

# CONTRA LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES

**C**on motivo de la condena en 2018 por abusos sexuales –y no por violación– por parte de los tribunales navarros (Audiencia Provincial de Navarra, Tribunal Superior de Justicia de Navarra) en el caso La Manada, se inició un movimiento que exigía, para que pudiera descartarse una agresión violenta o intimidatoria, que la mujer (que en la práctica totalidad de los casos es la víctima de tales agresiones) hubiera consentido expresamente ('sólo sí es sí') en los actos sexuales que eran ejecutados sobre ella por un hombre (que es, también en la práctica totalidad de los casos, el autor de esos actos). Este movimiento se ha visto coronado por el éxito con la reciente Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (Logils), que, modificando el Código Penal (CP), además de consagrar el principio del 'sólo sí es sí', unifica, bajo el epígrafe común de 'agresiones sexuales' (Capítulo I del Título VII del Libro II), los comportamientos que hasta la entrada en vigor de esta Logils eran denominados, diferenciadamente, en función de si concurría o no violencia o intimidación en la conducta ejecutada por el autor, 'agresiones sexuales' y 'abusos sexuales'. Y así, el nuevo art. 178 CP dispone lo siguiente:

«1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

2. A los efectos del apartado anterior, se considerarán en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abuse y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

3. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstan-



ENRIQUE GIMBERNAT

CATEDRÁTICO EMÉRITO DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

*cias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en la mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable».*

No obstante, y en el entretanto, por STS 344/2019, de 4 de julio, se estimó el recurso de casación interpuesto por las acusaciones, condenando el TS a todos los miembros de La Manada por un delito continuado de violación del art. 179 en relación con el 178 CP. En esta sentencia, el TS reitera su unánime jurisprudencia anterior –su jurisprudencia de toda la vida– de que la existencia de intimidación deberá apreciarse en función de, si de las circunstancias concurrentes en los Hechos Probados, se deduce la amenaza explícita o implícita del autor o autores, ya que «[i]ntimidar no es otra cosa que causar o infundir miedo, miedo o pánico que, en casos como el analizado [La Manada], se infunde con la sola presencia de cinco individuos de fuerte complejidad rodeando a una víctima en un habitáculo cerrado y sin posibilidad alguna de escapar», y ya que la intimidación en la violación consiste en «el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad [de la víctima] de resistencia». La absoluta corrección de la condena por violación del TS deriva, además, en mi opinión, de que el «estado de shock», la «sensación de angustia, agobio, desasosiego y estupor», y la «ausencia y embotamiento de sus facultades superiores» [de la denunciante], sólo pueden encontrar una explicación plausible en que se sintió amenazada de que los cinco autores acudieran, si no accedía a sus deseos sexuales, a la violencia, de la que no podía escapar porque se encontraba en un habitáculo reducido que se había convertido en una ratonera. Y es que, cuando en los Hechos Probados de la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra se afirma que los autores ejecutaron sus actos «valiéndose de su superioridad física y numérica y de la imposibilidad de la denunciante de ejercer resistencia ante el temor de sufrir un daño mayor y la imposibilidad de huir del lugar», lo que se está describiendo son todos los elementos que constituyen una violación intimidatoria. Por-

que «valerse de su superioridad física y numérica»

sólo puede entenderse en el sentido de que, si se valen, es porque están amenazando, aunque sea implícitamente, con ejercer esa superioridad física y numérica, y porque, para la denunciante, esa «imposibilidad de ejercer resistencia y huir del lugar» accediendo a consentir las acciones sexuales de los acusados, «ante el temor de sufrir un daño mayor» ese daño mayor sólo puede entenderse, igualmente, en el sentido de padecer daños físicos si no se aquietaba.

