

Pasado, presente y futuro de los delitos de agresión y abuso sexual. Una aproximación legislativa

Maite Carretero Sanjuan

Universidad Carlos III de Madrid

maite.cs@hotmail.com

Irene de Lamo Velado

Universidad Carlos III de Madrid

ilamo@der-pu.uc3m.es

Resumen

Este trabajo tiene como objetivo general analizar la evolución de los delitos de agresión y abuso sexual en España. En concreto, estudiar la evolución penal de estos delitos sexuales, contextualizarlos en la realidad social y examinar la principal iniciativa legislativa presentada para la reforma de los delitos de agresión y abuso sexual. Para conseguir este propósito, se realiza un análisis legal desde una perspectiva feminista. En particular, se estudia la tipificación de los delitos de agresión y abuso sexual en el Código Penal vigente y en sus antecedentes legislativos, así como el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

Palabras clave

Género, Delito, Abuso, Agresión, Feminismo.

1. Introducción

Aún hoy, la violencia sexual se presenta como un problema estructural y continúa siendo un tema de candente actualidad en la sociedad española. En este contexto, hay una clara predominancia de las victimizaciones de mujeres (representan un 85% de la victimización) (Gabinete de Coordinación y Estudios. Secretaría de Estado de Seguridad., 2018) y del hombre como detenido e investigado (representa un 96% del total de detenciones e investigados) (Gabinete de Coordinación y Estudios. Secretaría de Estado de Seguridad., 2018), haciéndose necesario, por ello, incluir la perspectiva de género en cualquier análisis relacionado con la violencia sexual.

En las próximas líneas, trataremos de contextualizar la situación actual de los delitos de violencia sexual en España, para lo que es preciso aclarar que desconocemos el número de personas víctimas de delitos sexuales a consecuencia de la llamada “cifra negra”, siempre presente en este tipo de delitos, a causa, y entre otras, de la culpabilización de la víctima (síndrome de “manos sucias”), el miedo, la minoría de edad o la victimización secundaria (Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Estudios de la Violencia de Género (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género), 2020). Tan solo el 8% de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja han denunciado lo sucedido y, si tenemos en cuenta las denuncias realizadas por otra persona o institución, el porcentaje de denuncia alcanzaría el 11,1% (Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Estudios de la Violencia de Género (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género), 2020).

La problemática está lejos de erradicarse, evidenciándose un aumento progresivo en los hechos conocidos registrados relacionados con delitos sexuales en el periodo 2013-2018:

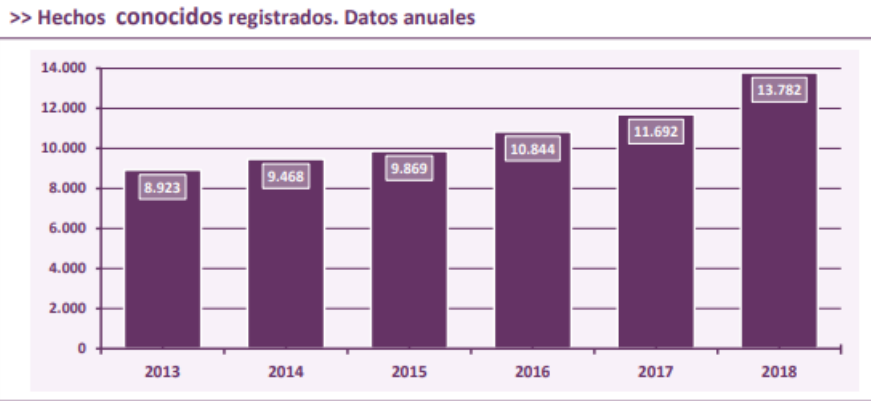


Figura 1. Evolución de los delitos sexuales - Hechos conocidos registrados. Datos anuales.

Fuente: Ministerio del Interior, 2018.

Considerando todos los ámbitos de la violencia contra las mujeres, la cifra de delitos contra la libertad e indemnidad sexual representa un 5,8% del total de victimizaciones en el periodo comprendido entre 2010 y 2017.

Tipología penal	Año	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2010	Periodo 2010-2017
Homicidios dolosos/asesinatos		203	215	224	236	207	204	239	268	1.796
Lesiones		2.946	2.876	8.246	2.484	2.686	2.634	2.675	4.059	28.606
Malos tratos en el ámbito familiar		52.823	50.338	49.227	47.801	45.421	45.420	47.431	46.353	384.814
Amenazas		5.380	5.129	10.508	5.128	5.100	5.485	5.787	5.573	48.090
Coacciones		1.450	1.321	1.641	1.015	1.007	1.007	998	859	9.298
Delitos contra la libertad e indemnidad sexual		8.018	7.240	6.823	6.951	6.569	6.787	7.423	7.474	57.285
Robo con violencia o intimidación		18.298	19.592	20.261	21.937	26.668	30.451	28.019	27.220	192.446
Impago de prestaciones económicas		201	205	208	138	120	208	189	44	1.313
Quebrantamiento de orden (protección/alejamiento)		11.073	10.445	10.056	9.826	9.424	7.178	6.956	4.546	69.504
Atentado contra la autoridad, funcionario público...		489	493	488	463	518	470	526	302	3.749
Quebrantamiento de condena		1.454	1.528	1.404	1.677	1.821	2.762	1.061	4.103	15.810
Otro tipo de delito		22.584	21.362	21.210	21.586	22.396	22.776	21.131	18.296	171.341
TOTAL de victimizaciones		124.919	120.744	130.296	119.242	121.937	125.382	122.435	119.097	984.052

Figura 2. Victimizaciones por tipología delictiva. Fuente: Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, 2017.

