima.

2. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN DERECHO COMPARADO

2.1. En Italia

La regulación italiana parte de la reforma que se produjo como consecuencia de la Ley 66/1996 de 15 de febrero, que modificó la situación de los delitos sexuales en el Código Penal. Anteriormente, los delitos contra la libertad sexual se encontraban en el título IX cuyo nombre era “de los delitos contra la moralidad pública y contra las buenas costumbres”. Con la reforma mencionada, todos los delitos del ámbito sexual fueron incluidos en el título XII, integrándose dentro de los delitos contra las personas.

El tipo básico de los delitos contra la libertad sexual lo establece el artículo 609 del Código Penal Italiano, que castiga a aquél que mediante violencia, amenaza o abusando de una posición de autoridad, obligue a otra persona a realizar o soportar un acto de carácter sexual. Como podemos observar, la regulación italiana parte del uso de violencia o amenaza, así como de la utilización de un abuso de autoridad para cometer el delito. En todo caso, se establece una reducción en, como máximo, dos tercios, en casos de delitos de menor gravedad.

2.2. En Francia

El Código Penal Francés, desde 1980, define la violación como todo acto de penetración sexual cometido sobre otra persona mediando violencia, coacción, amenaza o sorpresa y se castiga con una pena que alcanza los 15 años de prisión. Los hechos, asimismo, se castigan según la naturaleza de ataque sufrido y según las circunstancias que se mencionan en los artículos que regulan el ataque sexual, incluyendo las mismas penas para la tentativa de agresión sexual. Una de las características más relevantes sobre esta regulación radica en que el concepto consentimiento no aparece mencionado, apareciendo sin embargo, el término coacción o sorpresa (que se juzga en cada caso concreto, al tratarse de un concepto difícil de definir). En torno a los agravantes que acoge el código, los cuales acarrean 20 años de prisión, nos encontramos con la provocación de una mutilación o enfermedad

permanente en la víctima, o aquellos actos cometidos contra un menor de 15 años, así como sobre una persona cuya vulnerabilidad particular es aparente o conocida por el autor, por ejemplo.

2.3. En Alemania

Este país prevé una legislación que tuvo que modificarse por una Ley aprobada en 2016, tras la alarma social que se produjo después del 31 de diciembre de 2015, en que una oleada de casos de agresiones sexuales golpearon el país, más concretamente el centro de Colonia. La mencionada Ley, aprobada por unanimidad, endurece las penas para este tipo de delitos en su artículo 177, castigando como tipo básico a quién fuerce a una persona a mantener un acto sexual contra su voluntad manifiesta. Se elimina por lo tanto, la necesidad de existencia de violencia o amenaza, por lo que según la ley alemana, basta con que la víctima presente manifiestamente su negativa a mantener esas relaciones sexuales. En este caso, pues, se habla de una “voluntad perceptible” por parte de la víctima, es decir, puede mostrarse tanto a través de palabras como con muestras de descontento o negativa. Esta voluntad perceptible o reconocible debe serlo tanto para el autor del delito como para un espectador completamente objetivo y externo tanto si se manifiesta de forma explícita o verbal, así como si se hace de modo implícito.

2.4. En Suecia

Y para concluir, no podemos olvidar mencionar uno de los países nórdicos, que según un informe de Amnistía Internacional, Suecia se sitúa en el primer lugar del ranking de países europeos con mayor número de denuncias por violencia sexual, con 58 violaciones por cada 100.000 habitantes⁵. Sin embargo, este país, modelo del feminismo, se considera puntero a la hora de garantizar la igualdad de género. Esto es conocido como la paradoja nórdica que en palabras de Alicia Hernandez⁶, «este asunto es una de las cuestiones más desconcertantes en el campo del estudio de la igualdad de género y la violencia contra la mujer, pues parece una situación contradictoria». Debemos tener en cuenta que Suecia modificó su legislación con el objeto de definir las agresiones sexuales en relación con la ausencia de

⁵ EUROSTAT: cifras publicadas en 2017 referidos a 2015.

⁶HERNÁNDEZ, A., *Tiempo de cambio. Justicia para las supervivientes de violación de los países nórdicos (Amnistía internacional)* Disponible en: <https://grupos.es.amnesty.org/eu/castilla-leon/grupos/salamanca/paginas/noticia/articulo/violencia-sexual-en-el-norte-de-europa-la-paradoja-nordica/>

consentimiento, excluyendo entonces, la violencia o la intimidación así como el hecho de si la víctima tuvo la capacidad, en el momento de la acción, de oponer resistencia o no. Asimismo, se castiga la violación por imprudencia, que parte de la necesidad de que el autor evalúe si la víctima presta o no el consentimiento, de lo contrario, será castigado por imprudencia al no haber valorado el riesgo de que la víctima se estuviese negando a practicar la relación sexual.

III. EL CONSENTIMIENTO

1. EN EL CÓDIGO PENAL ACTUAL

El consentimiento resulta ser uno de los elementos en torno a los que giran los delitos contra la libertad sexual en los que no se da violencia ni intimidación por parte del agresor, es decir, «la ausencia de consentimiento por parte de la víctima es un elemento del tipo que ha de ser captado por el dolo del autor» como indica MARTOS NUÑEZ⁷ y así se plasma en el texto normativo, que en la regulación de los abusos sexuales, exige la falta de consentimiento por parte de la víctima. Como se desprende del propio Código, no adquieren la misma consideración los actos sexuales que se realizan mediante violencia o intimidación, que aquellos que se llevan a cabo sobre personas que se encuentran privadas de sentido, o sobre aquellas de cuya enajenación se abusare. Por lo tanto, la diferencia entre el delito de agresión sexual y el de abuso sexual encuentra su límite en la presencia de intimidación o violencia en el primero, así como la ausencia de consentimiento o el vicio en el que pueda incurrir éste, referente al segundo. En palabras de BOLDOVA PASAMAR⁸ «las divergencias fundamentales entre abuso y agresión sexual no radican en el aspecto del consentimiento [...] sino en el externo y objetivo de la existencia o inexistencia de violencia o intimidación ejercidas como medios para llevar a cabo la acción sexual».