A la vista de todo lo expuesto, la definición legal expresa del consentimiento, como consentimiento explícito, que introduce la Logils, para que un comportamiento sexual no pueda ser considerado delictivo, debe ser rechazada por los siguientes motivos:

a) En primer lugar, porque la STS 344/2019 que en casación, anuló, en el caso La Manada, la condena por un abuso sexual que habían impuesto los tribunales navarros, sustituyéndola por la aplicación de un delito de violación, había puesto de manifiesto que el problema que los movimientos feministas creían haber detectado en el caso La Manada era un problema ficticio, que si los tribunales inferiores no habían condenado por violación, ello no tenía nada que ver con una regulación defectuosa de ese deli-

## Lo decisivo para determinar si hay agresión sexual es saber si la actitud de la mujer se ha adoptado dentro de un contexto de violencia o intimidación

to en el CP entonces vigente, sino con una clamorosa errónea interpretación por esos tribunales inferiores del Derecho vigente al tiempo de los hechos, apartándose de la jurisprudencia constante del TS sobre el contenido del delito de violación. La regulación de la violación en el Derecho ahora derogado por la Logils era una correcta, como lo era su interpretación por el TS y no contenía lagunas de punibilidad –tampoco en casos como el de La Manada– su inútil derogación no ha solucionado ningún inexistente problema, sino que, como veremos a continuación, sólo ha creado otros tan nuevos como absurdos.

En segundo lugar, hay que oponer a la nueva formulación de la agresión sexual introducida por la Logils que pone disparatadamente del revés lo que hasta la entrada en vigor de dicha Ley estaba bien colocado del derecho. Lo decisivo para determinar si estamos o no ante una agresión sexual violenta o intimidatoria no tiene nada que ver con si el consentimiento ha sido explícito, implícito o ha habido un comportamiento consistente en un mero «dejar hacer», sino, exclusivamente, con si esa actitud –la que sea– de la mujer se ha adoptado, o no, dentro de un contexto de violencia o intimidación.

El caso La Manada constituyó una violación, no porque la denunciante, según los Hechos Probados recogidos en la sentencia del tribunal provincial, «no sabía cómo reaccionar y no reaccionó», ni porque «estaba en estado de shock, entonces me sometí y cualquier cosa que dijeran iba a hacerla porque es que estaba en estado de shock», ni porque «no, no hablé, no grité, no hice nada, entonces, eh ... que yo cerrara los ojos y no hiciera nada lo pueden entender como ... eh ... que estoy sometida como que no»: constituyó una violación, sólo y exclusivamente, porque que la víctima no

La regulación de la violación en el Derecho ahora derogada era correcta... su inútil derogación no ha solucionado ningún inexistente problema, sino que sólo ha creado otros tan nuevos como absurdos

hablara, ni gritara, porque que no hiciera nada, obedeció a que estaba siendo objeto de una intimidación por parte de los autores.

En cambio, si no se habla, ni se grita ni se dice nada porque en un ambiente distendido y, por así decirlo, de «buen rollo», del que está ausente cualquier clase de violencia o intimidación, una mujer permite que un amigo realice sobre ella tocamientos en sus pechos y en sus órganos genitales, estaremos, aunque aquella no haya manifestado ningún consentimiento explícito, ante unos sanos espasmos como los que suceden, por cientos de millones, todos los días y todas las noches en el mundo y en los que no se le ha perdido nada al Derecho penal. Como tampoco se le ha perdido nada al Derecho penal en la acción del marido que, al desperdarse su esposa en la cama de matrimonio, y dentro de un ambiente afectuoso, ausente de cualquier violencia o intimidación, penetra vaginalmente a su mujer, quien se limita a «dejar hacer» sin exteriorizar ningún consentimiento explícito (sin expresar verbalmente ningún «sí»).

