

Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro

Carla Vallejo Torres

Magistrada del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de Canarias

Diario La Ley, Nº 9263, Sección Tribuna, 20 de Septiembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer

LA LEY 8447/2018

I. Introducción

Seguramente no existe ningún otro crimen susceptible de verse tan afectado por la evolución del pensamiento social como ocurre con los delitos sexuales. Podría decirse, incluso, que la manera en que los diferentes países recogen y ofrecen respuestas a estas conductas da en gran parte la medida de su evolución democrática y en materia de Derechos Humanos.

España no es una excepción a este proceso, en el que el tránsito desde la penalización del adulterio y el amancebamiento, pasando por el castigo de los delitos contra la honestidad (esta última condición *sine qua non* para que exista condena) hasta los actuales delitos contra la libertad sexual corrió pareja a la superación de un régimen dictatorial y el asentamiento de un Estado Democrático.

Como afirma ADELA ASÚA (1) «*los llamados delitos sexuales han sido un exponente claro de la función de las normas jurídicas en la recreación de los estereotipos y roles sociales que han definido durante siglos la distribución desigual de derechos y obligaciones, discriminando las posibilidades de las mujeres*».

La regulación que se ha hecho de ellos ha respondido, y servido de sustento, a un concreto orden donde la mujer era definida por su condición de cuerpo sexuado y moral virtuosa que la hacía merecedora, entonces sí, de una protección penal que no se dispensaba a los hombres, en tanto que no se concebía a los mismos como posibles víctimas de tales delitos. El adulterio, únicamente femenino, la violación definida como yacimiento forzado con mujer o el estupro con doncella menor de 23 años encajaban como un guante dentro de los marcos de una sociedad donde los roles y la moral sexual determinaban también la titularidad de los derechos.

En la superación de estas concepciones jugó un papel fundamental la doctrina jurídica feminista, a cuyos postulados debemos el tránsito desde estos delitos guardianes de un determinado orden moral a su configuración como netos delitos de libertad en los que se protege la autonomía sobre el propio cuerpo y su sexualidad.

Desde entonces la sociedad no ha dejado de cambiar, y por ende también lo han hecho los delitos que más cambian con ella. Las respuestas que se demandan actualmente desde el derecho ya no van ligadas a la superación de evidentes anacronismos en los textos legales, pero sí exigen mejoras en la línea marcada por la evolución general del pensamiento social, lideradas de nuevo por la doctrina feminista. Se impone una concepción de las relaciones sexuales como genuino derecho de libertad y fruto de una voluntad consciente y libremente manifestada, que hace del consentimiento, y su clara exteriorización, el único presupuesto de legitimidad que excluye el delito.

Frente a tratamientos de estas figuras delictivas que exigen el empleo de medios coactivos, unidos

además a una oposición expresa por parte de la víctima, se afianzan, desde el derecho internacional, y de ahí a las legislaciones de los Estados, construcciones jurídicas en las que la perspectiva de género avanza nuevas respuestas a preguntas que habían ido quedando sin respuesta, o en las que las obtenidas obedecían a concepciones y estereotipos ampliamente superados.

El presente trabajo pretende servir de síntesis a la evolución que, desde los instrumentos internacionales y entre los países de nuestro entorno, se ha experimentado en el tratamiento de los delitos sexuales aproximándonos al debate sobre su concepto (que es o como debe definirse una violación) y los presupuestos que llevan a la ilicitud de la conducta.

Con ello se intentarán aportar nuevos elementos a una cuestión que está siendo objeto de un especial análisis en nuestro país, pero que, como veremos, ya lo ha sido o lo va a ser entre nuestros Estados vecinos cuyas sociedades, al igual que la nuestra, cambia y exige que el derecho cambie con ella.

II. Respuestas desde el derecho internacional

El reconocimiento de la violencia sexual en el marco de un conflicto armado como crimen de lesa humanidad, o bien como crimen de guerra, tiene una regulación relativamente reciente en el Derecho internacional y parte, principalmente, de los esfuerzos interpretativos realizados por la jurisprudencia, que entendió tales conductas integradas dentro del delito de torturas o tratos inhumanos previstos en los diferentes Convenios de Ginebra.

A día de hoy el actual Estatuto de la Corte Penal Internacional sí prevé una categoría autónoma de delitos de naturaleza sexual, tanto bajo la rúbrica de los crímenes de guerra como de los crímenes de lesa humanidad, tipificándose como tales la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y los actos de violencia sexual. No obstante, a excepción del embarazo forzado, no se realiza en el texto legal una definición de las conductas punibles que quedan a la concreción que realice el Tribunal.