En consecuencia, la falta de consentimiento debe probarse, o de otro modo, probar que el consentimiento ha resultado ser inválido, lo que termina obligando a llevar a cabo un análisis sobre el comportamiento de la víctima, más aún en aquellos casos en que ésta no se ha opuesto de forma activa al acto sexual o se ha mantenido en una situación de silencio. Es justamente en esos casos, cuando al adoptar la víctima una actitud pasiva, se da un mayor problema, puesto que el juzgador debe interpretar si esa pasividad significa consentir, ya sea de modo libre o viciado; o por lo contrario, es la actitud externa de no consentir, puesto que como indica BOLDOVA PASAMAR⁹ «la simple actitud pasiva no es determinante de un delito sexual si esa actitud se adopta libremente». En consecuencia, algunos sectores entienden que la respuesta legal a este tipo de delitos debería darse

⁷ MARTOS NUÑEZ, J.A., «Mujer y Derecho Penal. Naturaleza, fundamento y bienes jurídicos protegidos», en *Mujer y derecho penal*, 1^a edic., J.B. Bosch, Barcelona, 2019, págs 71-89.

⁸ BOLDOVA PASAMAR, M.A, «Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como caso de La Manada», en *Diario La Ley*, nº 9500, 2019.

⁹ ídem.

desde una presunción iuris tantum de negativa¹⁰, es decir, se debería presumir, en estas situaciones, que la víctima no presta ningún tipo de consentimiento, pudiendo desvirtuar dicha presunción a través del lenguaje tanto verbal como no verbal.

También cabe resaltar la importancia de la duración del consentimiento, que como establece la jurisprudencia, éste ha de ser continuado, es decir, no basta con que aparezca inicialmente, sino que debe prolongarse durante todo el acto sexual. Como indica la STC del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 4/2018 de 13 de junio «ha de aparecer o seguir apareciendo en el momento inmediatamente anterior a dichos actos», lo que permite castigar aquellos actos cuyos autores indican la existencia de un consentimiento anterior a la realización de ese acto.

2. LA PRUEBA

2.1 La problemática de la prueba procesal

Actualmente los Tribunales se encuentran con diversos problemas a la hora de aplicar los preceptos del Código Penal relativos a los delitos contra la libertad sexual, y en contra de lo que algunos sostienen, no es tanto por la existencia de óbices dogmáticos en la delimitación de los distintos tipos penales, sino por el problema que plantea la práctica de la prueba en torno a los elementos subjetivos que caracterizan el delito, alcanzando su máxima en cuanto a la prueba del consentimiento por parte de la víctima. Como de forma acertada se afirma habitualmente, éste tipo de delitos se producen en un ámbito de clandestinidad que junto con el impedimento de disponer de otro tipo de pruebas con que probar la realización del tipo delictual, conllevan la valoración del testimonio de la víctima.

Asimismo, se presenta como muy importante el artículo 741 de la LECrim al establecer el principio de libre valoración de la prueba, viniendo esta libertad relacionada con las reglas de la lógica humana y según su conciencia, siendo justamente este principio, la verdadera garantía de independencia de los Jueces y Tribunales.

2.2. La declaración de la víctima como única prueba de cargo

En el ámbito de los delitos contra la libertad sexual la declaración de la víctima se presenta como una de las pruebas más importantes a realizar, puesto que la casuística de estos delitos

¹⁰ FARALDO CABANA, P. «Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género» en *Mujer y derecho penal*, 1^a edic., J.B. Bosch, Barcelona, 2019, págs. 255-283

permite afirmar que en la mayoría de casos no existen otro tipo de pruebas sobre las que pueda fundamentarse una condena, por lo que en muchas ocasiones nos encontraremos con la versión de la víctima frente a la versión del acusado, resultando ser estas totalmente contradictorias. A consecuencia de lo anterior, existe amplia jurisprudencia sobre el tema, que permite obtener unas pautas de actuación similares con las que deberán actuar el conjunto de Jueces y Tribunales a la hora de encontrarse con la valoración de este tipo de prueba procesal.

Inicialmente, cabe afirmar la posibilidad de que la declaración de la víctima se presente como única prueba de cargo, respetando en todo momento las garantías y derechos que corresponden al acusado, puesto que así lo establece la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 258/2007, de 18 de diciembre, entre otras¹¹, al expresar lo siguiente: «se ha mantenido reiteradamente que la declaración de la víctima, practicada normalmente en el acto del juicio oral, con las necesarias garantías procesales, puede erigirse en prueba de cargo y que, en consecuencia, la convicción judicial sobre los hechos del caso puede basarse en ella, incluso cuando se trate del acusador». De esta forma, se consigue superar la situación que puede producirse al encontrarse el Tribunal con dos versiones completamente opuestas por parte de la víctima y el acusado. Sin embargo, la declaración de la víctima no se convierte de forma automática en una prueba de cargo como tal, sino que como el resto de pruebas permitidas por el ordenamiento procesal, ésta se encuentra sujeta a la valoración que el tribunal realice.

Asimismo, la doctrina ha establecido unos parámetros de actuación que permiten valorar la credibilidad del testimonio de la víctima del delito, cuando éste sea la única o principal prueba de cargo, en orden a la posibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia. Esta especie de test se encuentra en diversas sentencias, entre las que destacamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2019¹² que indica los parámetros a los que ha de atenerse el juzgador.

