

# Capítulo IV

## Derecho Penal sustantivo: la violencia sexual

Jon Mirena Landa Gorostiza

*Catedrático (acred.) de Derecho Penal UPV/EHU*

### I. INTRODUCCIÓN

La intervención penal en materia de violencia de género es un tema grave, de enorme y creciente preocupación social y política. La parte más dramática y violenta de la discriminación contra la mujer requiere, sin duda, una respuesta penal de protección. Pero cómo se tiene que articular con otras intervenciones no penales y políticas públicas: esto es, hasta dónde debe llegar el ámbito de prohibición (*ultima ratio*) y cómo de hecho, *de lege lata*, se articula, son el centro de una constante polémica e incluso zozobra cuando emergen casos de particular gravedad.

La política criminal contra la violencia de género debe, en todo caso, respetar y atender debidamente los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. En tal sentido, el denominado Convenio de Estambul<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Instrumento de ratificación del Reino de España, *BOE* de 6 de junio de 2014, n.º 137 (en vigor de forma general y para el Reino de España desde el 1 de agosto de 2014).

prevé una serie de prescripciones en materia de Derecho Penal material (Capítulo V: arts. 29-45) que se pueden dividir atendiendo al tipo de comportamiento delictivo previsto (Parte Especial) en dos bloques: uno, el que hace referencia a la violencia psicológica y física contra la mujer (arts. 33-36); y un segundo bloque que establece los parámetros de intervención en materia de violencia sexual, en un amplio sentido, que incluiría desde la agresión y abuso sexuales, la violación o el acoso sexual, hasta matrimonios forzados, mutilaciones genitales femeninas, aborto y esterilizaciones forzadas (arts. 36-40).

Este último apartado relativo a la violencia sexual es el que será objeto de consideración particular en este capítulo. Para ello se partirá de la siguiente estructura.

En primer lugar, se presentarán cuáles son los estándares sustantivos de la intervención penal en esta materia según el Convenio de Estambul para lo que será conveniente, antes de nada, contextualizar las obligaciones que dimanen de este tratado regional en el marco más amplio del Derecho internacional de los derechos humanos (apartado II).

En segundo lugar (apartado III), en el apartado más extenso, se abordará la realidad actual del estado de definición, interpretación y aplicación de los tipos penales vigentes en España con identificación de algunos aspectos positivos y negativos, fortalezas y debilidades, al respecto. Ese estudio particular de los tipos penales tendrá en consideración, cuando resulte pertinente, algunos aspectos transversales (Parte General) indicados en el propio Capítulo V del Convenio de Estambul tales como la responsabilidad civil *ex delicto*; indemnización; custodia; derecho de visita y seguridad; anulabilidad de matrimonios forzados; grados de desarrollo y participación; justificación de las conductas en atención al «honor» o consideraciones equivalentes; agravaciones de pena; adecuación y proporcionalidad de las sanciones penales (arts. 29-33; y 41-48); y, finalmente, el estudio de la prescripción (arts. 58). La amplitud de los temas, no obstante, aconseja que solo se profundice en algunas cuestiones más relevantes como puede ser el potencial de aplicación de la agravante de género y su estado, agitado, de discusión jurisprudencial y doctrinal (apartado III.5); o la eventual desaparición de la distinción entre las figuras de la agresión o el abuso sexual (apartado III.1.D). Y ello porque los cambios legislativos en ciernes<sup>2</sup> afectan también a esos aspectos esenciales que, a su vez, inciden en el cumplimiento de los estándares internacionales.

<sup>2</sup> Uno de ellos ya materializado por Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. *BOE* de 5 de junio de 2021, n.º 134, en vigor desde el 25 de junio de 2021 de conformidad con su Disposición final vigésimo quinta. El otro, todavía por materializar: *Anteproyecto de Ley Orgánica de garan-*

Presentada la situación jurídico-penal española, en el apartado final (IV), y a modo de recapitulación, se podrá llevar a cabo una suerte de balance de la situación *de lege lata* en España desde el punto de vista de su grado de cumplimiento de los estándares del Convenio con indicación de posibles evoluciones de futuro.

Todo ello desembocará en una contribución en que se deberán reflejar de forma conjunta y resumida los siguientes resultados:

- Uno: un análisis y caracterización de presente y otro prospectivo —para su mejora— del estado de configuración y aplicación de los tipos penales contra la violencia de género en España en lo que respecta a la violencia sexual en el sentido amplio indicado.
- Dos: una contribución al debate sobre la futura «Ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual» impulsada por el Gobierno de España y actualmente en fase de anteproyecto.
- Tres: un elemento de contraste y avance de lo que podrían ser elementos sustantivos susceptibles de ser integrados en futuros informes de control de GREVIO (Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica) del cumplimiento del propio Convenio de Estambul.

## II. CONVENIO DE ESTAMBUL Y VIOLENCIA SEXUAL: PUNTO DE PARTIDA

La centralidad del Convenio de Estambul como instrumento clave en la materia en el ámbito regional europeo no obsta, sino todo lo contrario, a su necesaria contextualización en el conjunto de estándares internacionales, universales, de los derechos humanos respecto de la discriminación contra las mujeres. Este contexto ayuda a calibrar y mejor interpretar los propios estándares europeos. Considerémoslos, por tanto, de manera necesariamente breve.

---

*tía integral de la libertad sexual 2020*. Disponible en internet: <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Paginas/index.aspx> [última consulta: 19-07- 2021] en su segunda versión enviada para informe del Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Económico y Social y el Consejo Fiscal y que ya contiene los cambios derivados de la fase de audiencia y de las aportaciones de Administraciones Públicas y organizaciones y asociaciones.

## 1. Derecho Internacional de los derechos humanos: ámbito universal

El Derecho Internacional de los derechos humanos es una disciplina relativamente moderna y joven<sup>3</sup> si se tiene en cuenta que establece sus bases después del cataclismo de la segunda guerra mundial con la instauración de la Organización de las Naciones Unidas mediante la aprobación de la Carta de San Francisco el 26 de junio de 1945. Es el desastre de las guerras mundiales, y particularmente la experiencia del holocausto, grabado dramáticamente a fuego en la conciencia mundial, el que jugó como precipitante de un consenso para impulsar la creación de un cuerpo normativo, jurídicamente vinculante, que pudiera idealmente controlar y estar por encima de la actuación de los Estados, al servicio de la idea de la dignidad humana universal como piedra de toque y fundante de la igualdad de derechos, inalienables, de todos los seres humanos por el mero hecho de serlo. Esa idea de un reconocimiento universal de derechos más allá de la pertenencia a una nación, etnia, religión, sexo<sup>4</sup> u otros criterios de identidad de grupo, late en el establecimiento de la propia ONU y en la posterior generación de estándares sustantivos y de garantías de cumplimiento (Declaración Universal de Derechos Humanos 1948, Pactos de Derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales 1966...) que pudieran estar más allá de los Estados que habían demostrado, trágicamente, que podían convertirse en la más potente maquinaria de destrucción masiva y sistemática, a escala industrial, de amplios sectores de la humanidad<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Por supuesto, cabe establecer precedentes a los derechos humanos como idea normativa y como sustrato de reflexión filosófica, religiosa o como pensamiento latente del humanismo enlazando así fluidamente con las corrientes históricas del derecho natural. Pero aquí se está haciendo, obviamente, referencia al derecho internacional de los derechos humanos como disciplina en sentido jurídico. SMITH, Rhona K. *International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 8th ed., 2018, p. 5 y ss.

<sup>4</sup> Como señala el propio Preámbulo de la Carta de San Francisco de 26 de junio de 1945: «Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, **en la igualdad de derechos de hombres y mujeres** y de las naciones grandes y pequeñas (...)» [resaltado en negrita nuestro].