Tanto en lo relativo al actual reconocimiento de estos delitos como crímenes de guerra o de lesa humanidad, como en lo referente a la concreción de las conductas punibles merece ser destacada la labor previa llevada a cabo por los Tribunales Internacionales Penales de la antigua Yugoslavia y Ruanda creados por el Consejo General de Naciones Unidas para el enjuiciamiento de los delitos de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos durante aquellos conflictos (2) .

En concreto el Tribunal Penal para Ruanda, en la *sentencia Akayesu* de 2 de septiembre de 1998, además de reconocer la violación como un delito de genocidio, en tanto que con ella se pretendía aniquilar el origen étnico de una parte de la población, incluyó, por primera vez, una definición de qué debe entenderse por tal delito (3) .

En la sentencia se estudia la posibilidad de optar, bien por una definición casuística y descriptiva, que defina la violación a base de concretar las prácticas que integrarían el delito, bien por una definición conceptual más abierta y que permita una descripción genérica que no se agote en la enumeración de unas concretas acciones. Tras analizar una y otra opción **la sentencia opta por la definición conceptual y define la violación como una «invasión física de naturaleza sexual, cometida sobre una persona en circunstancias que son coercitivas».**

En concreto afirma la Sentencia que *«El Tribunal considera que la violencia sexual, que incluye la violación, es cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona en circunstancias coactivas. La violencia sexual no está limitada a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no implican la penetración ni el contacto físico. El incidente que describió la Testigo KK en el que el Acusado ordenó a los Interahamwe que desvistieran a una estudiante a la fuerza y que la obligaran a hacer gimnasia desnuda en el patio público del edificio de la comuna, en frente de una multitud, constituye violencia sexual. El Tribunal observa en ese contexto que las circunstancias coactivas no tienen que estar demostradas por fuerza física. Las amenazas, la intimidación, la*

extorsión y otros tipos de maltrato que se aprovechan del miedo o la desesperación pueden constituir coacción y la coacción puede ser inherente a ciertas circunstancias, como el conflicto armado o la presencia militar de los Interahamwe entre las mujeres Tutsi refugiadas en el edificio de la comuna».

La tesis alternativa, que aboga por una descripción casuística de las conductas que integran el delito, fue recogida por la Sentencia *Furundzija* de fecha 10 de diciembre de 1998 (4) dictada por el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia y que sí optó por una definición de la violación basada en el empleo de determinadas prácticas y accesos corporales. Tras analizar la forma en que se tipifican en los diversos ordenamientos los atentados contra la libertad sexual y, en aras a la necesaria seguridad jurídica que requiere de una concreción de las conductas punibles, la sentencia aporta una definición que centra la conducta en la penetración.

Así es definida la violación como **«la penetración no consentida, por más leve que sea, del pene del autor del delito, o de cualquier otro objeto que éste utilice, en la vagina o el ano de la víctima, o bien la penetración del pene del autor en la boca de la víctima mediante coacción, fuerza o amenaza de uso de la fuerza contra la víctima o una tercera persona».**

Con posterioridad este mismo tribunal precisó su propio concepto de la violación a través de la Sentencia *Kunarac* de 22 de febrero de 2001 (5) en la que, manteniendo la definición descriptiva, pasa a hacer gravitar el carácter delictivo de la conducta, no ya del uso de la fuerza o la coacción, sino de la ausencia de consentimiento.

*«La Sala de Primera Instancia comprende que, en el derecho internacional, el *actus reus* del delito de violación está constituido por: la penetración sexual, sin importar qué tan leve haya sido: (a) de la vagina o el ano de la víctima por el pene del perpetrador o cualquier otro objeto utilizado por el perpetrador; o (b) de la boca de la víctima por el pene del perpetrador; en la cual dicha penetración sexual ocurre sin el consentimiento de la víctima. La víctima debe dar su consentimiento para que se lleven a cabo estos propósitos de forma voluntaria, como resultado de su voluntad, y debe evaluarse este consentimiento dentro del contexto de las circunstancias que rodean al hecho. La *mens rea* es la intención de efectuar esa penetración sexual, y el conocimiento de que ocurre sin el consentimiento de la víctima.»*

La Sala de Apelaciones, común a los Tribunales de Ruanda y Yugoslavia, optó finalmente por esta última concepción que se impuso tras la revisión de la Sentencia *Kunarac* de 12 de junio de 2002 precisando que el «*mens rea*» de la violación es la intención de efectuar la penetración sexual prohibida con el conocimiento de que ello ocurre sin el consentimiento de la víctima.

