

## COMUNICADO SOBRE LA REFORMA DE LAS AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES

1.- Ante la publicación del texto del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de Libertad Sexual y el debate suscitado en la opinión pública en torno a la posible reforma de la regulación de los **delitos sexuales**, el Grupo de Estudios de Política Criminal quiere aportar algunas ideas. No pretendemos valorar decisiones judiciales concretas. Tampoco aspiramos a analizar la reacción política y social a dichas decisiones.

En primer lugar, consideramos que el componente procesal de cualquier reforma de estos delitos es esencial. Especial importancia adquiere la articulación de respuestas en el ámbito del proceso penal que atiendan a las necesidades de las mujeres que denuncian este tipo de hechos delictivos. Hay que diseñar estrategias e instrumentos procedimentales, y consolidar prácticas y rutinas judiciales, que eviten la **victimización secundaria**. Dichas técnicas, que no deben idearse ni aplicarse a costa de los principios limitadores del derecho penal ni de las garantías probatorias, han de asegurar de modo especial que la víctima sea tratada como tal a lo largo de todo el proceso, y han de tener en cuenta en todo momento el especial contexto en el que tienen lugar las relaciones sexuales en una sociedad todavía caracterizada por la presencia de fuertes rasgos patriarcales.

Otra de las exigencias político-criminales más apremiantes es iniciar una concertada política pública encaminada a reducir la **alta cifra negra** que, todo parece indicar, se da en el ámbito de los delitos sexuales. Ello hace preciso diseñar intervenciones públicas que reduzcan el nivel de tolerancia hacia comportamientos sexuales no consentidos, que fomenten la emancipación de las víctimas del contexto patriarcal o de dominación en que se desenvuelven, que faciliten la presentación de denuncias, y que potencien una forma de proceder de los órganos de la administración de justicia penal conforme a las necesidades de una efectiva persecución de estas conductas.

2. Por lo que se refiere a las modificaciones anunciadas en el Anteproyecto y que afectan a la tipificación de estas conductas, objeto central de este comunicado, quisiéramos manifestar lo siguiente:

a.- Actualmente, los delitos contra la libertad sexual se estructuran atendiendo al medio empleado para atentar contra la libertad sexual ajena, diferenciando los atentados contra la voluntad, con consentimiento inválido, con consentimiento viciado y sin consentimiento. Además, se introducen diferencias atendiendo al tipo de acto sexual realizado. Por último, se establece un catálogo de circunstancias agravantes específicas. Es importante destacar que la actual redacción de los tipos deja claro que cualquier acto sexual no consentido es delictivo.

Pese a ello, el Anteproyecto introduce una definición legal de consentimiento que formula negativamente de modo que *“no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e*

*inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto.”*

Consideramos que la introducción de esta definición plantea algunas dificultades. En primer lugar, si exigimos que el consentimiento sexual revista una concreta forma se produce el riesgo de que se entiendan prohibidas conductas en las que hubo un consentimiento real, aunque no se ajustara a la fórmula legal, como sucede en los supuestos de consentimiento tácito o implícito. En segundo lugar, la fórmula empleada puede intensificar en algunos casos la victimización secundaria de las mujeres agredidas, pues no podría evitarse que el interrogatorio se centre en si hubo o no tales “*actos exteriores, concluyentes e inequívocos*” y si el acusado podía creer razonablemente que la otra parte mostraba con ellos “*su voluntad expresa de participar en el acto*”, para lo que habría que realizar una indagación detallada sobre el tipo de interacción y la conducta de la víctima previa y coetánea al acto sexual o sobre el modo en que la víctima suele prestar el consentimiento sexual. Por último, la Exposición de Motivos del Anteproyecto afirma literalmente que se busca cambiar la perspectiva sobre el régimen de la valoración de la prueba, lo que podría lesionar el derecho a la presunción de inocencia, que proscribe toda inversión de la carga de la prueba sobre los elementos constitutivos de la infracción penal.

Todas estas dificultades provienen, por último, de una definición innecesaria, pues la regulación actual de los delitos contra la libertad sexual ya pivota en torno al consentimiento, cumpliendo las exigencias marcadas por el Convenio de Estambul.

Por otro lado, las propuestas de equiparar los **diferentes atentados a la libertad sexual** suponen una relevante alteración de la estructura típica precedente. No compartimos la idea de que deba darse la misma respuesta a supuestos en los que el medio empleado sea distinto, equiparando, por ejemplo, la violencia a los supuestos de simple falta de consentimiento. La vigente estructura típica responde a un derecho penal atento a la diversa lesividad de las conductas, respetuoso con el principio de seguridad jurídica, y comprometido con una determinación de la responsabilidad penal ajustada a los intereses implicados y los hechos enjuiciados y, por tanto, más justa. Agresiones tiene componente lesivo sustancialmente distintos del abuso; el componente suplementario es uso de violencia e intimidación que no está presente en los abusos).