Solo en el primer semestre del año 2020 se han registrado 6.138 delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el territorio nacional, de los que 825 pueden clasificarse como agresión sexual con penetración (Sistema Estadístico de Criminalidad. Ministerio del Interior, 2020), siendo esta la forma más grave de violencia sexual ejercida contra la mujer.

Los resultados de la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer de 2019, recientemente publicados, no nos traen mejores datos: el 13,7% de las mujeres de 16 o más años residentes en España han sufrido algún tipo de violencia sexual a lo largo de su vida y el 1,8% en los últimos 12 meses. El 38,2% de las mujeres que han sufrido una violación fuera de la pareja ha tenido pensamientos suicidas en algún momento de sus vidas, evidenciando tan alarmante dato la gravedad de esta lacra social. En el 12,4% de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja participó más de un agresor y en el 49,6% de los casos sucedió en más de una ocasión. El 9,2% de mujeres de edad igual o superior a los 16 años que tienen o han tenido pareja aseguran haber sufrido violencia sexual.

Entre los delitos sexuales destacan los tipos de abuso y agresión sexual, que representan el 78% de los hechos conocidos registrados, y en los que centraremos, por su frecuencia y por las repercusiones que conllevan, el presente estudio.

>> Hechos conocidos registrados. Tipologías penales

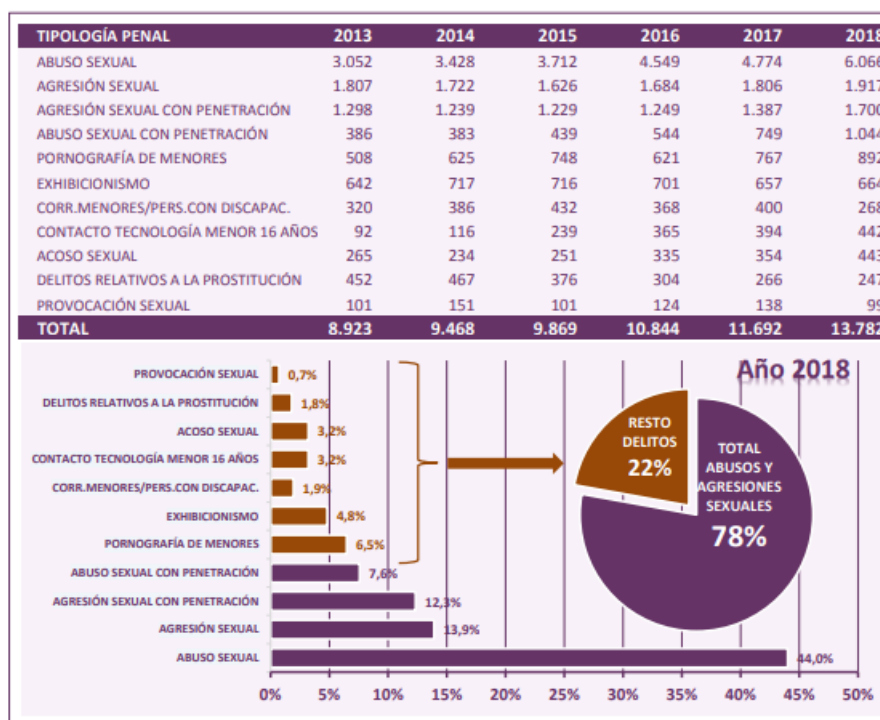


Figura 3. Evolución de los delitos sexuales - Hechos conocidos registrados. Tipologías penales. Fuente: Ministerio del Interior, 2018.

Tipos de delitos sexuales cometidos por adultos condenados en 2017 y 2018

	(2018)	(2017)
Abusos sexuales	1011	956
Prostitución y corrupción menores	614	642
Abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años	453	320
Exhibicionismo y provocación sexual	394	414
Agresión sexual	354	360
Acoso sexual	59	45
Trata de seres humanos	36	52
Violación	32	27

Figura 4. Tipos de delitos sexuales cometidos por adultos condenados en 2017 y 2018.

Fuente: Epdata, 2019.

En las últimas décadas, nuestro sistema penal se ha caracterizado por un endurecimiento progresivo de las penas. En particular, se han realizado numerosas modificaciones en los tipos penales objeto de estudio, caracterizados por ser sancionados con penas que rozan las del homicidio, sin que estas reformas hayan devenido, aparentemente, en una mejor respuesta a la violencia sexual en nuestro país. Se hace, por ende, necesaria una revisión legislativa que pasa por el estudio de la evolución y la situación actual de la regulación penal de los delitos de abuso y agresión sexual, a los que nos referiremos.

2. Metodología

El método empleado en este estudio ha sido el análisis cualitativo de legislación. Se ha analizado el contenido de varios documentos legales, promulgados y/o publicados durante el periodo 1973 - 2020. Optamos por analizar este periodo histórico para analizar cómo influye el cambio de régimen político, desde el totalitarismo franquista a la democracia y cuál es la evolución penal durante esta etapa hasta la actualidad.

También se estudia la propuesta de reforma legislativa más ambiciosa presentada en los últimos años con el objetivo de analizar cuáles son las perspectivas de futuro de legislación penal sobre violencia sexual.