Con la opinión que acabo de expresar, y que es de sentido común, no he descubierto la pólvora, sino que coincide con la que mantiene, desde siempre, el TS: para que exista una agresión sexual violenta o intimidatoria lo relevante no es la actitud explícita, implícita o meramente silente de la mujer, sino si esa actitud se ha manifestado en un contexto violento o intimidatorio o, por el contrario, de espontaneidad y del «buen rollo» al que me he referido anteriormente. En el mismo sentido que aquí se defiende me remito, por todas, y por ejemplo, a la doctrina establecida en la STS 480/2016, de 2 de junio, según la cual, «la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si este ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria, pues lo que determina el tipo es la actividad y actitud de aquél, no la de ésta».

«Close your eyes and think of England» (Cierra los ojos y piensa en Inglaterra). La tradición atribuye a la moral victoriana esta recomendación que las madres hacían a sus hijas antes de la noche de bodas. En esa patriarcal época victoriana, los hombres gozaban de la mayor de las libertades sexuales —muchas de ellas ejercidas en los burdeles—, mientras que a las mujeres se les consideraba poco menos que unos seres asexuados, incapaces de sentir placer sexual alguno ni, mucho menos aún, un orgasmo, que era exclusivamente un patrimonio masculino. Por ello, porque para las mujeres el acto sexual constituía un obligatorio y desagradable acontecimiento, las madres les aconsejaban que, para compensar ese penoso deber, y mientras lo cumplían, pensarán en algo placentero como la campiña y las verdes colinas de Inglaterra.

Aunque no haya sido esa en absoluto —sino todo lo contrario— la voluntad del legislador español, la imagen de la mujer que podría transmitirse con esta nueva regulación del consentimiento es la de una persona para la que el sexo constituye un acontecimiento que —porque le es, en principio, desagradable— sólo está dispuesta a acceder a practicarlo cuando manifieste, no implícita, sino explícitamente, y sin lugar a dudas, que esa es su voluntad.

En el mismo sentido que aquí ya se expresaron, en un artículo publicado en 2020, los catedráticos Elisa Hoven/Andrew Dyer al criticar una propuesta de Ley del Estado federado australiano de Nueva Gales del Sur, en la que, como en nuestra Logils, se exige el consentimiento expreso para excluir la presencia de un delito sexual violento o intimidatorio: «A la mujer se la reduce al anticuado papel de una compañera pasiva para quien la sexualidad es algo predominantemente indeseado (de facto, el silencio significa rechazo), y que, para exteriorizar su voluntad, necesita del requerimiento de un hombre. Un tipo penal... que no exige de una mujer nin-

## Aunque no haya sido la voluntad del legislador, la imagen de la mujer que podría transmitirse es la de una persona para la que el sexo constituye un acontecimiento que sólo está dispuesta a practicar cuando manifieste explícitamente y sin duda su voluntad

guna aportación comunicativa, trata a la mujer como una compañera sexual desigual y menor de edad. Esta infantilización de la mujer no es progresista, sino, en sumo grado, iliberal y conservadora».

Mi última objeción contra la regulación del consentimiento en el inciso segundo del nuevo art. 178.1 es que se trata de un precepto impracticable.

El Derecho penal está orientado a la protección de bienes jurídicos: así, por ejemplo, el homicidio protege el bien jurídico vida, el hurto, el bien jurídico propiedad, y la injuria y la calumnia, el bien jurídico honor. De tal manera ello es así que, aunque un comportamiento cumpla, formal y literalmente, la descripción de un tipo penal, no obstante no será punible, sobre la base de una elemental interpretación teleológica, si, en el caso concreto, no ha lesionado el bien jurídico que se quiere proteger con esa tipificación.