A efectos de probar la ausencia de consentimiento, la Sala de Apelaciones descartó expresamente que la falta de resistencia de la víctima supusiera automáticamente que ésta hubiese consentido la relación sexual y sostuvo que el uso de la fuerza o la amenaza no es un elemento definidor del crimen de violación, pudiendo concurrir otros factores distintos que hacen que la penetración sexual sea un acto no consentido o no voluntario por parte de la víctima.

Dentro del marco del derecho común y fuera de los supuestos de conflicto armado las bases para la definición del delito de violación debemos buscarlas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia machista (Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011)

El artículo 36 recoge bajo el epígrafe *violencia sexual, incluida la violación*, una definición mínima de estas categorías delictivas al indicar que

«1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

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

- b) los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;
- c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.

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

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

Sin entrar a categorizar de forma pormenorizada el delito de violación y su diferenciación de otras formas de violencia sexual sí resulta claro que **el Convenio parece acoger una definición descriptiva que distingue, por un lado, las conductas que implican penetración y, de otro, el resto de actos de carácter sexual que se practiquen sobre la víctima, incluidos los que se realizan con un tercero.** No se incluye mención alguna a la necesidad de la fuerza o violencia como elemento constitutivo del delito, cuyo eje radica en la ausencia de consentimiento que debe ser prestado de forma voluntaria, lo cual se valorará en función de las circunstancias concurrentes.

La específica referencia que se hace en dicho artículo al consentimiento como manifestación del libre arbitrio de la persona en función del contexto deja clara la imposibilidad de interpretar una ausencia de resistencia física como tal voluntad. Ésta debe manifestarse de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho.

Por último se recoge una previsión que obliga al reconocimiento como violencia sexual de la ejercida por quien sea o haya sido cónyuge o pareja de la víctima en lo que supone una clara apuesta por reconocer tales delitos como un atentado contra la libertad sexual, desterrando definitivamente otras consideraciones relacionadas con el honor o la honestidad.

Dentro de la labor jurisprudencial, y también en el ámbito del Consejo de Europa, no puede quedar sin citarse la Sentencia del TEDH M.C vs. Bulgaria de 4 de diciembre de 2003 (6)

En dicha resolución la Corte consideró vulnerados los artículos 3 (Derecho a no ser sometido a tortura o trato inhumano o degradante) y 8 (Derecho a la vida privada) del Convenio Europeo de los Derechos Humanos como consecuencia de la decisión del Ministerio Fiscal Búlgaro de no presentar cargos tras una denuncia por violación basándose en que no constaba que la víctima se hubiera resistido físicamente a la misma.

Tras realizar un notable análisis de derecho comparado de las legislaciones de nuestro entorno, el tribunal llega a la conclusión de que, si bien las leyes penales Búlgaras no difieren esencialmente del tratamiento que se le da a la violación en el resto de países, sí se produce una quiebra de los derechos denunciados en tanto que en la práctica judicial y fiscal se viene a exigir, de forma generalizada, la existencia de una efectiva oposición física de la víctima para entender cometido el delito.

Resulta particularmente interesante como la Corte reconoce la evolución en el tratamiento de los delitos contra la libertad sexual a partir de una perspectiva histórica que se ha ido superando en favor de otra concepción inspirada en los principios de igualdad de género y que hace gravitar la conducta punible en la falta de consentimiento.

El párrafo 166 es, sin duda, tremendamente esclarecedor al indicar que «la Corte afirma que cualquier aproximación rígida en la persecución de los delitos sexuales, como aquellas que requieren la prueba de una resistencia física de la víctima en cualquier circunstancia, eleva el riesgo de que conductas constitutivas de violación queden impunes y arriesgan la efectiva protección del derecho a

la libertad sexual. De acuerdo con los standards contemporáneos las obligaciones exigibles a los Estados Miembros bajo los artículos 3 y 8 del Convenio implican la penalización y efectiva persecución de cualquier acto sexual no consentido, incluyendo los casos de ausencia de resistencia física por parte de la víctima».

Por último, desde las instituciones europeas son múltiples los pronunciamientos realizados a favor de esta consideración de los delitos contra la libertad sexual partiendo de la ausencia consentimiento. (7) En todos ellos se incide en la obligación de los Estados Miembros de procurar una protección efectiva a las víctimas de estos delitos, debiendo penar como mínimo todos aquellos supuestos de coito no consentido, incluyendo el que se produce dentro del matrimonio, así como aquellos casos en los que la víctima no está en posición de consentir o es incapaz de negarse.