En concreto, se han analizado los delitos de violación y abusos deshonestos, configurados como delitos contra la honestidad femenina en el ámbito sexual, que, posteriormente, se tipificaron como delitos de agresión y abuso sexual, ilícitos penales contra la libertad sexual. Elegimos analizar estos delitos porque son los que representan la mayoría de los delitos sexuales cometidos en los últimos años y por conllevar el mayor y más grave número de atentados contra la violencia sexual de la Mujer (Ministerio del Interior, 2018).

Las unidades concretas de estudio son los artículos presentados en la siguiente tabla:

Legislación / Propuesta de reforma legal	Artículos estudiados
Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.	429 y 430
Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.	18 y 19
Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.	178, 179, 180, 181, 182 y 183
Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.	1 y 2
Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.	63, 64 y 65
Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.	41, 42, 43, 45, 46 y 47
Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.	95, 96, 97, 98, 99 y 100
Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.	Disposición Final 1ª

Tabla 1. Artículos analizados. Fuente: Elaboración propia.

En este análisis se han estudiado los elementos del tipo y el bien jurídico protegido en los delitos de agresión y abuso sexual.

3. Objetivos

Ante la información presentada en la justificación surge la pregunta de investigación que motiva el presente estudio: ¿cómo han evolucionado los delitos sexuales? Como objetivo general se planea conocer la evolución de los delitos de agresión y abuso sexual hasta el momento presente y cuál puede ser la futura tipificación de los delitos sexuales de mayor calado, esto es, de los delitos de abuso y agresión sexual. En concreto, esta investigación persigue los siguientes objetivos específicos:

- Objetivo específico 1: analizar la evolución penal de los delitos de agresión y abuso sexual.
- Objetivo específico 2: contextualizar la evolución de los delitos de agresión y abuso sexual en la realidad social.
- Objetivo específico 3: estudiar la principal iniciativa legislativa presentada para la reforma de los delitos de agresión y abuso sexual en el panorama actual.

La mirada desde la que se observa el objeto de estudio y se abordan los objetivos de esta investigación considera la violencia sexual como una violencia patriarcal (Brownmiller, 1975 y San Segundo y Codina-Canet, 2019). Una violencia que no afecta solo a quien la sufre, sino que trasciende la perspectiva individual y actúa colectivamente.

Desde los estudios feministas, la violencia sexual se ha conceptualizado como un castigo a todas las mujeres, como un acto ejemplarizante contra una mujer genérica que ha trasgredido los roles y rasgos de género (Barjola, 2018). La violación también ha sido identificada como una “agresión o afrenta contra otro hombre” o como una demostración de fuerza o virilidad ante una comunidad de iguales (Segato, 2010, p. 32-33).

Dentro de este enfoque, se estudia la legislación penal desde un paradigma crítico antiformalista feminista. El derecho como un sistema que puede perpetuar estructuras de poder, mediante una simulada neutralidad que da soporte a desigualdades generadas socialmente (MacKinnon, 1989, 2007, 2016).

4. Resultados y discusión

En este apartado, abordaremos pasado, presente y futuro de la regulación de los delitos de abuso y agresión sexual, dando cuenta de los principales hallazgos.

4.1. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal

El grueso de los delitos sexuales se regulaba en el Código Penal de 1973 bajo la rúbrica “De la violación y de los abusos deshonestos”. El concepto de “violación” encuentra su precedente legislativo en esta regulación, que fijamos como inicio del análisis.

El artículo 429 se refería, en exclusiva, a la violación de una mujer, castigada con pena de reclusión menor, lo que suponía una aproximación penológica al delito de homicidio. Equiparación que sugiere que, en esta regulación penal, perder la vida era igual de grave que perder la honestidad (Acale Sánchez, 2019, p. 147). Se entendía cometida violación siempre que se yaciese con una mujer en algunos de los casos enunciados (*numerus clausus*):

- Cuando se usase fuerza o intimidación.
- Cuando la mujer se hallase privada de razón o de sentido, independientemente de la causa.
- Cuando fuera menor de doce años.

En la violación por fuerza o intimidación se requería que la víctima opusiese resistencia seria y persistente, por lo que no bastaba con una simple negativa (Altuzarra Alonso, 2020, p. 527).

Era violación la ejercida sobre mujer privada de razón o de sentido. Se equiparaba la privación de sentido provocada por el agresor a la aprovechada por él. En cualquier caso, dado que en la legislación vigente estos supuestos se reconducen a los abusos sexuales cuando los hechos se ejecuten sobre personas privadas de razón o de sentido, resulta cuanto menos llamativo que, al retrotraernos en el tiempo, encontremos, para esta casuística concreta, mayor castigo que en la actualidad.

Desde el punto de vista de la acción, se refiere a la actividad ejercida por parte del sujeto activo (hombre) al sujeto pasivo (mujer), por lo que no resultaba admisible la perpetración por omisión. El hombre, por ende, no podía ser sujeto pasivo del tipo, pero el sujeto activo siempre debía ser un hombre, pues la conducta típica, recordemos, consistía en el *yacimiento*, entendido como acceso carnal, como coito vaginal heterosexual (Faraldo-Cabana, 2019, p. 178). La penetración anal a un varón, por lo tanto, no cumplía los elementos del tipo: no era violación.

El resultado típico consistía en el yacimiento entre sujeto activo y sujeto pasivo, bajo las circunstancias enumeradas. Solo se vulnera la honestidad si el yacimiento se da, por lo que la tentativa era difícilmente admisible.

La edad del consentimiento sexual se fijaba en los doce años, frente a los dieciséis fijados en nuestra regulación actual, no existiendo el concepto de indemnidad sexual.