Lo anterior no impide que quepa introducir **alguna corrección** en la graduación actual que permita incluso alguna superposición parcial de marcos punitivos. Así, por ejemplo, las conductas en las que se anula la voluntad de la víctima mediante fármacos, drogas u otros medios equivalentes o se le priva de sentido pueden merecer una mayor respuesta penal.

b. En cuanto a las circunstancias específicas de agravación, es discutible el fundamento político criminal que determina la aplicabilidad automática de la primera circunstancia agravante, la comisión de los hechos por la actuación de dos o más personas. Y ello porque dicha circunstancia se proyecta sobre todos los supuestos de delito sexual, incluidos los casos de actuación sorpresiva o sobre persona privada de

sentido, cuando no hay mayor facilidad de ejecución pudiendo solaparse la mayor afección a la dignidad con la segunda circunstancia agravante, lo que lesionaría el principio *ne bis in idem*.

El agravamiento de los comportamientos sexuales no consentidos realizados en el seno de **la pareja** merece ser tomado en consideración. No obstante, debería exigirse la previa acreditación de que han tenido lugar en un contexto efectivo de dominación de género o, al menos, quedar limitado a los supuestos atentatorios a la libertad más graves. En todo caso, debe recordarse que ya existe la agravante genérica de parentesco aplicable a estos supuestos.

c. Por otra parte, cualquier reforma de los delitos sexuales debe proceder a rebajar la edad en la que los **menores** pueden consentir válidamente; la actualmente vigente de 16 años, referida a cualquier comportamiento sexual, desconoce y dificulta el proceso de aprendizaje sexual.

d. La introducción de algún **tipo atenuado facultativo** puede ser conveniente para que el juzgador atienda a supuestos de menor entidad, que hasta hace poco se resolvían en el ámbito de faltas contra el honor o la intimidad. De todos modos, la fórmula legal (basada en la “menor entidad del hecho”) es imprecisa y carente de taxatividad, lo que puede ser fuente de inseguridad jurídica y de respuestas judiciales contradictorias. En todo caso, se ha de procurar que la introducción del tipo atenuado no sirva para paliar los excesos de una regulación que se considera muy rigurosa, pues eso supondría asumir una notable inseguridad jurídica.

3. Rechazamos las propuestas que pretenden **endurecer el régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad de los delincuentes sexuales**. A tal efecto, el Anteproyecto propone condicionar la suspensión de la ejecución de las penas a la imposición imperativa de prohibiciones y deberes a la persona penada. La imposición con carácter obligatorio y sin margen alguno para la valoración de las circunstancias concretas del penado y sus necesidades puede interferir negativamente en el proceso de rehabilitación propio del sistema de penas y afectar al principio de proporcionalidad. Por otra parte, la propuesta de condicionar la realización de terapias adecuadas para la resocialización a la solicitud expresa de la víctima, puede interferir en dicho proceso de reinserción. Del mismo modo, la previsión del sometimiento a tratamiento farmacológico inhibitor del deseo sexual para los casos de concesión de permisos de salida puede provocar en la práctica que se condicione la concesión de tales permisos a la sumisión a tal tratamiento con lo que, en la práctica, dejaría de ser voluntario.

4. Entendemos que la **terminología** empleada en las descripciones típicas puede tener una cierta relevancia. Nos referimos a las propuestas de eliminar el término abuso a favor del de agresión, o de calificar como violación todas las penetraciones. Ciertamente, conviene que el lenguaje empleado se ajuste cabalmente a los hechos descritos. Pero conviene hacer dos advertencias:

a. La pretensión de acomodar los términos jurídicos al lenguaje lego, siendo positiva desde la perspectiva del efecto preventivo-comunicativo de la norma, conlleva un evidente riesgo de incorporar conceptos estigmatizadores y perder distinciones relevantes en detrimento de decisiones judiciales justas y ponderadas. Si conductas distintas tienen la misma denominación, tan “agresor sexual” será quien haya sido condenado por realizar un tocamiento puntual de menor entidad que quien haya violado a la víctima empleando violencia física, lo que puede generar efectos perniciosos tanto para la persona penada, como para el diseño de políticas preventivas.

b. La consolidación y expansión del término violación supone reforzar el protagonismo del concepto de penetración, lo que lleva a un derecho penal sexual “genitalizado” o “falocéntrico”, que arrincona lo verdaderamente importante, el atentado a la libertad sexual y sus modalidades.

5.- Creemos, por otra parte, que la respuesta penal se ha endurecido en un marco en el que las penas ya estaban sobredimensionadas tras sucesivas reformas del Código Penal. Pese a que algunas figuras delictivas ven reducidos sus límites máximos, la ampliación del catálogo de delitos, la introducción de prohibiciones y deberes preceptivos en el marco de la suspensión y la elevación de los umbrales mínimos al unificar todas las categorías de atentados contra la libertad sexual, intensifican la dureza sancionadora. Se elevan umbrales mínimos de las penas al llamarse todas agresiones, desde beso a penetración.

6.- Por último, y a nivel procesal, el Anteproyecto parece proponer la asunción por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer la competencia para la investigación de todos los delitos contra la libertad sexual y atribuir a órganos específicos la competencia para su enjuiciamiento, decisión político criminal que no aclara qué tipo de conocimientos especializados son exigibles para la investigación y enjuiciamiento de estas figuras delictivas que hacen inidóneos al resto de órganos judiciales a tal efecto y exigen recortar sus atribuciones competenciales.

7.- Respecto a la introducción de nuevos tipos penales vinculados con la prostitución nos remitimos a nuestro manifiesto que contiene la propuesta de regulación del ejercicio voluntario de la prostitución entre adultos.