III. Delitos contra la libertad sexual en el ámbito europeo

Alemania

El Código Penal Alemán (StGB) regula los delitos contra la libertad sexual sobre mayores de edad en los artículos 177 a 179, siendo el primero de ellos el que describe la base de la conducta punible. La redacción y el tratamiento actual de la figura se han visto modificada sustancialmente en virtud de la reforma aprobada por el Bundestag el 7 de julio de 2016 y que entró en vigor en noviembre de dicho año.

El texto anterior a la reforma castigaba bajo la rúbrica *«de la coacción sexual y de la violación»* a quien mediante violencia, amenaza o con aprovechamiento de una situación de desprotección de la víctima frente al autor realice sobre la misma actos sexuales o lleve a la víctima a practicárselas al autor o a practicarlas o sufrirlas de un tercero.

La pena prevista en estos casos es de hasta un año de prisión que asciende a una pena mínima de dos años en supuestos de especial gravedad que se recogen en el apartado segundo del artículo.

Como tal se considera la realización por el autor del acceso carnal o actos similares con la víctima que sean especialmente humillantes para ella. En particular cuando estén asociadas con una penetración en el cuerpo, hecho que define como violación, o cuando la conducta se cometa por varios en común.

El apartado tercero prevé supuestos agravados (pena no inferior a 3 años de prisión) para el caso de que el autor lleve consigo armas o medios peligrosos o bien otros medios o instrumentos para superar la resistencia de la víctima o se le causen a la misma lesiones graves.

Por último se impondrá la pena de no menos de 5 años de prisión cuando el autor haga uso de las armas o medios peligrosos que llevara o la víctima sea gravemente maltratada o puesta en peligro de muerte.

El artículo 178 castiga al autor que, como consecuencia del delito contra la libertad sexual, cause la muerte de la víctima previendo pena de prisión permanente o prisión mínima de 10 años.

Por último, el artículo 179 regula los supuestos de abuso sexual considerando como tal los actos sexuales realizados a la víctima o que esta le haga al autor o a un tercero abusando de la situación de discapacidad, enfermedad mental o situación de adicción así como por cualquier otra situación por la que la víctima no sea capaz de resistirse previéndose una pena de prisión de 6 meses a 10 años.

La regulación de los delitos sexuales, tal y como se ha descrito, ha sido objeto reciente de una sustancial reforma a través de la conocida como *«ley de no significa no»* que fue impulsada por el acuerdo de las dos principales fuerzas políticas alemanas que conforman la coalición de gobierno.

En el origen de dicha reforma no pueden obviarse los sucesos acaecidos la Nochevieja del 31 de diciembre de 2015 en Colonia donde varias mujeres sufrieron tocamientos sexuales no consentidos

por parte de hombres que las rodearon y sorprendieron. Ello dio lugar a la revitalización de las demandas que, desde las organizaciones feministas, venían reclamando una superación de la tradicional tipificación penal basada en el modelo de coacción para avanzar en otro que tuviera como base del delito la ausencia de consentimiento en la línea de lo mandado por el Convenio de Estambul.

El resultado de la reforma fue un nuevo texto del artículo 177 en virtud del cual se castiga, en su apartado primero, **a quien, contra la voluntad perceptible de la víctima, lleve a cabo actos sexuales sobre ella o la induzca a realizárselos al autor o a una tercera persona.**

Las penas aumentan sensiblemente estableciéndose un rango de un mínimo de 6 meses de prisión y un máximo de cinco años.

El apartado segundo equipara el delito previsto en el apartado primero a los casos en los que la víctima no está capacitada para formar su consentimiento o para expresarlo, cuando el agresor se aprovecha de un estado físico o mental de la víctima que restrinja su capacidad para formar o prestar consentimiento, salvo cuando se haya asegurado que la víctima lo ha prestado de forma expresa, cuando el autor explote un momento de sorpresa o cuando se haga uso de la amenaza o la coacción.

La pena mínima se eleva al año de prisión, sin determinación del máximo que queda en el general de quince años, en los casos en que la víctima no pueda formar o expresar su consentimiento por razón de enfermedad o discapacidad, se utilice la violencia contra la víctima o una amenaza directa contra su vida o integridad física y cuando ésta se encuentre en situación de desprotección y a merced del autor (apartados 4 y 5)

Finalmente la pena mínima será de dos años en los casos de especial gravedad (apartado 6) entendiéndose como tales los supuestos de realización del coito u otros especialmente humillantes para la víctima y, especialmente, los que impliquen algún tipo de penetración física (violación) y cuando los actos se realicen conjuntamente por más de una persona.