<sup>5</sup> Surgiendo, por ello, de forma simultánea y complementaria al propio Derecho Internacional de los derechos humanos, un nuevo impulso para la disciplina del Derecho Penal Internacional que cristaliza en los juicios de Núremberg y Tokio con una nueva definición de los crímenes contra la humanidad y la creación posterior del crimen de genocidio (Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. BOE de 8 de febrero de 1969, n.º 34). El Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los derechos humanos son disciplinas que en parte se solapan y en parte se informan mutuamente en esa aspiración universal de evitar la impunidad de los grandes crímenes cometidos por los Estados y a la vez de establecer mecanismos de control sobre sus actuaciones. CASSESE, Antonio [et al.] *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 3.ª ed., 2013, p. 5 y ss.; GIL Y GIL, Alicia; MACULAN, Elena (dirs.). *Derecho Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, 2.ª ed., 2019, p. 43 y ss. y 53 ss.

Desde su nacimiento como disciplina formal, el Derecho internacional de los derechos humanos ya proclamaba la aspiración a la igualdad y correlativa prohibición de la discriminación por una serie de razones que se han ido ampliando desde entonces de forma progresiva. Así en la Declaración Universal de 1948, todavía en un contexto y con un lenguaje carentes de perspectiva de género<sup>6</sup>, se apunta a una aspiración antidiscriminatoria embrionaria<sup>7</sup> que se irá desarrollando posteriormente a través de diferentes instrumentos internacionales<sup>8</sup> hasta cristalizar en los tratados más específicos y centrados en grupos concretos como el de las mujeres. La discriminación por sexo se enfrenta, no obstante, más aún que en otros tipos de discriminación, con enormes resistencias y barreras culturales que determinan que la lucha por la igualdad avance de forma más lenta y desenfocada. Por ello, más allá de ciertos precedentes proteccionistas impulsados por organismos sectoriales como la OIT (Organización Internacional del Trabajo)<sup>9</sup> u otras ini-

<sup>6</sup> Aunque relativamente avanzado para el contexto histórico de su aprobación en los años 40 del siglo xx y en contraste con el lenguaje más marcadamente machista que informaba anteriores versiones de la propia Declaración Universal como indica SMITH, Rhona K., *International Human Rights...*, cit., p. 197. En ello tuvo un papel crucial la labor de la que llegaría a ser la Comisión sobre la condición social y jurídica de la Mujer como órgano dependiente del ECOSOC, creada en 1946 (primero como sub-comisión de la Comisión de Derechos Humanos e inmediatamente pasando a ser una Comisión dependiente del ECOSOC), y que contribuyó a un lenguaje más inclusivo oponiéndose a la equiparación de expresiones como «los hombres» como identificativo de toda la humanidad o evitando menciones como «los hombres son hermanos». Véase al respecto y para una historia en detalle de esta Comisión y su labor fundamental de impulso hasta nuestros días UN WOMEN. *A short History of the Commission on the Status of Women*, New York, United Nations, 2019, p. 4 ss. Disponible en internet <https://www.unwomen.org/-media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2019/a-short-history-of-the-csw-en.pdf?la=en&vs=1153> [última consulta: 19-07-2021].

<sup>7</sup> SMITH, Rhona K., *International Human Rights...*, cit., p. 197. Véase el Preámbulo de la Declaración Universal y el Artículo 2: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, **sexo**, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía». [resaltado en negra nuestro].

<sup>8</sup> Destaca al respecto el artículo 3 de los Pactos Internacionales de 1966 tanto en la esfera de los derechos civiles y políticos («Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.») como en la de los derechos económicos, sociales y culturales («Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.»).

<sup>9</sup> Véanse las Convenciones número 3 y 4 (1919) relativas, respectivamente, a la protección de la maternidad y al trabajo nocturno de las mujeres que, bienintencionadas, sin embargo, adolecen de una clara orientación paternalista.

ciativas también sectoriales relevantes<sup>10</sup>, habrá que esperar hasta la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la mujer de 1967<sup>11</sup> como el punto de arranque que allana el camino para la Convención clave y central de referencia universal en esta materia: la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer de 1979<sup>12</sup>.

Aprobada la mencionada Declaración de 1967, la Comisión sobre la condición jurídica y social de la Mujer de Naciones Unidas impulsará la confección de una Convención internacional mandatada para ello por el Secretario General de la ONU. A la vez que se establecía en 1974 un grupo de trabajo a tales efectos en el propio ECOSOC, se declara 1975 como año internacional de las mujeres, se celebra la primera Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer y, a partir de 1976 y hasta 1985 se inaugura el Decenio de Naciones Unidas para la mujer. Todo este impulso acabó dando frutos con la aprobación de la Convención de 1979<sup>13</sup>.

Más allá de que la Convención de 1979 no contuviera específicamente obligaciones expresas de incriminación a diferencia de otras Convenciones antidiscriminatorias<sup>14</sup>, su verdadera fuerza y capacidad de tracción en términos de promoción de estándares sustantivos tiene que ver con su carác-

<sup>10</sup> Así la Convención sobre los derechos políticos de las mujeres de 20 de diciembre de 1952 que, como expresa en su preámbulo persigue «(...) poner en práctica el principio de la igualdad de derechos de hombres y mujeres, enunciado en la Carta de Naciones Unidas, (...)». Dicho instrumento seguía cronológicamente a otro previamente aprobado también por la Asamblea General de Naciones Unidas: Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 2 de diciembre de 1949. Son Convenios de ámbito universal, pero de proyección sectorial en su objeto regulativo.

<sup>11</sup> Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer de 7 de noviembre de 1967 proclamada por Resolución de la Asamblea General 2263 (XXII).

<sup>12</sup> Resolución 34/180, de la Asamblea General de 18 de diciembre de 1979. Instrumento de ratificación de 16 de diciembre de 1983 (entrando en vigor en España el 4 de febrero de 1984) *BOE* de 21 de marzo de 1984, n.º 69 (en adelante Convención de 1979). FREEMAN, Marsha A.; CHINKIN, Christine; RUDOLF, Beate (ed.). *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2012, *passim*.

<sup>13</sup> SMITH, Rhona K., *International Human Rights...*, cit., p. 199; FREEMAN, Marsha A.; CHINKIN, Christine; RUDOLF, Beate (ed.). *The UN Convention on the Elimination...*, cit., p. 3 ss.

<sup>14</sup> Destaca, por contraste, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965 que en su artículo 4 prescribe: «Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente

ter global en la aproximación a todas las formas de discriminación contra la mujer y su diseño como uno de los tratados internacionales monitorizados del núcleo duro del derecho internacional de los derechos humanos<sup>15</sup>. Son instrumentos que implican a través del trabajo de los correspondientes Comités de control un nivel más acusado y sofisticado de escrutinio. En el caso de la Convención de 1979 es el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer el que ha ido desarrollando y consolidando los estándares sustantivos de orientación a través del diálogo permanente con los Estados mediante el sistema de informes periódicos<sup>16</sup>, la emisión de recomendaciones generales<sup>17</sup> y, también, con el análisis de las comunicacio-

enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

- a) Declararán como **acto punible** conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación.
- b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un **delito penado por la ley**.
- c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.» [resaltado en negrita nuestro].

Véase sobre el alcance de esta obligación *sui generis* de incriminación penal LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *La intervención penal frente a la xenofobia (Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código penal)*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2000, p. 79 ss.; y más recientemente LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 22-19, 2020, p. 5 ss., con ulteriores referencias.

<sup>15</sup> Entre los que cuentan, según pacífica doctrina, los siguientes nueve instrumentos y sus correspondientes Comités de control: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial 1965; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer 1979; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño 1989; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares 1990; la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas 2006; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006.

<sup>16</sup> En el caso de España se han presentado y analizado por el Comité 8 informes periódicos (el último, de forma acumulada para el séptimo y octavo, en 2015: Véanse al respecto las *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España*, CEDAW/C/ESP/CO/7-8 de 29 de julio de 2015). El noveno será discutido en sesión a celebrar entre el 21 de junio y el 9 de julio de 2021.