¹¹ La misma línea argumentativa se encuentra en la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 347/2006 de 11 de diciembre (RTC:2006/347)

¹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1^a), núm. 527/2019 de 31 de octubre (RJ: 2019/5307)

En primer lugar, se debe realizar una comprobación de la credibilidad subjetiva, es decir, un análisis sobre las características físicas y psíquicas que la víctima presenta así como sobre las posibles motivaciones que ésta pudiera tener, en orden a evitar procesos cuya base es la venganza a través de una falsa incriminación. Esto obliga no sólo a analizar el contexto social en el que se ha producido la presunta agresión, sino también a encontrar los puntos de conexión que unen a la víctima y el agresor y las posibles relaciones que existiesen en torno a estos. Básicamente, este análisis permite afianzar o desvirtuar la credibilidad de la víctima en torno a circunstancias subjetivas que podrían enturbiarla.

En segundo lugar encontramos un parámetro de valoración consistente en el análisis de la credibilidad objetiva de la víctima, o en otras palabras, la verosimilitud del testimonio. Este parámetro se basa en la presentación de dos elementos: una coherencia interna importante en relación con la lógica de la declaración así como en una coherencia externa, que hace referencia a la capacidad de apoyar su testimonio en datos objetivos externos.

El tercer y último parámetro se encuentra relacionado con la persistencia de la víctima en la incriminación del acusado, lo cual se basa en distintas piezas: que no se den modificaciones esenciales en las distintas declaraciones que preste la víctima, es decir, se asienta en la «constancia sustancial de las diversas declaraciones»¹³; asimismo, la declaración ha de caracterizarse por su concreción, lo que significa que ésta no puede presentar notas de generalidad ni ambigüedad, sino que ha de ser concreta en sus distintas afirmaciones, aportando la precisión y los detalles que cualquier persona en una situación semejante sabría contar; finalmente y de forma completamente lógica se exige la inexistencia de contradicciones en las sucesivas declaraciones que la víctima presente durante el procedimiento.

Cabe hacer especial énfasis en la característica de parámetro de los anteriores elementos, pues como apunta la STS 4772/2004 de 15 de abril de 2004, el testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo [...] está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios, que no exigencias». Asimismo, y en relación con los derechos que asisten al acusado, «es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 849/1998 de 18 de junio de 1998 (RJ 1998\5590)

constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado^{14»}. Un ejemplo próximo y reciente sobre la valoración de la credibilidad del testimonio de la víctima se encuentra en la STC 14/2020 de 18 de marzo¹⁵ en relación con el famoso *Caso Arandina*, en la que se establece que «la credibilidad del testimonio de la menor [...] presenta fisuras relevantes en su lógica interna y carece de elementos periféricos que le sirvan de apoyo, lo que convierte en difícilmente homologable la valoración aceptada por la Audiencia desde la lógica y la razonabilidad».

2.3 La prueba indiciaria

A pesar de que se establece jurisprudencialmente¹⁶ la declaración de la víctima como prueba directa y no como prueba indiciaria, debemos hacer una pequeña exposición de éste tipo de prueba, que en torno a otros elementos distintos a la declaración de la víctima, sí puede llegar a resultar relevante. En el marco del proceso penal, en muchas ocasiones y sobretodo en la tipología de delitos que se tratan en este trabajo, los hechos se cometen sin dejar pruebas directas sobre su realización, lo que obliga a buscar otras opciones en orden a evitar la impunidad. La prueba indiciaria, también denominada indirecta, se conoce como aquella que posibilita la acreditación de unos hechos en un proceso judicial sin que exista prueba directa sobre ellos, a través de la estimación de otros hechos como probados puesto que la relación que los une permite deducir de forma razonada la certeza de los primeros. A este respecto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC núm. 267/2005¹⁷ indicando que mediante la prueba indiciaria, en caso de falta de prueba de cargo directa, es posible un pronunciamiento condenatorio por un determinado delito cuando existan los siguientes elementos: los indicios han de encontrar su base en hechos previa y plenamente

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 355/2015, de 28 de mayo de 2015 (RJ: 2015/2491)

¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1^a) núm. 14/2020 de 18 de marzo de 2020. (ARP: 2020/662)

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a) núm. 758/2013 de 24 de octubre de 2013 (RJ: 2013/8393)

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 267/2005, de 24 de octubre (RTC: 2005/267)

acreditados, es decir, no pueden basarse en meras sospechas; que el proceso mental a través del cual se llega a la conclusión de los indicios ha de ser totalmente razonado y acorde con «las reglas del criterio humano» como matiza la STC núm. 135/2003 de 30 de junio; finalmente, el control de la prueba indiciaria puede realizarse desde su lógica y racionalidad tanto como desde su suficiencia o calidad.

III. LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

1. LÍNEAS GENERALES

La necesidad que algunos sectores entienden que existe en torno a una reforma del Código Penal en relación con los delitos contra la libertad sexual parte mayoritariamente de la Sentencia que dictó la Audiencia Provincial de Navarra el 18 de marzo de 2018 sobre el conocido caso de *La Manada*, entendiendo que dicha reforma debe hacerse desde una perspectiva de género. En esta sentencia, la Audiencia Provincial consideró que no se daba la existencia de violencia o intimidación, dándose sin embargo, un consentimiento viciado por parte de la víctima, por lo que se descartó la agresión sexual. Esto propició una serie de manifestaciones a lo largo del territorio nacional, que se caracterizaron por el lema “Hermana, yo sí te creo” así como por “solo sí es sí”. El problema que se encuentra detrás de estas protestas es la confusión de dos términos muy distintos que se encuentran unidos entre sí, la vinculación del juez a la Ley por un lado, y la vinculación a los hechos, por otro. Como bien matiza MUÑOZ CONDE¹⁸, «aquí no se trataba de un problema de interpretación de la Ley, sino de la determinación y prueba de los hechos a los que la ley debe aplicarse». Asimismo, se recogieron firmas para exigir la inhabilitación de los magistrados, a pesar de la gran dificultad que presentaba el caso, como manifiesta NUÑEZ FERNÁNDEZ¹⁹ «al tener que probar una ausencia de consentimiento no verbalizada, el conocimiento de dicha circunstancia por los autores [...]» Finalmente, tras la interposición de recurso de casación²⁰, el Tribunal Supremo corrige la anterior Sentencia, que había sido confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (30 de noviembre de 2018), mediante la apreciación de una intimidación ambiental, de acceso carnal, trato especialmente degradante y actuación conjunta de dos o más personas, condenando a los acusados a cinco delitos de agresión sexual cualificada.

En julio de 2018, el grupo parlamentario Unidos Podemos-En comú Podem-En Marea presentó una proposición de ley de protección integral de la libertad sexual y para la erradicación de las

¹⁸MUÑOZ CONDE, F., «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso de La Manada en Revista penal», 2019, págs. 290-299.

¹⁹ NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., «La manada y la Jauría», en *el País*, 2 de mayo de 2018. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2018/04/30/opinion/1525083152_968336.html

²⁰ Recurso de casación núm. 396/2019 ante Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 344/2019 de 4 de julio (RJ:2019/3382)

violencias sexuales²¹. Finalmente, el Gobierno actual, que surge de las elecciones celebradas el 10 de noviembre de 2019, aprueba en Consejo de Ministros el día 4 de marzo de 2020 el anteproyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, más conocida como la ley del “solo sí es sí”. Como así indica DÍEZ RIPOLLÉS²², la proposición «considera la violencia sexual una manifestación de la violencia machista, de modo que la violencia sexual no es un fenómeno individual ni coyuntural, sino social y estructural». La citada reforma, asimismo, presenta la libertad sexual desde un punto de vista colectivo, si bien éste es un derecho individual, por lo que como apunta DÍEZ RIPOLLÉS²³ «ya no se trata de la autorealización personal, sino de un enfrentamiento [...] entre hombres y mujeres [...] en la que el primero ejerce su dominación contra el segundo».

Asimismo, se puede observar en las diversas propuestas legislativas una tendencia a la elevación de las penas, que como indica BOLDOVA PASAMAR²⁴ «aunque en principio no afectan a los límites máximos de la pena de prisión, sí prevén restricciones de acceso a los beneficios penitenciarios y a la evolución de la progresión y situación penitenciaria del condenado»

2. SUPRESIÓN DEL TIPO DE ABUSO SEXUAL

En el año 1995 se tomó la decisión de desmembrar el delito único de violación por dos delitos diferenciados utilizando como criterio diferenciado la violencia o la intimidación: el abuso sexual y la agresión sexual (que en caso de ser cualificada, se convierte en el tipo de violación). En la actualidad, se pretende lo contrario, la supresión del tipo de abuso sexual y consecuente unificación con el delito de agresión sexual, pues se considera que el abuso sexual se ha desvirtuado hasta el punto de convertirse en el tipo básico de los delitos contra la libertad sexual en aquellos casos en que la violencia o intimidación no puede ser probada. Como la propia exposición de motivos de la proposición de ley indica, se elimina esta distinción en orden a cumplir con las obligaciones que España asumió al ratificar el Convenio de Estambul²⁵ de 2014, siendo necesario matizar que éste no

²¹ Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XII Legislatura. Proposiciones de Ley, núm. 297-1. de 20 de julio de 2018.

²² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019.

²³ ídem.

²⁴ BOLDOVA PASAMAR, M.A. «Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como Caso de la Manada», en *Diario la Ley*, nº 9500, 2019.

²⁵ Boletín Oficial del Estado, 6 de junio de 2014, Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa de prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

exige que se equiparen las distintas conductas que atentan contra la libertad sexual. La proposición define la violencia sexual mediante la ausencia de consentimiento, con la intención de «atenuar problemas probatorios y evitar la revictimización o la victimización secundaria». La revictimización se entiende como consecuencia directa de el hecho de que se cuestione a la víctima durante el desarrollo del proceso penal, desde el cuestionamiento de su testimonio hasta el modo en que ha vivido el hecho traumático o el tiempo que ha terminado en denunciar los hechos. Básicamente, esto se produce, por la necesidad de mantener un equilibrio entre las garantías que el proceso debe salvaguardar contra el reo, así como la protección de los derechos que ostenta la víctima.

La solución que se da desde la proposición de Ley, básicamente es, al eliminar la distinción entre abuso y agresión sexual, equiparar la violencia y la intimidación a la falta de consentimiento o aquél consentimiento inválido o viciado. Se parte de la idea de intentar solucionar el problema de prueba que presenta el consentimiento. En consecuencia, la ausencia de consentimiento es la que caracteriza el tipo básico de los delitos contra la libertad sexual, castigando esta conducta con una pena de prisión de uno a cuatro años. Asimismo, en el segundo apartado del artículo 178²⁶, se establece la equiparación a aquellos actos 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. En contra de esta nueva regulación encontramos a DÍEZ RIPOLLÉS²⁷, según el cual «la eliminación de las graduaciones en los atentados a la libertad sexual dará lugar no solo a un derecho penal sexual superficial, carente de matices, sino a un derecho penal sexual moralista, que fácilmente terminará siendo autoritario». Sin embargo, otros autores consideran que la distinción entre el abuso y la agresión sexual ha derivado en una situación completamente negativa para la víctima, puesto que se ha reforzado la tesis en que por un lado, es necesaria la resistencia activa por parte de la víctima, y por otro, que la equiparación de la intimidación con la violencia debe realizarse cuando esta sea suficientemente grave, capaz de doblegar la voluntad de la víctima por el temor que le inflige ese acto intimidatorio.