Finalmente, la reforma recogió una nueva tipificación como delito de los tocamientos no consentidos, castigando con una pena máxima de dos años de prisión o multa a quien lleve a cabo tocamientos de carácter sexual sobre otra persona de forma hábil para ofender a la víctima.

En suma podríamos concluir que en Alemania se ha adoptado un modelo basado en el consentimiento y en el que el uso de la violencia o la fuerza es utilizado como agravante de la conducta, pero no para calificar la agresión sexual. Su base, sin embargo, está en la constancia de la existencia de una oposición de la víctima (modelo basado en el veto) bien porque así lo haya expresado la víctima o porque se deduzca de su comportamiento. **Salvo en los supuestos de personas cuya capacidad de prestar consentimiento se encuentra afectada, que no anulada, en los que el precepto sí exige un consentimiento afirmativo y expreso para excluir el delito, el modelo por el que se ha optado exige la constancia de una cierta oposición,** no bastando con la ausencia de una expresión activa y evidente de querer participar en la actividad sexual (8) .

Por lo demás el concepto violación se reserva en el Código para aquellos supuestos en los que se produce algún tipo de penetración, sin perjuicio de que otras conductas, como la actuación en grupo, impliquen una penalidad similar.

Italia

La actual regulación de los delitos sexuales se halla en los apartados bis a decies del artículo 609 del Código Penal italiano y son producto de la reforma que tuvo lugar en virtud de la ley 66/1996 de 15 de febrero.

Los delitos contra la libertad sexual se integran dentro de los delitos contra las personas y la conducta tipo la define el artículo 609, que castiga a quien mediante la violencia, la amenaza, o

abusando de una posición de autoridad obligue a otra persona a realizar o soportar un acto de carácter sexual.

La pena básica prevista es de 5 a 10 años de prisión, que se aplica también a aquellos supuestos en los que el autor haya inducido a otra persona a realizar o tolerar actos de carácter sexual abusando de una situación de inferioridad física o psíquica de la víctima en el momento del hecho o induciendo a la misma a error en cuanto a la identidad de la persona.

Se regula de esta forma de manera unitaria dos conductas que antes se penaban de forma separada: el acceso carnal y los actos libidinosos. Ello responde a un intento de evitar una concepción casuística y descriptiva que obligue a la investigación y someta a la víctima al trance de tener que precisar las concretas prácticas que le fueron realizadas, con el fin de determinar el encaje de la conducta en un tipo u otro.

No obstante, la anterior distinción si tiene encaje, y de hecho así se produce en la práctica, mediante la previsión que contiene el apartado segundo del artículo 609. En él se recoge que, en aquellos casos que sean de menor gravedad en atención a las circunstancias concurrentes, se impondrá una pena reducida en hasta dos tercios de la prevista con carácter general. En la aplicación jurisprudencial del precepto la realidad es que la pena genérica se reserva para los supuestos de acceso carnal, mientras que los casos de tocamientos se castigan como supuestos de menor gravedad (pena mínima de un año y ocho meses de prisión).

Por su parte el apartado ter prevé una serie de supuestos agravados que se castigan con pena de prisión de seis a doce años cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

Los hechos se cometan sobre persona que no ha cumplido aún los catorce años o dieciséis si el autor fuera ascendiente o progenitor por naturaleza o adopción o tutor de la víctima.

Cuando en los hechos se utilicen armas, bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes, narcóticas o bien medios o instrumentos hábiles para causar daño a la víctima.

Cuando el autor simulare ser autoridad o funcionario público

Cuando la víctima se encuentre en situación de privación de libertad

Cuando se realice el hecho en el interior o las inmediaciones del centro de educación o instrucción que frecuente la víctima.

Cuando se realicen sobre una víctima que se halle embarazada

Cuando el autor sea o haya sido el cónyuge o pareja de la víctima, aún sin relación de convivencia

Cuando el autor haya cometido el hecho como parte de una organización dedicada a este tipo de actividades

Cuando se emplee violencia grave en el hecho o, a causa de la reiteración de la conducta, la víctima haya sufrido un perjuicio grave.

Vemos pues como en el sistema italiano se ha optado por una definición unitaria que parte de cuatro medios comisivos, los clásicos de violencia y amenaza, pero también el abuso de autoridad, el aprovechamiento de situación de inferioridad física o psíquica de la víctima y el engaño, siendo igual la pena para todos los supuestos.