<sup>17</sup> De particular importancia en este trabajo la Recomendación general n.º 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general n.º 19 (1992), de 2017 (CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017).

nes e impulso de investigaciones al amparo del Protocolo Facultativo de la Convención<sup>18</sup>.

## 2. El ámbito regional europeo

Hemos indicado que la Convención de 1979 no contiene, de partida, obligaciones expresas de criminalización. Su evolución interpretativa y aplicativa, así como la del conjunto de mecanismos extra-convencionales<sup>19</sup>, sin embargo, han ido generando y preparando el terreno para que cristalicen de forma progresiva líneas de orientación de política criminal<sup>20</sup> que enlazan fluidamente con los estándares propios del ámbito regional europeo y su instrumento primordial al respecto: el Convenio de Estambul. Es este último Convenio el que definitivamente materializa, y en el que cristaliza<sup>21</sup>,

<sup>18</sup> Que autoriza la presentación de dichas comunicaciones («denuncias») y la apertura de investigaciones por la violación de derechos humanos de la mujer y que fue adoptado por el Reino de España entrando en vigor en España el 6 de octubre de 2001 mediante Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecho en Nueva York el 6 de octubre de 1999. *BOE* de 9 de agosto de 2001, n.º 190.

<sup>19</sup> Los mecanismos extraconvencionales para promover el cumplimiento de los estándares de derechos humanos de las mujeres se articulan fundamentalmente en torno al trabajo ya mencionado de impulso protagonizado por la Comisión sobre la condición jurídica y social de la mujer. Uno de los instrumentos esenciales en tal empeño ha sido la organización de diferentes Conferencias Mundiales (México 1975; Copenhague 1980; Nairobi 1985) pero en particular la celebrada en Beijing en 1995 que por la profundidad en la revisión de los retos pendientes para alcanzar la igualdad de derechos, por el número de Estados participantes (189) y de organizaciones no gubernamentales (30.000) se ha convertido en la referencia, autoritativa y de contenidos, en la verdadera hoja de ruta hasta la fecha. Precisamente la Comisión sobre la condición jurídica y social de la mujer ha sido el órgano mandatado para hacer seguimiento y asesorar a los Estados respecto de los compromisos adquiridos en la conocida Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. SMITH, Rhona K., *International Human Rights...*, cit., pp. 201, 202 y 388.

<sup>20</sup> Por su importancia, y como botón de muestra, debe destacarse en el nivel universal, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 20 de diciembre de 1993 aprobada por la Resolución 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/48/104, de 23 de febrero de 1994) que indica, entre otros aspectos, en su artículo 4: «Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer. Con este fin, deberán: (...) d) Establecer, en la legislación nacional, **sanciones penales**, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; (...)» [resaltado en negrita nuestro].

<sup>21</sup> Así ya significativamente a partir de la Recomendación General n.º 19 (1992) (CEDAW A/47/38) que acaba por permear tanto la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 20 de diciembre de 1993 como la propia Declaración y Programa de Acción de Viena (1993) y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995) de Naciones Unidas. Y en el plano regional europeo a partir de la Recomendación (2002)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección de la mujer contra la violencia. Véase, en ese sen-

una elevación del estándar, un cambio de paradigma, incorporando expresamente obligaciones de incriminación dentro de un marco de actuación que parte ya de una mayor concreción y un foco más preciso que el representado por la aproximación meramente antidiscriminatoria, aunque sin renunciar a ella. Con otras palabras, es ahora ya, en este instrumento europeo, la violencia el concepto central sobre el que se visibiliza de forma más nítida su naturaleza de grave —y estructural— violación de los derechos humanos respecto de la que debe configurarse un programa preventivo y de intervención —también penal— de mucho mayor calado.

El Convenio de Estambul supera, en cierto modo, una visión biologicista basada en el sexo y la sustituye por un diagnóstico más sociológico, profundo y atinado en el que el punto de partida es la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres y su carácter de manifestación directa de la relación histórica de desigualdad entre hombres y mujeres<sup>22</sup>. La violencia es a la vez manifestación e instrumento activo de consolidación de la desigualdad radical y estructural y se constituye así en la piedra de toque de un nuevo paradigma de abordaje. Su gravedad, como corolario, va a demandar ya sin ambages intervención penal y, al mismo tiempo, revela ya con total nitidez que se trata de una violación de derechos humanos de la máxima gravedad<sup>23</sup>.

---

tido, la relación de hitos tanto en el plano universal como regional europeo que conforman los antecedentes según el comentario al Preámbulo de la Convención, en «Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence», *Council of Europe Treaty Series - No. 210*, p. 28.

<sup>22</sup> «Explanatory Report...», cit., párrafo 25.

<sup>23</sup> Excede el marco de esta contribución un análisis en profundidad del diagnóstico subyacente pero, en todo caso, resulta significativo el carácter holístico y omnicompreensivo del que parte el Convenio respecto de las consecuencias dramáticas de las diversas manifestaciones y repercusiones de la violencia que es contra las mujeres pero que son «violencias», en plural, omnipresentes en la vida privada o pública; contra mujeres adultas o niñas; durante la paz o como instrumento de guerra; en formas extremas y específicas como la trata, la explotación o el abuso sexual, pero también difusas y culturalmente arraigadas como «lluvia» fina que demandará políticas preventivas, educativas, tuitivas de protección de las víctimas, de intervención penal, etcétera. Así, como botón de muestra, en el mismo preámbulo del Convenio se reconoce «(...) con profunda preocupación que las mujeres y niñas se exponen a menudo a formas graves de violencia como la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzoso, los crímenes cometidos supuestamente en nombre del «honor» y las mutilaciones genitales, que constituyen una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas y un obstáculo fundamental para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres; (...)»; y también la realidad de «(...) las violaciones constantes de los derechos humanos en situación de conflictos armados que afectan a la población civil, y en particular a las mujeres, en forma de violaciones y de violencias sexuales generalizadas o sistemáticas y el aumento potencial de la violencia basada en el género tanto durante como después de los conflictos;». Son declaraciones que establecen un puente de enlace fluido entre conductas delictivas normalmente sujetas al Derecho Penal doméstico y aquellas más propias del Derecho Penal internacional en un visión global e integral de su enorme gravedad.

Por ello el propio artículo 3 del Convenio de Estambul define la «violencia contra la mujer», simultáneamente, como una violación de los derechos humanos y, al mismo tiempo, como una forma de discriminación contra las mujeres. Se seleccionan aquellas conductas discriminatorias que por su materialización violenta configuran un núcleo de gravedad más definido. Queda así indicado y normativamente asentado el nuevo marco conceptual y su enlace con el paradigma antidiscriminatorio propio de la Convención de 1979<sup>24</sup>. Como una nueva síntesis que acoge en su seno una estrategia antidiscriminatoria más general que se eleva y sublima en un nuevo paradigma. La violencia contra la mujer es ahora la denominación que engloba el conjunto y que, a modo de definición auténtica en el propio artículo 1 (apartados «a», «b» y «d») consiste en una acción basada en razones de género: a saber, se identifica a partir de «(...) los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres». La violencia de género como punto de referencia del Convenio de Estambul va a ser, sin embargo, aquella que se dirige contra la mujer «(...) porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada».

La caracterización y definición de la violencia contra la mujer, más allá de sus dificultades para una delimitación conceptual unívoca del fenómeno<sup>25</sup>, añade además una distinción y referencia precisa a una modalidad particular de esa misma violencia: se trata de la violencia doméstica. Es otro de los puntos clave de definición que incorpora el Convenio de Estambul delimitando así ese sub-sistema de la violencia en atención a que esta se produzca «(...) en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio de la víctima» (art. 1, apartado b).

<sup>24</sup> «Explanatory Report...», cit., párrafo 40.