3. EL «SÍ ES SÍ»

Como se ha indicado con anterioridad, tras la Sentencia de *La Manada* surgieron distintas manifestaciones cuyo lema se plasmaba en el conocido «no es no», lo cual implicaba que un acto

²⁶ «Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual», en NIUS, 2020.

²⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «El no es no», en *el País*, 2018.

sexual sin consentimiento de la víctima debía castigarse, pues faltaba un requisito imprescindible, el consentimiento. A su vez, surgió otro lema, el conocido como «solo sí es sí», que a pesar de su semejanza, su finalidad es completamente distinta, pues la realidad que se esconde detrás del eslogan radica en la necesidad de un consentimiento expreso a la hora de entablar una relación sexual. Sin ese consentimiento expreso, la acción sería típica y antijurídica, por lo que el acusado sería responsable del delito contra la libertad sexual cometido. El anteproyecto de Ley, continuando con la línea del «sí es sí» presenta la nueva redacción del artículo 178 CP de la siguiente forma:

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.”

Como se observa tras su lectura, un acto de contenido sexual será atípico cuando la víctima haya presentado un consentimiento expreso, concluyente e inequívoco. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico debe plantearse no sólo la necesidad o no de exigir un consentimiento expreso, sino también el alcance de esta nueva regulación y sus consecuencias. Como indica TATJANA HÖRNLE²⁸ «un requisito general de que siempre haya consentimiento explícito no es una buena solución en derecho penal» puesto que pueden presentarse situaciones en las que el propio agresor no conozca la negativa de la víctima a mantener ese acto de carácter sexual. Como indica la autora, si para un observador objetivo la situación es ambivalente, es decir, no se puede discernir con claridad la voluntad de la víctima, el supuesto agresor no puede ser condenado puesto que atenta contra uno de los valores supremos, la justicia. Por lo tanto, en ese tipo de situaciones, debe exigirse la expresión del «no», para que el sujeto activo conozca esa ausencia de consentimiento.

4. ¿ES NECESARIO ABORDAR UNA POSIBLE REFORMA DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO?

Cuando nos referimos a la relación de la mujer como víctima de determinados delitos y el Derecho Penal como tal, nos encontramos con diversos elementos comunes, características que denomina MARTOS NUÑEZ²⁹ como «sociológicas, jurídicas y criminológicas». Estas características, de las cuales el autor sustrae aquellas que alcanzan una gran relevancia práctica, permiten observar la similitud de elementos que encontramos ante los delitos contra la mujer: en primer lugar, la

²⁸ TATJANA HÖRNLE., «Un requisito general de que siempre haya consentimiento explícito no es una buena solución en Derecho Penal» en *el País*, 2020. Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-03-08/un-requisito-general-de-que-siempre-haya-consentimiento-explicito-no-es-una-buena-solucion-en-derecho-penal.html>

²⁹MARTOS NUÑEZ, J.A. «Mujer y derecho penal. Naturaleza, fundamento y bienes jurídicos protegidos», en *Mujer y Derecho Penal*, 1^a edic., J.B. Bosch, Barcelona, 2019, págs 71-89.

victimización, la cual ya ha sido mencionada pues su eliminación se encuentra como uno de los principales objetivos de la nueva Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual; en segundo lugar, una serie de secuelas físicas y psicológicas comunes en las víctimas de éste tipo de delitos; y finalmente, la existencia de un tipo de fuerza ejercida sobre éstas que también puede observarse en la mayoría de los delitos cometidos.

Aquellos sectores que se encuentran a favor de la reforma, parten en primer lugar, del género como elemento de discriminación contra la población femenina, entendiendo que la regulación actual de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales parte de una desigualdad de género, no solo en la creación y aprobación de normas, sino también en la interpretación que los tribunales hacen de éstas. En consecuencia, al entender que no se protege de modo suficiente a las víctimas de los mencionados delitos, estos consideran que debe realizarse la reforma desde una perspectiva de género.

La perspectiva de género se conoce como aquella forma de analizar la realidad de manera completamente neutra ante situaciones de completa desigualdad, y no de forma aparentemente neutral. Por lo tanto, se parte de la necesidad de observar la realidad desde una nueva perspectiva, eliminando cualquier elemento material que pueda hacer tambalear esa neutralidad, entendiendo que la forma en la que se observa la realidad actual está contaminada por el orden histórico patriarcal, concluyendo entonces con una nueva visión que debe venir orientada por la perspectiva de género. Aquellas opiniones favorables a la incorporación de la nueva perspectiva consideran que ésto obedece no sólo a conseguir una igualdad efectiva y real, sino a propugnar el respeto a los Derechos Humanos. Como explica JERICÓ OJER³⁰ «la perspectiva de género debe aspirar a que el sistema de justicia no refuerce, a través de la falsa neutralidad, esa relación de poder consolidando jurídicamente esa discriminación»

Consiguentemente, se argumenta que cuando se produce una violación de la libertad sexual, es decir, se mantiene una relación sexual contra la voluntad de la víctima a practicarla, esto se realiza por la condición de mujer que tiene la víctima. De esta forma, algunos autores como MONGE

³⁰ JERICÓ OJER, L. «Perspectiva de género, violencia sexual y derecho penal» en *Mujer y derecho penal*, 1^a edic., J.B. Bosch, Barcelona, 2019, págs. 285-337

FERNÁNDEZ³¹ afirman que cuando se produce un acto contra la libertad sexual o contra la vida de una persona se hace por esa condición de mujer. En consecuencia, y en palabras de ALONSO ÁLAMO³² «el mayor contenido de injusto fundamenta la agravación por razones de género». Considero entonces que no existe debate posible cuando la acción sexual que se impone a la víctima es consecuencia directa del hecho de ser mujer, y en condiciones de dominación o desigualdad, por lo que nos encontramos obviamente ante la correcta apreciación de la agravante de género. Sin embargo, cabe matizar que no siempre que se obligue a una persona determinada a mantener una relación sexual en contra de su voluntad puede darse la concurrencia de dicha agravante.