El artículo 430 regulaba los abusos deshonestos. En este tipo podían ser sujetos pasivos tanto la mujer como el hombre y la conducta típica se definía como “abusar deshonestamente”, siempre que concurriesen cualesquiera de las circunstancias expresadas en el artículo precedente, es decir, circunstancias enumeradas para el delito de violación. La sanción penal era prisión menor.

El bien jurídico protegido de estos tipos penales era la honestidad, lo que no parece propio de un derecho penal democrático por cuanto respondía a la finalidad de protección de las creencias o intereses de un concreto grupo de individuos (Bugué Lezaún, 1999, pp. 12-13). Se defendía, por un lado, al “objeto sexual” (la

mujer) ante el sujeto que trataba de yacer con ella contra su voluntad y, a su vez, a la pareja contra el “rival” (Carmona Salgado, 1981, pp. 22-23).

Si el bien jurídico protegido es la honestidad, se desprotege a aquellas mujeres en las que no concurriese esta cualidad, por ejemplo, las prostitutas o las mujeres casadas, que no tenían “honestidad” que proteger. La trabajadora sexual por ser “deshonesta” por sí y la mujer casada por tener el “deber” de ceder a las relaciones sexuales. Se evidencia la “salvaguarda de un orden en el que la mujer y su status social estaban definidos en función de su pertenencia a un varón” (Altuzarra Alonso, 2020, p. 527). La regulación porta una carga de moralidad cuestionable incluso para la realidad y el contexto en qué se aplicó.

Bajo esta regulación penal, en particular bajo el bien jurídico de la “honestidad”, la sexualidad de las mujeres se valoraba como una extensión de la propiedad de un varón. La violación aparecía tipificada como la agresión de un varón hacia otro varón a través del cuerpo y la sexualidad de una mujer.

El criterio de medición de la gravedad del delito era, por lo tanto, el concreto comportamiento sexual llevado a cabo, sin que tuviese relevancia la intensidad del ataque a la libertad de decisión de la víctima.

4.2. Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal

El hito principal de la Ley Orgánica 3/1989 fue renunciar a la rúbrica de “delitos contra la honestidad” para pasar a denominar el Título IX del Código como “delitos contra la libertad sexual”.

El bien jurídico protegido, a partir de esta reforma, pasa a ser la libertad sexual, entendida como el derecho a no soportar de otros actos sexuales no consentidos, el “derecho de toda persona a la libre toma de decisiones relativas a su sexualidad” (Altuzarra Alonso, 2020, p. 517).

La conducta típica se amplía añadiendo la penetración anal y bucal, renunciando, al menos parcialmente, de este modo, a la idea de la procreación como finalidad primordial de la relación sexual.

Se amplía el círculo de sujetos pasivos, sustituyendo el término “mujer” por “persona”. Así, puede ser víctima de violación cualquier persona, precisamente por la modificación del bien jurídico protegido, pues la libertad sexual es común a ambos sexos. De este modo, se invisibiliza el componente de género, igualando la regulación formal, aún a sabiendas de que, tradicionalmente y en la actualidad, la violación es un delito cometido mayoritariamente por el género masculino contra el femenino (Faraldo-Cabana, 2019, p. 182). En el tenor de la ley parece abandonarse el concepto patriarcal de la sexualidad de las mujeres como una extensión de la propiedad de algunos varones. Sin embargo, se abraza la idea liberal de la violación como una vulneración de la libertad sexual individual de cualquier persona. En este punto, por tanto, aún no se reconoce el alcance colectivo de la violencia sexual.

La equiparación entre ambos sexos llevó a la ampliación del círculo de sujetos activos, pudiendo ser condenada como autora del delito, a partir de entonces, también la mujer, aunque limitándose al caso en que realizase el acceso carnal con una víctima de sexo masculino (Faraldo-Cabana, 2019, p. 183).

Se modifica la redacción del segundo de los casos tipificados como delito de violación, pasando a ser considerada violación la relación sexual con persona “cuando se abusare de su enajenación”, permitiendo, así, que las personas “con enajenación” pudiesen ejercer su derecho a la libertad sexual si no constituía un abuso por parte del sujeto activo.

Continúa sin protegerse la indemnidad sexual de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, pero evidenciamos otro avance en la regulación del perdón que, desde esta reforma, no extingue la acción penal ni la responsabilidad (artículo 443) y es que las violencias sexuales no son cuestiones individuales sino sociales, que afectan de forma colectiva al conjunto social y, de manera muy mayoritaria, a las mujeres.

El artículo 430, referido a los abusos deshonestos, pasa a recoger “cualquier otra agresión sexual no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresadas”, manteniéndose la misma pena, con la posibilidad de resultar agravada a prisión

mayor si la agresión consiste en la introducción de objetos o se usan “medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios” (artículo 430).

4.3. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: redacción original

En 1995 se promulga un nuevo Código Penal a través de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Este nuevo código aborda en seis artículos los delitos de agresión y abuso sexual.

En esta legislación, cambia el esquema de tipificación: se elimina el término “violación” y se sustituye por los delitos de agresión sexual (178-180) y abuso sexual (181-183), que se diferencian en función de los medios comisivos y que prevén un subtipo agravado en caso de penetración (179 y 182, respectivamente). A pesar de estas modificaciones, se continúan tipificando los delitos sexuales como ilícitos contra la libertad sexual.

4.3.1. Los delitos de agresión sexual

El artículo 178 recoge el tipo básico de agresión sexual, definido como un ataque contra la libertad sexual perpetrado mediante violencia o intimidación. La descripción legislativa de los elementos de este tipo no ha sufrido ninguna modificación hasta el momento.