Por otro lado opta por una definición meramente conceptual del hecho como «actos de carácter sexual» para cuya determinación la jurisprudencia parte de una consideración objetiva y no basada en el ánimo del sujeto. Basta pues con que la conducta en sí desde el punto de vista social, psicológico y científico tenga un marcado carácter sexual para que el tipo se realice.

Portugal

Dentro del Título I del Código Penal portugués de 1982 relativo a los delitos contra las personas se regula, en el capítulo V, los llamados *crímenes contra la libertad y autodeterminación sexual* donde, a lo largo de 4 secciones, se recogen diversas conductas. La primera de ellas, denominada crímenes contra la libertad sexual, se ocupa de las agresiones sexuales a mayores de edad previéndose como tales diversas figuras: la coacción sexual (art 163), la violación (art 164), el abuso sexual de persona incapaz de resistirse, el abuso sexual de persona internada (165 y 166) y el fraude sexual (167).

La regulación actual es producto de la modificación operada por la ley 83/2015 de 5 de agosto de adaptación de la legislación portuguesa a las disposiciones del Convenio de Estambul. En dicha reforma se introdujo la tipificación del delito de mutilación genital femenina, el matrimonio forzado y la nueva figura del delito de exhibicionismo e importunación sexual, además del delito de asedio o acoso.

Centrándonos en lo referente a los delitos contra la libertad sexual, el tipo básico se prevé en el artículo 163, que castiga a quien por medio de la violencia, la amenaza grave o tras llevar a la persona a un estado de inconsciencia o que le coloque en una situación de imposibilidad de resistir la constriña a realizar o a soportar actos sexuales sobre si misma o a un tercero.

La conducta punible consiste en llevar a la víctima, a través de los medios comisivos descritos, a sufrir o realizar lo que en lengua portuguesa se denomina un «*acto sexual de relevo*». Como tal define la doctrina cualquier acto de naturaleza sexual que, objetivamente, tenga cierta gravedad. La pena prevista es de prisión de uno a ocho años.

La reforma operada por la ley 83/2015 introdujo una nueva modalidad comisiva de carácter subsidiaria castigando a quien, con medios no comprendidos en el artículo anterior, constriña a la víctima a realizar o tolerar un acto de naturaleza sexual. En este caso se prevé una pena de prisión de hasta cinco años.

Esta última previsión viene a introducir el delito de coacción sexual basado, únicamente, en la ausencia de consentimiento, cumpliendo así con la previsión establecida en el Convenio de Estambul.

El artículo 164 regula la penalidad de la violación repitiendo el esquema anterior, pero concretando la conducta punible consistente en la penetración vaginal, anal o bucal o la introducción de miembros u objetos en el caso de las dos primeras vías. La pena prevista es de tres a diez años de prisión en el caso de empleo de los medios coactivos descritos y de uno a seis años en los casos de falta de consentimiento.

Nos encontramos pues ante un sistema que distingue, en primer lugar, entre actos sexuales de entidad y violación propiamente dicha y que prevé distinta penalidad en función de si el delito se comete por medios violentos o si solo se objetiva una falta de consentimiento.

Resulta relevante mencionar, asimismo, la previsión introducida en la reforma por la que se castiga expresamente a quien importunare a otra persona mediante la realización de actos de exhibicionismo, realizando propuestas de carácter sexual o manteniendo algún contacto de esta naturaleza pudiendo ser castigado a la pena de prisión de hasta un año o ciento veinte días de multa (artículo 170)

Francia

El Código Penal de 1994 regula los delitos contra la libertad sexual diferenciando claramente dos tipos delictivos: uno referente a la agresión sexual y otro referido a la violación. El artículo 222. 22 define la agresión sexual como todo atentado sexual cometido con violencia, coacción, amenaza o sorpresa.

Se responde, por tanto, a una regulación en la que son lo medios coercitivos y no la falta de consentimiento los que definen la comisión del delito.

Dentro de estos medios coercitivos se introdujo, en virtud de la ley 212/2010 de 8 de febrero, un apartado que incluía, a modo de aclaración, una especificación de lo que debe entenderse por coacción estimando como tal tanto la física como la moral y, en concreto, la que deriva de la diferencia de edad entre la víctima menor y el agresor o de una relación de autoridad legal o de hecho.

La pena prevista es de prisión de 5 años y multa, pudiendo elevarse a 7 en los supuestos agravados (uso de armas, víctimas menores, abuso de autoridad, actuación conjunta de más de una persona...)