³¹ MONGE FERNANDEZ, A., «Mujer y derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde la perspectiva de género?» en *Mujer y derecho penal*, 1^a edic., J.B. Bosch, Barcelona, 2019.

³² ALONSO ÁLAMO, M, «El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa», en *Mujer y derecho penal*, 1^a edic., J.B. Bosch, Barcelona, 2019, págs. 91-129

IV. CONCLUSIONES

A partir de la reforma del Código Penal de 1995 se diferenció, de forma completamente acertada, entre dos tipos delictivos cuya línea limitativa encuentra su base en la existencia de violencia o intimidación, lo cual presenta un desvalor de lo injusto mucho más elevado, que por lo tanto, y de forma proporcional, debe dar una respuesta punitiva de mayor magnitud. La violencia y la intimidación, además, no son medios comisivos que el legislador ha adoptado de forma exclusiva para estos delitos, sino que es una terminología a la que se acude constantemente para distinguir entre los diversos tipos de atentado contra los bienes jurídicos protegidos. En consecuencia, su introducción en el título VIII del Código Penal correspondiente a los delitos contra la libertad sexual es acertada en el sentido en que se necesita dicha distinción, puesto que no se puede castigar de la misma forma dos conductas completamente distintas, tanto por los medios utilizados para cometerlas, como por el menor o mayor reproche que merecen. Una de las cuestiones que se suscitó como consecuencia de la Sentencia de *La Manada* y que ha adquirido gran protagonismo para exigir una reforma de la normativa que regula dichos tipos delictivos ha sido la difícil distinción entre el abuso sexual con prevalimiento y la agresión sexual mediante intimidación. Algunos autores consideran que el prevalimiento es un medio de comisión del delito menos grave que por su parte, la intimidación, mientras que otros entienden que la frontera entre éstos es clara y nada tiene que ver con una graduación de la intimidación a la que se ha visto sometida la víctima. A mi parecer, quizás sí sería importante marcar una franja que delimite de una forma más acertada ambos tipos delictivos, sin embargo, no es necesario para ello la elaboración de una reforma en la que se elimine la distinción entre agresión y abuso sexual, pues la jurisprudencia es una herramienta muy útil para establecer unas pautas de actuación a los que los Tribunales puedan acogerse, produciendo una uniformidad en las sentencias que culminen los distintos procesos penales que se hayan encontrado con la problemática de delimitar entre la existencia de prevalimiento o intimidación. Como se ha manifestado anteriormente en relación con la violencia e intimidación, considero que no representa el mismo desvalor de lo injusto una acción sexual cometida mediante prevalimiento, que aquélla que se realiza mediante el uso de la intimidación. En mi opinión, se debe estar a cada caso concreto, puesto que las particularidades del mismo pueden concluir en grandes diferencias que permiten distinguir si nos encontramos ante un abuso sexual, o por lo contrario, ante una agresión. Si entendiésemos que la intimidación y el prevalimiento son dos términos semejantes que deben unificarse, podríamos llegar a situaciones verdaderamente injustas, así como a actos delictivos, que aún siendo completamente dispares, concluyesen con la misma respuesta penal.

Por otro lado, y abordando la cuestión más importante del trabajo, cabe hacer referencia a la prueba desde el punto de vista procesal, pues en muchas ocasiones, algunos sectores apelan a la necesidad de una reforma por entender que el problema parte de la propia regulación, sin observar, que nos encontramos ante dos cuestiones que se encuentran estrechamente vinculadas: por un lado, la vinculación del juez a los hechos que se prueben durante el proceso penal, y por otro, la vinculación del juez a la propia ley derivada del principio de legalidad. Está claro que el juzgador se encuentra sometido a la ley, y por lo tanto, debe aplicar ésta sin ningún tipo de discrecionalidad. Sin embargo, en la mayoría de procesos cuyo delito principal vulnera la libertad sexual de una persona, las protestas desembocan por la imposibilidad del juez de dar por probados unos hechos que no han contado con el suficiente respaldo objetivo. Así se ha repetido a lo largo de la exposición, pues, este tipo de delitos no cuentan con la cantidad de pruebas con las que pueden darse en otros tipos delictivos, al producirse en lugares recónditos o en la más profunda intimidad. Esto derivaría en la imposibilidad de probar determinados elementos del caso, permitiendo que hechos ilícitos concretos quedasen impunes. Ante este problema, algunos sectores apelan al slogan «Hermana, yo sí te creo», lo cual no es ni puede ser admisible en Derecho Penal, puesto que vulneraría los principios más importantes que rigen el proceso, así como las garantías del propio acusado. La respuesta al problema la encontramos en la jurisprudencia, al haber desarrollado una gran teoría en torno a la posibilidad de valorar la declaración de la víctima como prueba de cargo, lo cual permite desvirtuar la presunción de inocencia al contar con los parámetros que ésta establece. Estos criterios, establecidos con el motivo de salvaguardar tanto las garantías del proceso como la capacidad de contar con una prueba legal sobre la que se pueda fundar el fallo de la correspondiente sentencia, se presentan como necesarios y adecuados, pues en mi opinión, no vulneran la capacidad de defensa del condenado así como garantizan la prueba de la acusación. Asimismo, la prueba indicaria también se presenta como una gran alternativa, pues a través de hechos indicios puede probarse la existencia de determinado hecho concreto, siempre que el nexo causal que los une, así como la actividad mental que ha realizado el juzgador para llegar a la conclusión final sea conforme a la lógica humana. Consecuentemente, y como se ha expresado anteriormente, el Derecho Penal español cuenta con los mecanismos necesarios para alcanzar la verdad formal sobre el caso que se está juzgando y de esta forma encontrar elementos sobre los que puede fundarse una condena, siempre sin vulnerar las garantías del proceso así como los derechos que asisten al acusado durante toda su tramitación, los cuales son indispensables para conseguir una buena administración de justicia.