En el artículo 179 se prevé un subtipo agravado de agresión sexual. Esta agravación se debe a la inclusión de la acción de penetración en el tipo. En una primera redacción del Código de 1995 el subtipo consiste en la introducción de objetos o penetración anal y bucal y en acceso carnal, entendiendo esta última expresión como penetración vaginal. Cabe también destacar que el término de “violación” desaparece en la normativa de 1995, en un afán de diferenciar esta nueva legislación del Código Penal de 1973.

Finalmente, el artículo 180 contiene circunstancias agravantes específicas para los delitos de agresión sexual que prácticamente no se han modificado a lo largo de las reformas. Son (1) empear una violencia o intimidación degradante o

vejatoria; (2) que sean múltiples agresores. En la redacción original se contemplaba la agravación a partir de los tres agresores. Otra circunstancia agravante es la (3) especial vulnerabilidad de la víctima. En la redacción de 1995 se contemplaba la vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad o situación. También se prevé como agravante, la (4) relación de prevalimiento del agresor respecto de la víctima y (5) causar lesiones graves o el uso de medios muy peligrosos.

4.3.2. Los abusos sexuales

Manteniendo un espíritu similar al de la reforma de 1989, el delito de abusos sexuales es tipificado en el Código de 1995 en el precepto 181.1 como una especie de “cajón de sastre”, descrito como toda aquella conducta que atente contra la libertad sexual realizada sin consentimiento y sin mediar violencia o intimidación.

Además, también se consideran abusos sexuales determinadas situaciones en las que concurre consentimiento, pero es obtenido bajo determinadas circunstancias: cuando la víctima se encuentra privada de sentido (181.2. 2º), cuando se lleve a cabo sobre menor de doce años, cuando se abuse de su “trastorno mental” (181.2. 1º y 2º), cuando el consentimiento se realice mediante un prevalimiento (181.3) y cuando el consentimiento se obtenga mediante engaño y la víctima fuese mayor de doce años y menor de dieciséis (183).

Igual que en los delitos de agresión sexual, se prevén subtipos agravados cuando la conducta incluya penetración (182 y 183).

4.4. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: reformas y regulación actual

Desde su promulgación, en 1995, el Código Penal se ha reformado en varias ocasiones. Con carácter general, los artículos relativos al delito de abuso sexual han sido los más modificados. Sin embargo, los delitos sobre agresión sexual (178-180) han sufrido leves cambios.

4.4.1. Reforma de los delitos de agresión sexual (1995-2015)

La configuración del tipo básico de agresión sexual (art. 178) no ha sufrido modificaciones en ninguna reforma legal. La conducta típica del subtipo agravado del artículo 179 se ha ido ampliando con las sucesivas reformas.

En la reforma de 1999 el tipo se ensancha y cambia la redacción. Se sustituye acceso carnal como sinónimo de penetración vaginal por acceso carnal vaginal y la conducta típica se describe como la introducción de objetos por vía vaginal o bucal y acceso carnal vaginal, anal o bucal. Además, el subtipo, recupera el término de “violación” para referirse a esta conducta típica.

La reforma de 2003 confiere al tipo su redacción actual, ampliando la anterior. Comprende el acceso carnal, entendido como penetración, vaginal, anal y bucal; la introducción de objetos y también, y aquí reside la novedad, la introducción de miembros corporales, como pueden ser dedos, por vía vaginal y anal.

El artículo 180, que recoge circunstancias agravantes específicas para los delitos de agresión sexual, prácticamente no ha sufrido modificaciones en las diferentes reformas. En una primera redacción, la agravante de agresión múltiple se contemplaba por la actuación conjunta de tres o más agresores. Desde la reforma de 1999, la agravante se prevé para la intervención conjunta de dos o más agresores. También se ha modificado la especial vulnerabilidad de la víctima como circunstancia agravante. En la redacción de 1995 se contemplaba la vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad o situación. En la modificación de 1999 se explicita que esta circunstancia agravante se aplicará, en todo caso, cuando la víctima tenga menos de trece años. En la redacción dada por la reforma de 2010, se elimina la presunción prevista en 1999 y se remite al artículo 183.

Observamos que las modificaciones realizadas en este periodo no son sustantivas y que se realizan bajo una misma mirada: el entendimiento de la violencia sexual como una vulneración a la libertad sexual individual de cualquier persona.

4.4.2. Reforma de los delitos de abuso sexual (1995-2015)

Dentro de las reformas del Código Penal, las operada en 2010 y 2015 modificaron sustancialmente la configuración de los delitos sexuales de agresión y abuso cometidos contra menores. Hasta la reforma de 2010 las reformas afectan, exclusivamente, a los delitos sexuales cometidos contra menores.

En la reforma de 1999 la edad de consentimiento, prevista en el artículo 181 (inicialmente, 12 años), se incrementa a 13 años. Esta modificación, conllevó la reforma del artículo 183, que sanciona las relaciones con persona de entre 12 y 16 años cuando el consentimiento se obtuviera mediante engaño, quedando fijado el citado intervalo en la franja de 13 a 16 años. Se incluye como bien jurídico a proteger la indemnidad sexual de los y las menores, reconociendo de forma específica el derecho a no sufrir interferencias en la formación de su propia sexualidad. En esta reforma, tendrá una función más bien simbólica que no se traducirá en ninguna gran modificación (Acale Sanchez, 2018, p.161). Así, se reconoce este nuevo bien jurídico desde el mismo paradigma liberal: los delitos sexuales cometidos contra menores se conceptualizan como una vulneración de derechos individual y neutral al género de las víctimas.

Mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se incluye como abuso sexual la sumisión química (art. 182.2). Se mantiene esta presunción *iuris et de iure*, que no admite prueba en contra, sobre el consentimiento de menores de 13 años, pero se elabora un nuevo capítulo que tipifica los delitos sexuales contra menores “Capítulo II bis: De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”. Los delitos de agresión y abuso contra menores de 13 años se recogen en el artículo 183. Se prevé también la agravación por penetración en abuso y agresión (art. 183.3) y agravantes específicas (art. 183.4). También se añade el precepto 183 bis, que prevé el delito de *child grooming*, una modalidad de ciberacoso que castiga el contacto con menores a través de medios de comunicación con la finalidad de abusar de ellos o ellas.

En la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la edad del consentimiento sexual se eleva a 16 años, pero admite prueba en contra, es decir, pasa a ser una presunción *iuris tantum*, a través del artículo 183 quater, que

prevé que el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. En el tipo que recogía el engaño en una relación sexual, en consecuencia, se modifica el intervalo de edad a de 16 a 18 años.

El precepto 183 bis prevé el delito de *child grooming* en la reforma de 2010. En 2015 esta conducta se tipifica en el artículo 183 ter, abarcando también el embaucamiento de menores a través de medios de comunicación para la obtención de material pornográfico. En el artículo 183 bis se castiga cuando se obligue a un menor a participar o presenciar actos sexuales.

4.4.3. Legislación actual: ¿cambio de paradigma?

Las diferentes reformas del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, dan lugar a la actual regulación de los delitos sexuales, tipificados en el Título VIII, entre los que se encuentran la agresión y los abusos sexuales. Dedicamos un capítulo a las agresiones sexuales –Capítulo I–, otro a los abusos sexuales –Capítulo II– y un capítulo diferente –el Capítulo II bis– a los abusos y agresiones sexuales cometidos contra víctimas menores de la edad de consentimiento sexual¹. Podemos extraer dos rasgos comunes a todos los delitos.

Los delitos de agresión y abuso sexual se han tipificado en función de los medios comisivos empleados. Ambas conductas se consideran un acto que vulnera la libertad o indemnidad sexual, pero, si ha mediado intimidación o violencia, los hechos serán calificados como agresión sexual (arts. 178 y ss. CP). En este caso, se entiende que no existe consentimiento. De no probarse que los hechos sexuales son cometidos mediante el empleo de la fuerza -física o psicológica-, serán constitutivos

¹ En el Capítulo III tipifica el acoso sexual, regulando de forma conjunta el acoso sexual a víctimas adultas y menores. En el mismo Título, regula el delito de prostitución forzosa de personas adultas (art. 188 del CP) y otros relativos a la explotación sexual de menores. En concreto, exhibicionismo (art. 185 del CP); provocación sexual (capítulo 186 del CP); prostitución de menores (art. 188 del CP) y explotación sexual y corrupción de menores (artículo 189 del CP).

de abuso sexual (arts. 181 y ss. CP). En algunos tipos de abuso sexual sí que existe consentimiento, pero no se considera válido a estos efectos.

Esta tipificación desoye el paradigma internacional. En concreto, el Convenio de Estambul promueve que no se emplee el criterio de los medios comisivos para tipificar la violencia sexual, sino el del consentimiento. Esto es, que sea constitutivo de agresión sexual todo acto de naturaleza sexual no consentido cometido contra una mujer o niña (art. 36.1.c del Convenio de Estambul).

Otro rasgo es que, en todos los delitos analizados (arts. 178-183 CP), la agresión y el abuso sexual mantiene en enfoque instaurado a través de la reforma de 1989: los delitos de agresión y abuso sexual se siguen conceptualizando de forma liberal como el ataque individual hacia la libertad sexual de una persona, que bien puede ser un hombre o una mujer (Whisnant, 2010).

Sin embargo, el Código Penal prevé la circunstancia agravante de discriminación por razón de género, regulada en el art. 22.4º, aplicable a todos los delitos, por encontrarse en el catálogo general de circunstancias agravantes. Con anterioridad a 2015, esta circunstancia preveía la agravación de la responsabilidad penal por discriminación por razón de sexo y, mediante la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal, se amplió a la discriminación por razón de género.

En el Pacto de Estado en materia de Violencia de Género, una Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados en 2016, se recomienda apreciar la circunstancia agravante por discriminación sexista prevista en el artículo 22. 4º en el caso de agresiones y abusos sexuales (medida 110). Pero, en cualquier caso, tal agravación no es automática, como sí que ocurre en los delitos de violencia de género.

El reconocimiento de esta agravante genérica puede aproximarse a un enfoque diferente, que reconozca la violencia contra las mujeres y, en particular, la violencia sexual, como una violencia estructural y patriarcal.

4.5. Futuro de la regulación de los delitos de abuso y agresión sexual: Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual

Este Anteproyecto pretende dar respuesta al desafío pendiente de abordaje integral de las violencias sexuales cometidas contra las mujeres (Exposición de motivos. Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, en adelante, ALOGILS).

En lo que a los tipos penales analizados se refiere, propone eliminar la distinción entre agresión y abuso sexual, tipificándose como agresión sexual cualquier conducta que atente contra la libertad sexual de una persona sin su consentimiento y suprimiéndose, en consecuencia, el Capítulo II del Título VIII del Libro II del Código Penal. Coincidimos, en este punto, con el grupo parlamentario en que, de este modo, se reduciría, sin llegar a eliminarla, la victimización secundaria habitualmente sufrida por las víctimas de esta tipología delictiva.