<sup>25</sup> La literatura es inabarcable en la medida que es un punto nodal de reflejo de las diversas corrientes feministas. Queda, en todo caso, fuera del ámbito de esta contribución terciar en el mismo. Véase, sin ánimo de exhaustividad, para una sugerente introducción crítica (que compartimos) al debate, por todas, ORTUBAY FUENTES, Miren. «¿Sentencias con perspectiva de género? Así no, gracias», en OTAZUA ZABALA, Goizeder; GUTIERREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander (dirs.). *Justicia en clave feminista. Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2021, p. 123 y ss. (con ulteriores referencias); también ASUA BATARRITA, Adela. «Ni impunidad ni punitivismo. Sinrazones de la actual interpretación de la agravante por razón de género del artículo 22.4 del Código Penal», en OTAZUA ZABALA, Goizeder; GUTIERREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander (dirs.). *Justicia en clave feminista. Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2021, p. 156 y ss.

Violencia contra la mujer por razones de género o violencia doméstica en particular debe, en todo caso, concretarse en comportamientos que, según el artículo 1 (apartados «a» y «b»), implicarán actos que puedan provocar «(...) para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada».

En resumen, la definición señala en sus elementos algunas claves esenciales sobre las que pivotarán las diferentes líneas de política criminal que subyacerán en el bloque sustantivo del Convenio (Capítulo V, artículos 29-48). Y es que la violencia apunta a diferentes tipos o acciones (violencia física, sexual, psicológica...) en la medida en que tengan encajen en un contexto de género (violencia contra la mujer por el hecho de serlo o porque le afecte de forma desproporcionada) tanto que se cometan en el ámbito doméstico como fuera del mismo.

A partir de esas tres claves (acción, contexto y ámbito) se pueden rastrear y ordenar de forma sintética las propuestas del derecho material del Convenio. En concreto, en lo que respecta a esta contribución, las conductas o acciones sobre las que se dan orientaciones materiales, jurídico-penales, serían las siguientes: en primer lugar, como figuras más generales, las relativas a la violencia sexual (incluida la violación)<sup>26</sup> y el acoso sexual<sup>27</sup>; y, en segundo lugar, las relativas a fenómenos más particulares como las mu-

---

<sup>26</sup> Artículo 36. Violencia sexual, incluida la violación.

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.

<sup>27</sup> Artículo 40. Acoso sexual.

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales.

tilaciones genitales femeninas<sup>28</sup>; el aborto y la esterilización forzosos<sup>29</sup>; y los matrimonios forzados<sup>30</sup>.

Comenzando por las conductas más generales de violencia sexual las indicaciones pivotan sobre cuatro líneas fundamentales: una, la ausencia de consentimiento que se constituye así en el elemento clave que determinará la relevancia jurídico-penal. No hay una concreción completa de cómo deba entenderse dicho consentimiento más allá de que deba ser libre y voluntario a la luz de las circunstancias<sup>31</sup>. Como segunda indicación, hay también una referencia estructural a que las conductas, todas ellas, tengan una suerte de «carácter sexual». En tercer lugar, hay una referencia a las conductas en términos relativamente concretos respecto de la violación (penetración vaginal, anal u oral del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto) pero muy general, sin embargo, respecto del resto de actos («los demás») de carácter sexual<sup>32</sup> que, se supone, descienden desde aquella violación no consentida hasta conductas de acoso (comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico violatorio de la dignidad humana) como escalón inferior de tipificación que, en cualquier caso, no necesariamente deben ser perseguidos por la vía

<sup>28</sup> Artículo 38. Mutilaciones genitales femeninas.  
Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa de modo intencionado:

- a) La escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clítoris de una mujer;
- b) El hecho de obligar a una mujer a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin;
- c) El hecho de incitar u obligar a una niña a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin.

<sup>29</sup> Artículo 39. Aborto y esterilización forzosos.  
Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa de modo intencionado:

- a) La práctica de un aborto a una mujer sin su consentimiento previo e informado;
- b) El hecho de practicar una intervención quirúrgica que tenga por objeto o por resultado poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento.

<sup>30</sup> Artículo 37. Matrimonios forzosos.

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de obligar a un adulto o un menor a contraer matrimonio.
2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de engañar a un adulto o un menor para llevarlo al territorio de una Parte o de un Estado distinto a aquel en el que reside con la intención de obligarlo a contraer matrimonio.

<sup>31</sup> «Explanatory Report...», cit., párrafos 190 y 193.

<sup>32</sup> *Ibidem*, párrafo 190.

penal<sup>33</sup>. Por último, la cuarta y última línea general de orientación político-criminal de este tipo de conductas contra la libertad sexual apunta a dos constelaciones de casos particulares y relativos a los sujetos participantes en la conducta sexual: una, sobre la necesidad de que el ámbito de prohibición se extienda también a conductas en que el perpetrador no lleva a cabo las conductas de propia mano sino que facilita que sea un tercero el que mantenga los actos sexuales con la víctima después de obligar a esta a prestárselos a aquella; y, dos, una mención expresa a la inclusión también en el tipo penal de conductas llevadas a cabo por el cónyuge o parejas de hecho antiguos o actuales<sup>34</sup>.

Las conductas más de tipo sectorial incluyen, en primer lugar, la obligación de tipificación de los matrimonios forzados sobre una doble base: por una parte, la prohibición de la coacción para celebrar el matrimonio en el propio país de que se trate, pero también, por otra parte, la extensión de la norma penal a casos en que mediante engaño se atrae a la víctima a otro país para instrumentar allí esa coacción<sup>35</sup>. En segundo lugar, la prohibición de la mutilación genital femenina intencional se concentra en una descripción clara de qué debe entenderse por mutilación de conformidad con los criterios de la Organización Mundial de la Salud (escisión o infibulación de labios mayores o menores, clítoris, etc.) y de la extensión a ciertos tipos de participación punible (obligar, incitar, facilitar medios...) según se trate de víctimas adultas o menores<sup>36</sup>. Por último, se dan orientaciones respecto del aborto y la esterilización forzosa con indicaciones, que como en el caso de la mutilación genital, rompen con la neutralidad de género en materia penal. En el centro de esta línea de política criminal se sitúan los derechos reproductivos de la mujer y por ello se establecen obligaciones de criminalización que no respeten el acto libre con pleno y previo consentimiento informado de la víctima<sup>37</sup>.

Llegados a este punto, parece indiscutible que el Convenio de Estambul incorpora obligaciones positivas de incriminación con una claridad y decisión que no tiene parangón en otros mecanismos convencionales de ámbito universal. Esas obligaciones de incriminación, sin embargo, no tienen un contenido absolutamente determinado, sino que ofrecen un margen de manobra en el que se establecen algunos mínimos —existencia de prohibiciones penales en los aspectos nucleares de conductas violentas de género— pero

---

<sup>33</sup> «Explanatory Report...», cit., párrafos 207, 208 y 209.

<sup>34</sup> *Ibidem*, párrafos 190 y 194.

<sup>35</sup> *Ibidem*, párrafos 195 a 197.

<sup>36</sup> *Ibidem*, párrafos 198 a 202.

<sup>37</sup> *Ibidem*, párrafos 206 y 203 a 205.

un amplio espacio para que se canalice una u otra política criminal por parte de los Estados miembros<sup>38</sup>.

Por ello a continuación vamos a exponer el estado de la normativa jurídico-penal española en la materia desde la óptica del cumplimiento de las obligaciones internacionales de incriminación indicadas.

### III. VIOLENCIA SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995<sup>39</sup>

El objetivo de este apartado es presentar de forma sintética la caracterización de la política criminal vigente en España en lo que respecta a la violencia sexual contra las mujeres, pero atendiendo únicamente a los aspectos más relevantes ya avanzados (véase *supra* apartado II) que quedan afectados por el estándar de incriminación cristalizado en el Convenio de Estambul.