Como se ha expuesto a lo largo de todo el cuerpo del trabajo, los delitos contra la libertad sexual se encuentran a la orden del día en el panorama tanto político como social de la nación, no solo desde la posibilidad de una reforma legislativa, sino también, la expectación se extiende a aquellos casos que se convierten en mediáticos tras la iniciación del correspondiente proceso penal. Lo anterior sucede en España, pero como se ha abordado en el apartado de Derecho Comparado, son muchos los países que cuentan con sucesivas reformas con la finalidad de introducir aquellas propuestas que desde el conjunto de la sociedad se exigen. Países como Alemania o Francia han suprimido de su Código Penal los términos *violencia* e *intimidación*, mientras que Francia sigue manteniendo la necesidad de que éstos se den en la realización de la acción típica, añadiendo un tercero, *la sorpresa*. Italia, en su caso, contiene una regulación cuya semejanza con la española es muy elevada. Estas exigencias de reforma por parte de un sector de la sociedad e impulsadas por algunos partidos políticos han culminado en la presentación del anteproyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que ha recibido numerosas críticas, a las que me sumo, en torno a su mínimo rigor técnico así como a la poca claridad con la que se ha redactado, pero sobretodo por su modificación principal y estructural: la exigencia de un consentimiento expreso, libre e inequívoco a la hora de delimitar la tipicidad o no de una determinada conducta. Esto se conoce como el denominado «sí es sí». En consecuencia, la conducta será atípica y por lo tanto, no derivará en delito siempre que la víctima consienta de forma expresa, lo cual colisiona de forma directa con la forma habitual en que se mantienen las relaciones sexuales. El problema radica en una máxima muy importante conforme a la cual han de ser las normas las que se ajusten a la realidad social, y la realidad es que, habitualmente, en el ámbito de las relaciones sexuales entre individuos, el consentimiento no suele ser expreso, ni mucho en el ámbito de las parejas sentimentales. Por lo tanto, la reforma se topa con una realidad social completamente distinta a la que pretende establecer, pues el consentimiento se presenta como tácito en muchas ocasiones, sobretodo en el ámbito de la pareja sentimental, elemento que se presenta como agravante en la nueva Ley Orgánica, chocando completamente con los comportamientos sociales. Por otro lado, nos encontramos con una contradicción relevante al exigir, en la redacción del precepto, un consentimiento expreso y a su vez, un consentimiento manifestado por actos exteriores, concluyentes e inequívocos, lo que en términos jurídicos se denomina tácito. Esta grave contradicción puede llevar a grandes problemas interpretativos, y por lo tanto, a grandes inconvenientes a la hora de aplicar la Ley por los Tribunales.

Otra de las cuestiones radica en la supresión de la distinción entre abuso y agresión sexual que establece nuestro Código Penal actual. Ya se han explicado con anterioridad los motivos que la Ley entiende suficientes con el propósito de eliminar la distinción entre los dos tipos delictivos; sin embargo, considero relevante añadir, en contra de ésta reforma, que la mayoría de actos delictivos que recoge el Código Penal, aún protegiendo el mismo bien jurídico, encuentran distintos tipos en relación con el principio de proporcionalidad. Pues bien, esta técnica punitiva aparece como consecuencia de la cantidad de reproche que las distintas conductas delictivas merecen, pues su regulación se encuentra justificada por el mayor o menor desvalor que presenta la acción. De la misma forma en que no nos planteamos por qué se distingue un hurto de un robo, y por qué cada conducta tiene una respuesta penal distinta, no entiendo por qué debe eliminarse esta distinción en los delitos contra la libertad sexual, pues no puede valorarse de la misma forma una conducta agresiva y violenta que una que carece de tal violencia o intimidación. Estos dos conceptos, a mi juicio, no sólo se presentan como adecuados y ajustados a la realidad, sino que además permiten dar una respuesta penal proporcionada a los distintos ataques que pueden producirse contra la libertad sexual de una persona. Entiendo equivocado sumergir en el mismo precepto dos conductas completamente distintas, donde los medios empleados juegan un papel importante, pues no se puede establecer una equiparación entre un acto violento que consigue doblegar el consentimiento de la víctima y una acción que se comete mediante un consentimiento viciado o inválido. De esta forma, el principio de proporcionalidad, tan importante en la regulación penal, se ve profundamente vulnerado.