Así, por ejemplo, y antes de su regulación expresa en el art. 282 bis LECrim, la jurisprudencia del TS, a pesar de que el agente encubierto, que se había introducido en una organización criminal, formalmente había realizado el tipo de tráfico de drogas del art. 368 CP, al comprar esas sustancias para obtener pruebas contra los traficantes, no obstante nunca se consideró que había cometido un hecho delictivo; porque esa compra no se realizó para lesionar el bien jurídico de la salud pública protegido por ese delito, sino precisamente para lo contrario: para retirar esas sustancias del mercado y combatir eficazmente a quienes se dedicaban a esa actividad delictiva. De la misma manera si, como sucede frecuentemente en los despachos de abogados, un compañero o alguien del personal administrativo falsifica en un escrito la firma de un letrado con el consentimiento de éste, o, modernamente, y con el mismo consentimiento de su titular, procede a firmar digitalmente un documento, a pesar de que, formalmente, se ha cometido un delito de falsedad documental, el hecho será atípico, porque, al estar conforme el titular de la firma con que sea falsificada, o figure que ha sido él, y no otra persona, quien ha suscrito digitalmente el escrito, no se está lesionando el bien jurídico protegido por esos deli-

tos que es la seguridad del tráfico jurídico.

Volviendo ahora al consentimiento del inciso segundo del nuevo art. 178.1 CP. Tan cierto como que en ese inciso sólo se considera válido en los delitos sexuales el consentimiento expreso, quedando excluido el tácito, igual de cierto es que ese art. 178 figura dentro del Capítulo I del Título VIII del Libro II CP, y que el legislador ha decidido denominar a ese Título VIII: «Delitos contra la libertad sexual». Por ello, si la persona objeto de un acto sexual ha consentido libremente en él —aunque no lo haya hecho expresa, sino sólo tácitamente—, es imposible que quien ha practicado los actos sexuales, consentidos implícita, pero no explícitamente, pueda responder por un delito de agresión sexual intimidatoria, porque no se ha actuado contra la libertad sexual de la mujer (el bien jurídico protegido por esos delitos, como se ha encargado de identificar explícitamente el legislador), la cual ha permitido implícitamente los tocamientos sexuales o las penetraciones, sino que, por el contrario, ha ejercido voluntariamente esa libertad, tolerando esas acciones.

Para finalizar, la única referencia a la unificación que lleva a cabo la Logils entre lo que hasta ahora eran, por una parte, agresiones sexuales violentas o intimidatorias y, por otra, abusos sexuales. El nuevo art. 178 no distingue ahora entre actos sexuales sin el consentimiento de la víctima (ejecutados con violencia o intimidación) y con consentimiento de aquella, aunque viciado («abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima»), de tal manera que para el CP, después de esta reforma, ahora es lo mismo que el autor, después de propinarle dos bofetadas o de amenazarla con un cuchillo, efectúe sobre la mujer tocamientos lascivos o que cometa esos mismos tocamientos el idoloatrado y admirado profesor de 49 años que, prevaliéndose de su autoridad, los lleve a cabo sobre su abducida alumna de 18.

Como el tipo básico del art. 178 abarca ahora comportamientos tan dispares, el legislador ha tenido que establecer, para reprimirlos, un disparatado e insólito marco legal que va desde un límite mínimo de pena de multa hasta un máximo de cuatro años de prisión. Independientemente de que un marco penal de unos límites mínimo y máximo tan extremos, para castigar comportamientos de una gravedad tan diversa, podría ser inconstitucional, por vulneración del principio de proporcionalidad (cfr. STC 138/1999, de 20 de julio, caso Mesa Nacional de Herri Batasuna) no es difícil de prever que los tribunales, mayoritariamente, aplicarán las penas más graves, dentro de ese marco legal, a las agresiones sexuales violentas o intimidatorias y las más leves a aquellas conductas que hasta ahora constituían abusos sexuales. Con ello, el legislador ha abdicado de fijar taxativamente por sí mismo, y en función de las circunstancias concurrentes, la escala de gravedad de los delitos sexuales, delegando esa tarea en los tribunales con los consiguientes efectos negativos para la seguridad jurídica.

### El legislador ha abdicado de fijar taxativamente por sí mismo, y en función de las circunstancias concurrentes, la escala de gravedad de los delitos sexuales