Para ello, en concreto, se abordarán cinco apartados: una primera presentación más global de los delitos contra la libertad sexual *stricto sensu* (art. 178 ss. CP); un segundo, tercero y cuarto apartados sobre los temas sectoriales relativos, respectivamente, a los matrimonios forzados; mutilación genital femenina y aborto; y esterilización forzosa; y, finalmente, un aspecto más transversal, de creciente importancia y sometido en la actualidad a una intensa discusión doctrinal y jurisprudencial, relativo a la posibilidad y oportunidad de agravar por razones de género todo tipo de delitos base, incluidos todos los aquí previamente analizados (art. 22.4.º CP).

<sup>38</sup> Véase en tal sentido DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel; TRAPERO BARREALES, María A. «Reforma delitos sexuales y Convenio de Estambul», en PÉREZ MANZANO, Mercedes (coord.) *et al. Estudios en Homenaje a la Profesora Susana Huerta Tocildo*. Facultad de Derecho UCM, Madrid, 2020, p. 233 y *passim*.

<sup>39</sup> Este apartado se ha beneficiado de las reflexiones y trabajo conjunto de los miembros de la Cátedra Unesco de Derechos Humanos y Poderes Públicos de la Universidad del País Vasco UPV/EHU (Prof. Dra. Enara Garro y los investigadores Mikel Anderez, Bertha Gaztelumendi, Iñigo Gordon, Uxue Martín, y Lore Mendizabal) que dieron lugar a dos trabajos inéditos encargados por Emakunde (Instituto Vasco de la Mujer): a saber, LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena; GARRO CARRERA, Enara. *Informe del Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual 2020*, elaborado por encargo de Emakunde. Instituto Vasco de la mujer, 15 julio 2020, pp. 1-37 (inédito); y LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena (dir.); GARRO CARRERA, Enara (coord.). *La violencia de género y los delitos de odio por razón de género*, elaborado por encargo de Emakunde. Instituto Vasco de la mujer, octubre de 2020, pp. 1-52 (inédito). Véase también respecto de la intersección entre protección penal frente a la violencia de género y los delitos de odio LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena (dir.); GARRO CARRERA, Enara (coord.). *Informe de delitos de odio de Euskadi 2019*, Departamento de Seguridad (Gobierno Vasco), Vitoria-Gasteiz/Leioa, marzo de 2020, p. 87 y ss.

## 1. Delitos contra la libertad sexual *stricto sensu*

El Título VIII del Código penal vigente hace mención a la libertad y la indemnidad sexuales como referencias centrales sobre las que articular los bienes jurídicos a proteger: a saber, libertad de autodeterminación sexual para las personas adultas en primer término; pero también indemnidad sexual para aquellos casos en que la ausencia o limitación de la capacidad de consentimiento (libre) desplaza el sentido de tutela hacia la necesidad de proteger a las personas para evitar que puedan verse inmiscuidas contra su voluntad en contextos sexuales que les resulten perjudiciales<sup>40</sup>.

Partiendo de esa premisa el Título queda estructurado en siete bloques principales de los que los tres primeros<sup>41</sup> se aplican a la regulación de las prohibiciones más graves atinentes a las agresiones y abusos sexuales separando, a su vez, las previsiones que afecten a los ataques contra los adultos (Capítulos I y II del Título VIII) de las destinadas a tutelar a menores de dieciséis años (Capítulo II *bis*). La distinta capacidad de consentimiento, por tanto, subyace a la delimitación sistemática de los tipos penales que pasa, a su vez, por otra clave esencial: la distinción entre agresión y abuso en función de que, con base en el distinto grado de gravedad, el ataque a la libertad sexual se produzca acompañado de violencia o intimidación o ambas estén ausentes. Esta división taxativa entre agresión y abuso es precisamente el punto de controversia que alimenta la posibilidad de una reforma legislativa<sup>42</sup> a raíz del conocido como «caso de La Manada»<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. «Tema 6. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.) RAGUÉS I VALLÉS, Ramón (coord.). *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 6.ª ed., 2019, pp. 129 y 130.

<sup>41</sup> Del cuarto bloque (Capítulo III. Del acoso sexual) nos ocuparemos más adelante (apartado III.1.e) mientras que las previsiones relativas tanto al resto de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (Capítulo IV), prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (Capítulo V) como las que se refieren a normas comunes a todo el Título VIII (Capítulo VI) no serán objeto de consideración salvo excepciones (por ejemplo, dando noticia de algunos cambios esenciales incluidos por la recién aprobada Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia) por razones de limitación del formato de esta contribución.

<sup>42</sup> El 3 de marzo de 2020 fue aprobado por el Consejo de Ministros del Gobierno de España el inicio de la tramitación del *Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual 2020*. Disponible en internet: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/030320-enlace-mujeres.aspx> [última consulta 19-07-2021].

<sup>43</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2018, de 20 de marzo, que condena en primera instancia por abuso sexual con prevalimiento, negando una calificación más grave por intimidación, en un caso de penetración múltiple a una única víctima (de 18 años y bajo los efectos del alcohol) llevada a un portal de madrugada durante las fiestas de San Fermín por varios autores (hombres adultos) que actuaron en grupo. La posterior Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019, de 4 de julio, corrigió en casación la calificación jurídica a una más grave de agresión sexual (violación). Véase, por todos, FARALDO CABANA, Pa-

## A) AGRESIÓN SEXUAL

La agresión sexual, más allá de la concurrencia de violencia o intimidación, se define en su tipo básico por un «atentado» contra la libertad sexual lo que implica el forzamiento de la voluntad del sujeto pasivo del delito que deberá soportar un comportamiento de naturaleza sexual. La jurisprudencia identifica sin problemas algunos supuestos como de naturaleza sexual en una amplia gama de constelaciones de casos en los que el sujeto activo impone violenta o intimidatoriamente conductas sobre la víctima que implican la zona genital, besos, tocamientos en los glúteos, senos, etc. Pero ello supone solo un núcleo de comportamientos prohibidos que no agotan el ámbito de prohibición que no precisa necesariamente de contacto sexual con el sujeto activo (así, por ejemplo, en el caso de obligar a un comportamiento sexual con un tercero o consigo mismo<sup>44</sup>) y puede ir más allá de las zonas genitales aludidas. Pero qué sea sexual en términos objetivos o intersubjetivos puede que entre en zonas de penumbra según nos alejamos de las zonas genitales o de comportamientos sociales indubitadamente aceptados como tales. En casos dudosos hay cierta jurisprudencia que se vale del ánimo libidinoso o lascivo para afirmar el carácter sexual del acto, aunque otras corrientes de la propia jurisprudencia y doctrina niegan, por el contrario, que ese recurso interpretativo de utilizar el filtro adicional de elementos subjetivos sea adecuado, legítimo o conveniente<sup>45</sup>.

tricia (dir.); ACALE SÁNCHEZ, María (dir.); RODRÍGUEZ LÓPEZ, Silvia (coord.); FUENTES LOUREIRO, María Ángeles (coord.). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, *passim*.