A modo de conclusión, me gustaría realizar una reflexión global en torno a las críticas que genera la regulación actual de los delitos contra la libertad sexual y la exigencia de reforma que parte de algunos sectores de la sociedad. Desde mi punto de vista, el Código Penal en su título VIII recoge de forma clara y contundente los delitos que atentan contra la libertad sexual de las personas, y asimismo, distingue de forma acertada entre dos tipos delictivos completamente distintos en su modo de ejecución, por un lado, aquellos cometidos mediante violencia e intimidación, que por su naturaleza, merecen un reproche penal mayor; y en segundo lugar, aquellos que aún siendo totalmente reprochables, sin embargo, los medios utilizados para su consecución no se presentan con la misma gravedad que los anteriores, y en consecuencia, reciben una respuesta penal distinta. Como ya he mencionado en repetidas ocasiones, muchos de los problemas que se generan en torno a algunos casos mediáticos parten de la vinculación del Juez a los hechos, pues éste no puede dar por probados determinados elementos del delito si no se ha dejado suficiente constancia y veracidad

de los mismos. No se trata de un problema legal, por lo que una reforma de éstas características no solucionaría el problema real de prueba que se presenta en dichos delitos, al cometerse en lugares recónditos o escondidos. Por otro lado, y en torno al consentimiento, está claro que el slogan «no es no» no sólo es imprescindible, sino que además, ya se encuentra recogido en la Ley. Cuando una conducta se realiza contra el consentimiento de la otra persona, ésta será castigada. Sin embargo, el «sí es sí» es peligroso en Derecho Penal, puesto que aunque en la esfera educativa, puede tener consecuencias favorables, sin embargo, en este campo no puede aplicarse, ya que en el ámbito de las relaciones sexuales no puede exigirse un consentimiento expreso de forma taxativa, pues choca con la realidad completamente. Finalmente, y en cuanto a la posibilidad de introducir la perspectiva de género en la regulación penal, considero que los argumentos en los que se apoya la propuesta no resultan suficientes: la creación y aprobación de las normas así como la interpretación que los tribunales hacen de éstas, a mi juicio, resulta neutral, y no obedece a ninguna especie de orden patriarcal en el que se discrimine a la mujer por su género. Asimismo, desde un punto de vista de tinte filosófico, debemos tener en cuenta que las normas no siempre tienen la capacidad o fuerza de cambiar una sociedad o las estructuras de ésta, si bien es cierto que en ocasiones, pueden lograrlo, considero que nos encontramos ante un fenómeno que requiere de la educación en el respeto y en la igualdad. Recurrir al Derecho Penal de forma continuada con el objetivo de cambiar la realidad social no es la solución, pues como sabemos, las penas que este orden jurisdiccional contempla tienen su finalidad, que se basa en la reeducación y en la reinserción social de los delincuentes.

V. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. «El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa», en *Mujer y Derecho penal*, Monge Fernández (coord.) y Parrilla Vergara (coord.), 1^a edición, J.B. Bosch, Barcelona, 2019, págs. 91-129.

«Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual», en *NIUS*, 2020, [consultado el 13 de marzo de 2020]. Disponible en: https://www.niusdiario.es/nacional/politica/texto-integro-anteproyecto-ley-libertad-sexual-enfrenta-socios-gobierno-psoe-podemos_18_2909295160.html

BOLDOVA PASAMAR, M.A. «Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como Caso de la Manada», en *el Diario la Ley*, nº 9500, 2019, [consultado el 5 de abril de 2020]. Disponible en: <https://diariolaleylaleynext.es/dll/2019/10/17/presente-y-futuro-de-los-delitos-sexuales-a-la-luz-de-la-sts-344-2019-de-4-de-julio-en-el-conocido-como-caso-de-la-manada>

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [revista electrónica] núm. 21-10, 2019 [consultado el 25 de marzo de 2020]. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-10.pdf>

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «El no es no», en *el País* [revista electrónica], 2018, [consultado el 25 de marzo de 2020]. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2018/05/03/opinion/1525363530_373340.html

FARALDO CABANA, Patricia. «Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género» en *Mujer y derecho penal*, Monge Fernández (coord.) y Parrilla Vergara (coord.), 1^a edición, J.B. Bosch, Barcelona, 2019, págs. 255-283

HERNÁNDEZ, Alicia: «Tiempo de cambio. Justicia para las supervivientes de violación de los países nórdicos» en *Amnistía Internacional*, [Consultado el 5 de abril de 2020]. Disponible en: <https://grupos.es.amnesty.org/eu/castilla-leon/grupos/salamanca/paginas/noticia/articulo/violencia-sexual-en-el-norte-de-europa-la-paradoja-nordica/>

JERICÓ OJER, Leticia. «Perspectiva de género, violencia sexual y derecho penal» en *Mujer y Derecho Penal*, Monge Fernández (coord.) y Parrilla Vergara (coord.), 1^a edición, J.B. Bosch, Barcelona, 2019, págs. 285-337.

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio: «Mujer y Derecho Penal. Naturaleza, fundamento y bienes jurídicos protegidos.», en *Mujer y Derecho Penal*, Monge Fernández (coord.) y Parrilla Vergara (coord.), 1^a edición, J.B. Bosch, Barcelona, 2019, págs 71-89.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia: «Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz del caso La Manada» («SOLO SÍ ES SÍ»), en *Mujer y derecho penal* 2019, Monge Fernández (coord.) y Parrilla Vergara (coord.), 1^a edición, J.B. Bosch, Barcelona, 2019, págs. 339-370

MUÑOZ CONDE, Francisco. «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso de La Manada» en *Revista penal*, nº 43, 2019, [consultado el 15 de abril de 2020]. Disponible en:

NUÑEZ FERNÁNDEZ, José. “La manada y la Jauría”, en *el País*, [revista electrónica], 2018., [consultado el 29 de marzo de 2020]. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2018/04/30/opinion/1525083152_968336.html

PÉREZ CEPEDA en GÓMEZ RIVERO, M.C «Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial», Volumen I, 2^a edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2015.

TATJANA HÖRNLE. «Un requisito general de que siempre haya consentimiento explícito no es una buena solución en Derecho Penal» en *el País*, 8 de marzo de 2020. Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-03-08/un-requisito-general-de-que-siempre-haya-consentimiento-explicito-no-es-una-buena-solucion-en-derecho-penal.html>