El artículo 83 del Código Penal prevé la posibilidad del Juez o Tribunal de condicionar la suspensión de ejecución de pena privativa de libertad a determinadas condiciones, siempre y cuando resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos. En este contexto, el apartado segundo del citado precepto impone el carácter preceptivo de la aplicación de algunas de estas medidas (prohibición de aproximación, prohibición de residencia y obligatoriedad de participar en programas formativos, laborales, de índole sexual, entre otros) a los casos en los que el delito se haya cometido contra una mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o con quien haya mantenido una relación similar de afectividad. El ALOGILS propone ampliar este carácter preceptivo, entre otros, a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y a los cometidos por los motivos recogidos en el art. 22.4 del Código, esto es, motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación, como el sexo o la orientación sexual y las razones de género.

Se propone la modificación del artículo 178 del Código Penal, que pasaría a englobar los actuales tipos de abuso y agresión bajo la denominación única de agresión sexual, que recoge como elemento nuclear del tipo la falta de consentimiento. El marco punitivo se rebajaría a de uno a cuatro años, en sustitución

del actual: de uno a cinco años. Se recoge una definición expresa del consentimiento como la manifestación libre de la voluntad expresa de la víctima “por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes”. Esta nueva regulación tendría, *de facto*, un impacto directo en la carga de la prueba, de tal modo que la mujer ya no tendría que probar que ha habido violencia o intimidación, sino que la clave pasaría a ser que no haya habido consentimiento. La literalidad del artículo parece indicar que sería suficiente con que la víctima negase que hubo consentimiento para que sea el investigado o acusado quien deba probar lo contrario, invirtiéndose la carga de la prueba, lo que parece complejo de conjugar con el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por nuestra Carta Magna. En cualquier caso, lo que parece claro es que la puesta en funcionamiento del nuevo concepto sería, cuanto menos, compleja en lo que respecta a la prueba del consentimiento.

El segundo apartado del mismo precepto recogería elementos concretos de definición del tipo: violencia o intimidación (propias de la actual agresión sexual) pero, además, abuso de una situación de superioridad, vulnerabilidad de la víctima, actos cometidos contra persona privada de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

El último apartado del precepto recogería la posibilidad de que, en los casos de menor entidad, potestativamente, el Juez o Tribunal, razonándolo y siempre y cuando no concurren las circunstancias del artículo 180, pueda imponer la pena de prisión inferior en grado o multa de dieciocho a veinticuatro meses. Posibilidad que, al menos parcialmente, permite cierto margen para los casos en los que la pena resultaría excesiva y desproporcionada dada la amplitud con la que se define el tipo, siendo favorable al principio de individualización de la pena.

De otro lado, se propone la modificación del artículo 179, relativo a la violación, reduciendo el marco punitivo actual (de seis a doce años de prisión) a pena de prisión de cuatro a diez años, habida cuenta de que se encuadraría en este tipo el actual abuso sexual con penetración.

También en la modificación propuesta para el artículo 180 se reducen las penas agravadas de agresión sexual (pasa de prisión de cinco a diez años a prisión de dos a seis años) y de agresión sexual con penetración (pasa de doce a quince años de privación de libertad a de siete a doce años). No obstante, se añaden nuevas agravantes específicas, a saber, el acompañamiento de la agresión por una violencia de extrema gravedad o que cause grave daño a la víctima, la vinculación de la víctima con el agresor como esposa o análoga relación de afectividad aún sin convivencia y cuando el autor haya anulado la voluntad de la víctima. Con este último añadido se tomaría una posición, a nuestro juicio favorable, destinada a establecer diferente punición para el caso en el que el agresor se aprovecha de la anulación de voluntad de la víctima provocada por otro o por sí misma frente a aquella otra en la que el propio autor sea el que la provoca, supuestos que merecerían diferente reproche penal.

Sin embargo, un aspecto cuestionable del nuevo dictado de este precepto es el mantenimiento de la circunstancia de agravación consistente en la especial vulnerabilidad de la víctima, pues ya se considera como elemento definitorio del tipo en la regulación dada por el artículo 178 del que sería el nuevo texto. Del mismo modo, la inclusión de agravante específica por razón de vínculo conyugal o afectivo resulta innecesaria, pues ya existe la posibilidad de recoger esta circunstancia en la configuración del tipo a través de la agravante mixta de parentesco, prevista en el artículo 23 del Código Penal. Además, no parece coherente referirse en exclusiva “a la esposa o mujer”, pues se deja fuera de este ámbito de protección a la víctima de sexo masculino, sin que ello resulte necesario para la adecuada protección de la mujer que, como hemos destacado, es la víctima mayoritaria de estas tipologías delictivas. Esta distinción podría presentar problemas de constitucionalidad relacionados con el artículo 14 de la Constitución, que presume la igualdad por diversas razones y, entre ellas, el sexo.

El segundo apartado del artículo 180 prevé, actualmente, la posibilidad de imponer en su mitad superior las citadas penas agravadas en el caso de que concurren dos o más de las circunstancias enumeradas. El Anteproyecto propone poder llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado, con carácter facultativo.

Se añade un tercer apartado que fija la pena accesoria de inhabilitación absoluta de seis o doce años para el caso de que el autor se hubiese prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público.