En cuanto a la violación ésta es definida como toda penetración sexual realizada por medio de la violencia, la coacción, la amenaza o sorpresa castigándose con la pena de prisión de 15 años que puede llegar a 20 en los supuestos agravados.

Actualmente el modelo francés se encuentra en vías de revisión. En primer lugar llama la atención que la regulación de los delitos contra la libertad sexual siga gravitando sobre el uso de medios violentos o coercitivos y no sobre la ausencia de consentimiento, cuestión que tendrá que resolverse para que sus disposiciones se entiendan adaptadas al Convenio de Estambul. Por otro lado se encuentra en trámite una reforma de la normativa sobre delitos sexuales que, entre otras cosas, introduce la edad mínima de consentimiento sexual en 15 años, dado que Francia es uno de los pocos países que aún no tiene fijada una edad mínima absoluta por debajo de la cual todo acto sexual cometido sobre un menor debe ser considerado delictivo.

Países Nórdicos: Suecia e Islandia

Para terminar este análisis no podemos dejar de nombrar la actual y reciente regulación que estos delitos han merecido en los países del Norte de Europa, donde la preocupación y el tratamiento de estas figuras han merecido un trato diferenciado.

En abril de 2018 la Asamblea Parlamentaria Islandesa introdujo una enmienda que modificó el artículo 194 del Código Penal de 1940 dando al mismo un nuevo tenor según el cual *«Cualquiera que practique el coito o tenga otro tipo de acto sexual con una persona sin el consentimiento de ésta será autor de una violación y castigado con la pena de prisión de no menos de 1 año y un máximo de 16.*

Se entiende que hay consentimiento si este ha sido libremente expresado. No existirá consentimiento si este se obtiene mediante la violencia, la intimidación o cualquier otro acto de compulsión ilegítima

La violencia es equivalente a la anulación de la persona mediante el encierro, la medicación o el uso de medios similares».

Vemos pues un sistema que ha llegado al más alto grado de protección y que penaliza, bajo el término violación, cualquier acto de carácter sexual que se practique sin consentimiento expreso de la víctima en lo que sí sería un verdadero modelo basado en el consentimiento y no en el veto.

Se parte de que el consentimiento como tal debe ser libremente manifestado, producto por tanto de una voluntad consciente que tiene una exteriorización concreta, bien a través de la anuencia verbal, bien porque así se desprende de un comportamiento claramente identificable con una participación voluntaria.

Por otro lado se distingue entre realización del coito y otros actos similares, siendo todos ellos identificados como violación. Se incluyen, por tanto, un amplio catálogo de conductas que pueden ser punibles en base a este artículo y que explica el por qué de un rango penológico tan amplio, que va desde un año de prisión hasta dieciséis.

Por su parte Suecia ha introducido recientemente una enmienda que modificó el capítulo sexto del título II del Código Penal de 1962 en materia de delitos sexuales y que entró en vigor el 1 de julio de 2018

En dicha reforma se modifica el concepto de violación castigando a quien, «*sin la voluntad de la otra persona, lleve a cabo el coito o cualquier otro acto sexual que, por la gravedad de la violación producida, sea equiparable al coito pudiendo ser castigado con la pena de dos a seis años de prisión*».

Expresamente prevé el artículo que, para valorar si la participación de la otra persona es consentida o no habrá que considerar especialmente las expresiones de voluntariedad derivadas de las palabras o acciones emitidas por ésta.

Expresamente se excluye el consentimiento cuando el autor haga uso de violencia o amenazas, se aproveche de una situación de vulnerabilidad de la víctima (inconsciencia, intoxicación, somnolencia, influjo de medicación o drogas, daños corporales) o se prevalega de la situación de dependencia que la víctima tenga con el autor.

Se prevén, además, subtipos agravados para el caso de que el autor haga uso de amenazas graves o una violencia relevante además de cuando el hecho se cometa por más de una persona, en cuyo caso la pena de prisión llega a los diez años.

Por ultimo se recoge incluso el castigo de tales conductas en forma negligente cuando, en atención a las circunstancias, el autor razonablemente tuvo que representarse como probable que la víctima no había participado en ese acto sexual de forma voluntaria. Se habla en este caso de una violación negligente castigada con hasta cuatro años de prisión y donde no se exige un dolo directo sino que la conducta aparece castigada también en caso de culpa consciente o dolo eventual.

IV. Conclusiones

Las demandas de evolución en el tratamiento de los delitos contra la libertad sexual no son, ni mucho menos, un fenómeno español. Parten de una doctrina surgida de los tribunales y organismos internacionales, recogida a su vez por el cuerpo social que, con sus demandas, ha abierto el debate jurídico en los diferentes Estados en los que esta cuestión se ha suscitado.