<sup>44</sup> En un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo se ha reconocido como agresión sexual con intimidación la producida por medio de las redes sociales y por tanto sin contacto físico alguno. Se trata de un supuesto en el que, en casación, se revisa una tipificación de los hechos que acaba por considerarse propiamente como agresión sexual elevando la condena a 5 años y 4 meses (en vez de 2 años y 9 meses por corrupción de menores) en el caso de un hombre que intimidó a una menor a través de las redes sociales exigiéndole que le enviase fotografías y vídeos de ella con contenido sexual, y amenazándola, si no lo hacía, con publicar los archivos que ya le había enviado en Tuenti. Se aduce que la ausencia de contacto e intermediación por la distancia física entre victimario y víctima no desnaturaliza los requisitos de la agresión sexual puesto que mediante intimidación se atenta contra la libertad sexual de la víctima en un escenario, el de las redes sociales, con mayor impacto nocivo y duradero. Las imágenes grabadas eran de carácter pornográfico de una menor tocándose su propio cuerpo, grabadas por ella misma, a consecuencia de la intimidación que el autor desplegó *on line*. Según el Tribunal Supremo (ponente el magistrado Javier Hernández García) el tipo no exige que el agresor realice los actos directa y físicamente sobre la víctima. *Vid.* DIARIO LA LEY (*on line*) de 11 de junio de 2021. «El TS tipifica como agresión sexual la obtención de vídeos sexuales de una menor bajo intimidación en las redes sociales en línea» <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDAyNLc0t7RUK0stKs7Mz7M1AooYmBkYggQyOypd8pNDKgtSbdMSc4pTafBI6Pc1AAAAWKE> [última consulta: 19-07-2021].

<sup>45</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal...*, cit., p. 206 y ss.; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. «Tema 6. Delitos contra la libertad...», cit., p. 131 y ss.

Otro aspecto fundamental en el que se ha producido una evolución interpretativa satisfactoria en la línea de lo exigido por el propio Convenio de Estambul<sup>46</sup> ha sido, sin duda, el atinente a la falta de relevancia de la resistencia del sujeto pasivo del delito a efectos de su consideración como agresión sexual. Aspecto que entronca con la dinámica comisiva del atentado sexual con violencia o intimidación. Y es que, en efecto, que la resistencia pueda resultar en un caso concreto como elemento de prueba para determinar la actuación violenta o intimidatoria no puede querer decir, de ninguna de las maneras, que sin resistencia no hay agresión como si esta fuera un elemento más del tipo. De ser interpretado como una exigencia, ha pasado a prescindirse de la misma y comprender que la conducta de la víctima ante la agresión puede ser muy diversa y que lo relevante es la aplicación de una fuerza física o de una amenaza eficaz en función del contexto<sup>47</sup>. La violencia y la intimidación son, en todo caso, conceptos diferenciables en el ámbito teórico, pero en la dinámica comisiva pueden perfectamente confluir por cuanto la vis física puede iniciar, finalizar o simultanear una conducta de agresión sexual. Una consideración aislada de la resistencia y, menos aún, desconectada del contexto de la propia dinámica comisiva, funcionó en el pasado como un elemento que distorsionaba la verdadera gravedad del injusto típico. Lo verdaderamente relevante es que cuando a la agresión sexual no consentida se une una aplicación efectiva de violencia o de intimidación la gravedad de la conducta, el injusto, se incrementa y a captar esa mayor lesión del bien jurídico debe ir el esfuerzo interpretativo más allá de una visión mecánico-formal de adición de elementos.

La gravedad de la agresión sexual admite niveles muy diferenciados que, según el marco legal, conlleva agravaciones del castigo, algunas de gran severidad. El caso arquetípico de agresión sexual cualificada es la violación que según el propio artículo 179 CP eleva la pena desde el tipo base (de uno a cinco años) hasta la pena abstracta de seis a doce años de prisión. La violación consiste según el tenor literal de la ley en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. La violación, por supuesto, incluye los supuestos en los que el sujeto activo y pasivo son los cónyuges<sup>48</sup> tal y como indica el artículo 36.3 del Convenio de Estambul. La diferencia entre una

<sup>46</sup> En cuyo Informe explicativo ya se hace referencia a la necesidad de superar interpretaciones respecto de la resistencia que asuman la filosofía de las obligaciones positivas establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Vid.* «Explanatory Report...», cit., párrafo 191.

<sup>47</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal...*, cit., p. 208.

<sup>48</sup> RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. «Tema 6. Delitos contra la libertad...», cit., p. 135.

tentativa de violación y una agresión sexual básica consumada, no obstante, puede resultar muy difícil de precisar<sup>49</sup>.

La violación, en todo caso, no es el único tipo cualificado. Según el artículo 180 CP, en la línea del artículo 46 del Convenio de Estambul<sup>50</sup>, cabe agravar el castigo tanto del tipo básico de agresión sexual violenta o intimidatoria como la propia violación dando lugar, entonces, a tipos hipercualificados. Las circunstancias que precipitan los incrementos punitivos son el carácter particularmente degradante o vejatorio de la violencia o intimidación; el que la actuación sea conjunta de dos o más personas; el que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de la edad, enfermedad, discapacidad o situación; que se produzca prevalimiento de una relación de superioridad o parentesco; o, finalmente, que se utilicen armas u otros medios igualmente peligrosos idóneos para producir la muerte o lesiones graves. La concurrencia de cada circunstancia eleva la pena del tipo básico a prisión de cinco a diez años y, en el caso de la violación, de doce a quince. Pero si, en vez de concurrir una sola, son dos o más, las penas indicadas se impondrán en su mitad superior.

## B) ABUSO SEXUAL

Desde que entrara en vigor el Código penal de 1995 se ha venido distinguiendo entre delitos de agresión sexual y delitos de abuso sexual como

<sup>49</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal...*, cit., p. 210.

<sup>50</sup> Artículo 46. Circunstancias agravantes:

«Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, de conformidad con las disposiciones aplicables de su derecho interno, puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio:

- a) Que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que haya abusado de su autoridad;
- b) Que el delito, o los delitos emparentados, se haya cometido de forma reiterada;
- c) Que el delito se haya cometido contra una persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad por la concurrencia de particulares circunstancias;
- d) Que el delito se haya cometido contra o en presencia de un menor;
- e) Que el delito se haya cometido por dos o más personas actuando conjuntamente;
- f) Que el delito haya sido precedido o se haya acompañado de una violencia de extrema gravedad;
- g) Que el delito se haya cometido utilizando o amenazando con un arma;
- h) Que el delito haya provocado graves daños físicos o psicológicos a la víctima.
- i) Que el autor haya sido condenado anteriormente por hechos de similar naturaleza».

Así también lo da por cumplido DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel; TRAPERO BARREALES, María A. «Reforma delitos sexuales...», cit., p. 233.

una de las claves de bóveda de este sector de criminalidad. La diferencia fundamental entre ambos reside en que en la agresión sexual es preceptivo que el ataque contra la libertad sexual se produzca mediando violencia o intimidación, mientras que el abuso sexual se caracteriza por ser una conducta en la que se involucra a la víctima en un contexto sexual sin su consentimiento o con consentimiento viciado, pero sin mediar los citados elementos de violencia o intimidación. Estas dos vías paralelas se han mantenido, en buena medida, sobre la asunción de que la concurrencia de la violencia y la intimidación en un delito sexual suponen una afectación más intensa de la libertad sexual<sup>51</sup>, objeto de tutela o bien jurídico que el legislador busca preservar mediante el castigo de estas conductas. En otras palabras, se ha venido entendiendo que, en caso de mediar violencia o intimidación, la conducta sería más grave o disvaliosa<sup>52</sup>, lo que ameritaría no solo una pena mayor (de uno a cinco años de pena de prisión en la agresión sexual, frente a la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses en caso del abuso sexual), sino también justificaría, en sí mismo, la previsión de dos delitos diferenciados<sup>53</sup>.

En caso del abuso sexual, el Código penal dispone que se considerarán abusos sexuales no consentidos los que se realicen contra personas privadas de sentido, abusando de su trastorno mental o anulando la voluntad de la víctima a través del uso de drogas u otras sustancias. También se considerarán abusos aquellos supuestos en los que el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. En todos los casos, una mayor intensidad del contacto corporal (acceso carnal, introducción de objetos) conllevará la imposición de una pena más grave, como también lo hará el abuso de una víctima especialmente vulnerable, o el aprovechamiento, por parte del responsable, de una relación de superioridad o de parentesco con la víctima.