De otro lado, se propone la introducción de un nuevo artículo 194 bis que fija la aplicación de un concurso real para los casos en que, además del atentado contra la libertad sexual, se produjese daño o lesión “a la vida, integridad física, salud, integridad moral o bienes de la víctima o de un tercero”, a salvo de que ya estuviesen castigados con pena más grave en otro precepto del Código.

5. Conclusiones

Desde 1973 hasta 2020 ha habido un cambio de enfoque sobre la violencia sexual en la legislación española. En la redacción inicial del Código penal de 1973 el bien protegido era la honestidad femenina. La sexualidad de las mujeres era concebida como una extensión del patrimonio de algún varón. De esta forma, se desprotegía a las mujeres consideradas “sin honestidad”, frente al entonces delito de violación, como a las prostitutas o a la mujer casada en el ámbito conyugal.

A través de la reforma del Código Penal de 1973 en 1989 el enfoque cambia. La violación deja de vulnerar la honestidad femenina, para conceptualizarse como un ataque contra la libertad sexual de cualquier persona. A través de esta perspectiva liberal, de forma positiva, se abandona la idea patriarcal, al menos en la legislación, de que sexualidad de la mujer es una extensión de la propiedad de un hombre. No obstante, se obvia que la violencia sexual es mayoritariamente sufrida por mujeres, esto es, que es un tipo más de violencia contra la mujer, por el mero hecho de serlo. Se invisibiliza que la violencia sexual tiene una dimensión colectiva y es estructural.

El Código Penal de 1995 y las posteriores reformas son herederas de esta visión de la violencia sexual como un problema individual. Sin embargo, a través de la reforma de 2015 y de la introducción de una agravante genérica de desigualdad por razón de género, parece que esta visión de la violencia sexual está cambiando.

Se comienza a enfocar la violencia sexual como una vulneración a la igualdad, reconociendo el carácter colectivo de la violencia sexual.

En este escenario, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual se presenta como fruto de un incesante trabajo del movimiento feminista y de gran parte de la sociedad, presentándose como necesaria, sin duda, por constituir un gran avance en la protección de los derechos humanos de las víctimas de delitos sexuales y, especialmente, de las mujeres. No obstante, se observan algunas faltas de rigor y precisión que hacen aconsejable la revisión del texto en los puntos señalados a lo largo de esta exposición, a fin de hacerlo coherente y conforme con nuestra Carta Magna y el resto del ordenamiento jurídico español. En lo que a nosotras respecta, por lo tanto: sí a la ley, pero con modificaciones.

Resulta procedente destacar que el Anteproyecto no sólo no propone el aumento del marco punitivo aplicable a esta tipología delictiva, sino que propone, en diversas ocasiones, su reducción, de tal modo que se consiga una mayor proporción de las penas aplicables a los delitos sexuales, que ya rozan las del homicidio. Esta reducción se presenta como necesaria precisamente por la supresión de los delitos de abuso sexual y su nueva tipificación como delitos de agresión pues, en caso contrario, podrían darse situaciones en que la pena resultase excesiva o desproporcionada, y ello a pesar de la facultad de imponer la pena inferior en grado que recogería el dictado.

Referencias

Acale Sánchez, M. (2019). *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*. Zaragoza: Reus.

Altuzarra Alonso, I. (2020). El delito de violación en el Código Penal español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional. *Estudios de Deusto*, 68(1), 511-558. [https://doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp511-558](https://doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp511-558)

Barjola, N. (2018). *Microfísica sexista del poder. El caso Alcàsser y la construcción del terror sexual*. Barcelona: Virus Editorial.

Brownmiller, S. (1975). *Against Our Will: Men, Women, and Rape*. New York: Fawcett Books.

Bugué Lezaún, J. J. (1999). *Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*. Barcelona: Bosch.

Carmona Salgado, C. (1981). *Los delitos de abusos deshonestos*. Barcelona: Bosch.

Faraldo-Cabana, P. (2019). Razones para la reforma del delito de violación. En S. Barona Vilar (Ed.), *Claves de la justicia penal: feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad* (pp. 177-204). Valencia: Tirant lo Blanch.

Gabinete de Coordinación y Estudios. Secretaría de Estado de Seguridad. (2018). *Informe sobre Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual en España*. Madrid: Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica.

MacKinnon, C. A. (1989). *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press.

MacKinnon, C. A. (2007). *Women's Lives, Men's Laws*. Cambridge: Harvard University Press.

Mackinnon, C. A. (2016). Rape Redefined. *Harvard Law & Policy Review*, 10, 431-477. <https://doi.org/10.1136/bmj.i512>

Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. (2020, mayo). *XI Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer 2017*. Madrid: Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género / Ministerio de Igualdad.

San Segundo, R. y Codina-Canet, A. (2019). Enunciación de la violencia de género y marco educativo para su prevención. *Multidisciplinary Journal of Gender Studies*, 8 (1), 26-47.

Segato, R. L. (2010). *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. (2ª ed.). Buenos Aires: Prometeo.

Sistema Estadístico de Criminalidad. Ministerio del Interior. (2020, 30 junio). Portal Estadístico de Criminalidad / Balance trimestral de criminalidad 2020. 2º Trimestre. Recuperado 28 de septiembre de 2020, de <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/error/403.html?type=pcaxis&path=/DatosBalanceAnt/20202/&file=pcaxis>

Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Estudios de la Violencia de Género (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género). (2020, septiembre). *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019*. Madrid: Ministerio de Igualdad.

Whisnant, R. (2009, 13 mayo). Feminist Perspectives on Rape. Recuperado 1 de octubre de 2020, de <https://plato.stanford.edu/entries/feminism-rape/>