Ya no es discutible que cualquier consideración de la tipificación de los delitos sexuales basada en la existencia de determinados medios comisivos (la fuerza, la violencia, la coacción, el engaño, el prevalimiento) ha quedado ampliamente superada y solo una regulación de estos delitos basándose en el consentimiento es compatible con la protección del derecho a la integridad física, la libertad y la intimidad personal.

Ante el trance de abordar la reforma nos encontramos con dos tendencias, tanto en lo relativo a la definición de los delitos, como en lo referente a la forma en que debe presentarse el consentimiento.

La primera cuestión, relativa a la definición casuística o conceptual de lo que debe entenderse por violación, parece haberse resuelto en la mayoría de legislaciones optando, casi siempre, por algún tipo de definición basada en el coito o la penetración, por un lado, y los tocamientos y otros actos sexuales por otro.

Cierto es que esta distinción, que obliga a la concreción de qué prácticas se llevaron a cabo sobre la víctima, convierte el proceso y la sentencia en una suerte de relato pseudopornográfico (9) y en un trance para quien se ve sometido al mismo y obligado u obligada a declarar sobre los detalles de las agresiones sufridas.

Sin embargo, una visión conceptual tiene sus reparos, el primero el de la inseguridad jurídica en tanto que la conducta no queda concretamente determinada y, por otro, el derivado de la disparidad de criterios judiciales que acompaña siempre a las concepciones genéricas.

Aún reconociendo los aspectos negativos de optar por la opción más descriptiva, creo que la tesis conceptual entraña una serie de riesgos que no debemos correr y que tienen que ver con la concreción de un delito sexual en el mundo jurídico alejado o desvinculado de su significación social.

Para bien o para mal el concepto de lo que es o no es una violación está asentado en nuestra conciencia colectiva y forma además parte de nuestra tradición jurídica que, finalmente, recuperó tal vocablo para nombrar la agresión sexual con penetración. Creo que tal concepción debe mantenerse, si bien desvinculada de los medios comisivos y haciendo gravitar su centro sobre el consentimiento.

Ello nos lleva a la segunda cuestión, referida a como debe exteriorizarse la voluntariedad del acto. Dos modelos de nuevo se nos plantean: el modelo del veto basado en la necesidad de que se exteriorice de alguna manera una voluntad contraria de la víctima, aunque sin exigir nunca resistencia física, o el modelo del consentimiento puro que implica su manifestación expresa.

De las dos opciones considero que es la segunda la que mejor encaja con el tratamiento que se da en el Convenio de Estambul a los delitos sexuales. Ofrece además un grado de protección mayor y evita la necesidad de abordar tratamientos diferenciados de situaciones específicas en los que la falta de oposición no puede interpretarse, bajo ningún caso, como un consentimiento tácito.

La opción desde luego no es inocente y a ella subyace una consideración mucho más profunda sobre la propia significación de la sexualidad, entendida no como un conjunto de prácticas meramente consentidas o toleradas, sino como expresión de una relación consensuada entre personas libres e iguales

- (1) ASÚA BARRARITA, A., *Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal*, en «Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género», Instituto Vasco de la Mujer Emakunde, Vitoria-Gazteiz, 1998.
- (2) Un análisis completo sobre estos tribunales en BOU FRANCH, V., *los crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional*, «Revista electrónica de Estudios Internacionales», núm. 24 Universidad de Valencia, Valencia, 2012
- (3) Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Caso núm. ICTR- 96-4-t.
- (4) Prosecutor v. Anto Furundžija Caso núm. IT-95- 17/1-T.
- (5) Prosecutor v. Kunarac, Kovac an Vukovic, caso núm. IT-96-23.
- (6) EctHR, M.C. v Bulgaria núm. 39272/1998.
- (7) Nombrar en este sentido la Encuesta sobre el bienestar y seguridad de las mujeres en Europa realizada por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales en el año 2012 o la Resolución 1691 del Parlamento Europeo de 2 de octubre de 2009 aprobada en el 35th período de sesiones. Puede igualmente consultarse en este aspecto el Glossary of definitions of rape, femicide and intimate partner violence realizado por el Instituto Europeo de Igualdad de Género, 2017.
- (8) HORNLE, T., *The new German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*, «German Law Journal», Vol. 18, núm. 06, Frankfurt, 2017, págs. 1309-1330.
- (9) Sobre tal cuestión ASÚA BARRARITA, A., *Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal (ob. cit.)*, págs. 33 y ss.