### C) AGRESIÓN Y ABUSO SEXUAL A MENORES DE 16 AÑOS

La regulación de agresión y abusos sexuales fue modificada en el año 2010 (LO 5/2010, de 22 de junio) y 2015 (LO 1/2015, de 30 de marzo) creándose

<sup>51</sup> CARUSO FONTÁN, Viviana. «¿Solo sí es sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», *Diario La Ley*, n.º 9594, 2020, p. 5 y ss.

<sup>52</sup> *Vid.* críticamente, FARALDO CABANA, Patricia. «Hacia una reforma de los delitos sexuales...», cit., p. 274.

<sup>53</sup> *Vid.* GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. «Solo sí es sí», *El Mundo*, 25 de abril 2020, quien se refiere a esos dos mismos conceptos de violencia e intimidación para establecer penas más o menos graves o calificaciones jurídicas diferenciadas según concurran o no en la ejecución del delito, tal y como ocurre, por ejemplo, en el ámbito de los delitos contra el patrimonio con la diferencia entre el hurto y el robo.

un capítulo propio con especialidades para los supuestos en que la víctima fuera menor de 16 años<sup>54</sup>. Su particularidad reside esencialmente en la mayor dureza del castigo de estas conductas precisamente dada la edad y vulnerabilidad del sujeto pasivo dentro de una lógica tuitiva de su indemnidad sexual<sup>55</sup>.

Esta materia acaba de ser objeto de una modificación legal que ha entrado en vigor en junio de 2021 de la mano de la Ley Orgánica 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia<sup>56</sup>. La reforma se basa principalmente en la protección de las niñas (y niños) y adolescentes, pero, a partir de ello, ha modificado en parte también, la regulación relativa a los adultos. Así la Exposición de Motivos (Preámbulo) señala lo siguiente: «Se modifica la redacción del tipo agravado de agresión sexual, del tipo de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años y de los tipos de prostitución y explotación sexual y corrupción de menores (artículos 180, 183, 188 y 189) con el fin de adecuar su redacción a la realidad actual y a las previsiones de la presente ley. Además, se modifica el artículo 183 *quater*, para limitar el efecto de extinción de la responsabilidad criminal por el consentimiento libre del menor de dieciséis años, únicamente a los delitos previstos en los artículos 183, apartado 1, y 183 *bis*, párrafo primero, inciso segundo, cuando el autor sea una persona próxima

<sup>54</sup> Crítico con ese umbral de edad, por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal...*, cit., pp. 224 y 225.

<sup>55</sup> RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. «Tema 6. Delitos contra la libertad...», cit., p. 141.

<sup>56</sup> Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. *BOE* de 5 de junio de 2021, n.º 134, en vigor desde el 25 de junio de 2021 de conformidad con su Disposición final vigésimo quinta (Entrada en vigor) y que concentra las modificaciones penales más relevantes en su Disposición final sexta (Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal). En lo que respecta a aspectos de protección potencialmente aplicables a niñas frente a la violencia de género, siguiendo el Preámbulo de la Ley, pero más allá de lo que se menciona en el texto respecto de la regulación de agresiones o abusos, también se introducen cambios en materia de delitos de odio, comprendidos en los artículos 22.4 (y 314, 511, 512 y 515.4) CP para incorporar la edad como una causa de discriminación que afectará a la tutela de niñas (y niños) y adolescentes; se extiende también el tiempo de prescripción de los delitos más graves cometidos contra las personas menores de edad, modificando el día de comienzo de cómputo del plazo de tal forma que el plazo de prescripción se contará a partir de que la víctima haya cumplido los treinta y cinco años de edad; se elimina el perdón de la persona ofendida como causa de extinción de la responsabilidad criminal, cuando la víctima del delito sea una persona menor de dieciocho años, completando de este modo la protección de las niñas (los niños) y adolescentes ante delitos perseguibles a instancia de parte; se configura como obligatoria la imposición de la pena de privación de la patria potestad a los penados por homicidio o por asesinato en dos situaciones: cuando el autor y la víctima tuvieran en común un hijo o una hija y cuando la víctima fuera hijo o hija del autor; también se incrementa la edad a partir de la que se aplicará el subtipo agravado del delito de lesiones del artículo 148.3, de los doce a los catorce años; por último, se modifica el tipo penal de sustracción de personas menores de edad del artículo 225 *bis*, permitiendo que puedan ser sujeto activo del mismo tanto el progenitor que conviva habitualmente con la persona menor de edad como el progenitor que únicamente lo tenga en su compañía en un régimen de estancias.

a la persona menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no constituyan un atentado contra la libertad sexual de la persona menor de edad (...).

Por último, se crean nuevos tipos delictivos para evitar la impunidad de conductas realizadas a través de medios tecnológicos y de la comunicación, que producen graves riesgos para la vida y la integridad de las personas menores edad, así como una gran alarma social. Se castiga a quienes, a través de estos medios, promuevan el suicidio, la autolesión o los trastornos alimenticios entre personas menores de edad, así como la comisión de delitos de naturaleza sexual contra estas. Además, se prevé expresamente que las autoridades judiciales retirarán estos contenidos de la red para evitar la persistencia delictiva.»

Por lo que respecta únicamente a los delitos de agresión y abuso<sup>57</sup>, las modificaciones afectan esencialmente a ajustes terminológicos en la forma

<sup>57</sup> El resto de modificaciones, de conformidad con la Disposición final sexta, corresponden a los siguientes preceptos:

Apartado veintiuno. Se modifican las letras a) y b) del apartado 3 del artículo 188, que quedan redactadas como sigue:

- «a) Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia.
- b) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.»

Apartado Veintidós. Se modifican las letras b), c) y g) del apartado 2 del artículo 189, que quedan redactadas como sigue:

- «b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, se emplee violencia física o sexual para la obtención del material pornográfico o se representen escenas de violencia física o sexual.
- c) Cuando se utilice a personas menores de edad que se hallen en una situación de especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia.
- g) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, de la persona menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier persona que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.»

Apartado Veintitrés. Se modifica el artículo 189 *bis*, que queda redactado como sigue:

«Artículo 189 *bis*.

La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos previstos en este capítulo y en los capítulos II *bis* y IV del presente título será castigada con la pena de multa de seis a doce meses o pena de prisión de uno a tres años.

Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.»

de expresar los tipos cualificados de especial vulnerabilidad y prevalimiento que ahora incluyen con claridad toda situación de convivencia<sup>58</sup>.

Apartado Veinticuatro. Se introduce el artículo 189 *ter*, con el siguiente contenido:

«Artículo 189 *ter*.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 *bis* una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa del triple al quintuple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.
- c) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 *bis*, las autoridades judiciales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Apartado Veinticinco. Se modifica el apartado 3 del artículo 192, que queda redactado como sigue:

«3. La autoridad judicial podrá imponer razonadamente, además, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, y la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, retribuido o no, por el tiempo de seis meses a seis años.

La autoridad judicial impondrá a las personas responsables de los delitos comprendidos en el presente título, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuera grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave, en ambos casos se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en la persona condenada.»

<sup>58</sup> Disposición final sexta.

Apartado Dieciocho. Se modifican las circunstancias 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del apartado 1 del artículo 180, que quedan redactadas como sigue:

«3.<sup>a</sup> Cuando *los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad* por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o *por cualquier otra circunstancia*, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

4.<sup>a</sup> Cuando, para la ejecución del delito, *la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia* o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.»

Apartado Diecinueve. Se modifican las letras a) y d) del apartado 4 del artículo 183, que quedan redactadas como sigue:

- «a) Cuando *la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia*, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.
- d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable *se hubiera prevalido de una situación de convivencia* o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima» (la cursiva es nuestra).

Pero, por lo que respecta a las disposiciones que afectan a los menores de 16 años, se clarifica la cláusula de exclusión de responsabilidad que se incluye en el artículo 183 *quater*. En efecto, la elevación de la edad de consentimiento válido de los 13 a los 16 años que ya se produjo en el año 2015 se había combinado con una cláusula de flexibilización de sus efectos para supuestos en que la proximidad de edad entre sujeto activo y pasivo aconsejara privar de relevancia jurídico-penal a la relación sexual. Con la nueva LO 8/2021 se clarifica que, en cualquier caso, cuando se trate de hechos en los que haya mediado violencia o intimidación, la cláusula de exclusión de responsabilidad no operará<sup>59</sup>.

#### D) ¿FUTURA ELIMINACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE AGRESIÓN Y ABUSO?<sup>60</sup>

Expuesta someramente la situación de la regulación en la materia: ¿Qué previsiones de reforma hay en ciernes? Y ¿hasta qué punto se coherencian esas perspectivas con el propio Convenio de Estambul?

Como acaba de señalarse la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia ya ha provocado una serie de cambios que afectan a los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual. No obstante, existen otras iniciativas legislativas en la misma línea y en particular el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual<sup>61</sup>.

Una de las previsiones más conocidas del Anteproyecto y que ha dado mayor pie a controversia entre expertos ha sido la apuesta por superar una

<sup>59</sup> Disposición final sexta.

Apartado Veinte. Se modifica el artículo 183 *quater*, que queda redactado como sigue:

«Artículo 183 *quater*.

El consentimiento libre del menor de dieciséis años, *excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal*, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez *física y psicológica*» (la cursiva es nuestra).

<sup>60</sup> Vid. en lo que sigue LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena; GARRO CARRERA, Enara. *Informe del Anteproyecto de Ley Orgánica...*, cit., *passim*.

<sup>61</sup> El 3 de marzo de 2020 fue aprobado por el Consejo de Ministros del Gobierno de España el inicio de la tramitación del *Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual 2020*. Disponible en internet: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/030320-enlace-mujeres.aspx> [última consulta 19-07-2021]. El documento completo en su primera versión fue hecho público para posibilitar el trámite de audiencia e información pública a partir del 9 marzo (y hasta el 15 de junio) de 2020. Disponible en internet: <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Paginas/index.aspx> [última consulta 19-07-2021] en su segunda versión enviada para informe del Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Económico y Social y el Consejo Fiscal y que ya contiene los cambios derivados de la fase de audiencia y de las aportaciones de Administraciones Públicas y organizaciones y asociaciones.

de las bases mismas de articulación de los delitos contra la libertad sexual en España: la distinción entre agresión y abuso sexual.

Ante esta forma más o menos consolidada de abordar el tratamiento de estos delitos, el Anteproyecto propone una revisión y un replanteamiento de la regulación que va mucho más allá de las reformas sectoriales que se han ido produciendo en los últimos años en esta materia. Analizado el texto del Anteproyecto, podría constatarse, una vez más, que las reformas penales no surgen de la nada, y aunque no es nueva la propuesta de unificar bajo un único paraguas de agresión sexual todas las conductas atentatorias contra la libertad sexual sin el consentimiento de la víctima, el caso conocido como «La Manada», y su deriva judicial, en la que las dos primeras instancias condenaron a los infractores por abuso en lugar de por agresión sexual, constituyeron sin duda un impulso o un acicate para replantear la estrategia político criminal en esta materia y avanzar hacia el texto que ahora analizamos.

Es evidente que un fenómeno como la violencia sexual no puede ser plenamente combatido y superado solo a través del Derecho Penal<sup>62</sup>. Pero siendo la vía penal una de las vertientes irrenunciables en el afrontamiento de esta clase de conductas, no puede ignorarse que la doble vía «agresión sexual-abuso sexual» ha tenido algunas consecuencias indeseadas que hacían oportuno acometer una reforma: por una parte, esa configuración ha llevado a caer en ciertas inercias interpretativas según las cuales el delito de agresión sexual quedaría reservado a aquellos supuestos en los que la víctima opusiese resistencia activa (para considerar que el ataque se había producido con violencia) y, por otra parte, que la agresión con intimidación, para merecer la misma pena que una agresión violenta, debía ser lo suficientemente grave como para generar en la víctima un temor de tal magnitud que la lleve a soportar el acto sexual como mal menor ante la alternativa con la que es amenazada<sup>63</sup>. Esta interpretación no iría tanto avalada por la dicción literal de los artículos del código penal<sup>64</sup> (que en ningún caso exigen resistencia activa, ni que la intimidación sea de la magnitud descrita), pero se habría ido acuñando, derivada, hasta cierto punto, de la propia existencia de los delitos de abuso sexual, como entidad separada, en la que tampoco media consentimiento libre de la víctima y cuyo ámbito de aplicación quedaría reservado a los supuestos en los que no se interfiere en la libertad sexual de la víctima con la intensidad vinculada a los parámetros de interpretación de la violencia y la intimidación descritos.

<sup>62</sup> Tal como señala la propia Exposición de motivos del Anteproyecto, p. 11.

<sup>63</sup> FARALDO CABANA, Patricia. «Hacia una reforma de los delitos sexuales...», cit., p. 273.

<sup>64</sup> CARUSO FONTÁN, Viviana. «¿Solo sí es sí?: La reforma...», cit., p. 8.

Estas inercias en la exégesis tienen al menos, otro efecto indeseado que ha sido una y otra vez denunciado por los expertos, que no es otro que la victimización secundaria que sufren las mujeres en el ámbito de la investigación y enjuiciamiento de estos delitos<sup>65</sup>. Mujeres que son tantas veces sometidas al escrutinio sobre la resistencia más o menos heroica que desplegaron ante los hechos, o a la indagación sobre si la intimidación del infractor podía ser de un nivel que permitiese aún a la mujer sobreponerse o enfrentarse a ella. No cabe duda que, ante estas prácticas, la reforma puede antojarse como un escenario prometedor que marque un nuevo tono y ponga el foco en lo que verdaderamente importa: la falta de consentimiento de la víctima<sup>66</sup>.

Veamos a continuación los rasgos fundamentales de la reforma que recoge el Anteproyecto.

Se considera agresión sexual cualquier acto que se realice contra la víctima sin su consentimiento, entendiendo que este estará ausente «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». Esta formulación no requiere, por tanto, que se verbalice un consentimiento expreso (lo cual podría llegar a resultar ajeno a la realidad de la dinámica de las relaciones sexuales<sup>67</sup>), pero sí que este se deduzca tácitamente o de los elementos circundantes. Lógicamente esta fórmula no evitará las dudas ante supuestos reales concretos en ciertos casos límite<sup>68</sup>, pero supone al menos un paso en la dirección correcta: un paso que remarca que la relevancia penal del hecho se sustenta sobre la ausencia de voluntariedad de la víctima, a la que se le impone participar en un encuentro sexual que no desea, y no tanto en entendimientos anacrónicos que remiten a indagar sobre el grado de oposición exteriorizado por la víctima ante el acometimiento violento del infractor o si la intimidación implicaba la amenaza de

<sup>65</sup> ASUA BATARRITA, Adela. «Las agresiones sexuales en el nuevo Código penal: imágenes culturales y discursos jurídicos» en *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*, Emakunde, Instituto Vasco de la Mujer Vitoria-Gasteiz, 1998, p. 45 y ss; JERICÓ OJER, Leticia. «Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho Penal», en MONGE, Antonia (dir.); PARRILLA VERGARA, Javier (coord.). *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, 2019, p. 323.

<sup>66</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. «El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción», en FARALDO CABANA, Patricia (dir.); ACALE SÁNCHEZ, María (dir.); RODRÍGUEZ LÓPEZ, Silvia (coord.); FUENTES LOUREIRO, María Ángeles (coord.). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 182.

<sup>67</sup> CARUSO FONTÁN, Viviana, «¿Solo sí es sí?: La reforma...», cit., p. 7.

<sup>68</sup> JERICÓ OJER, Leticia. «Perspectiva de género...», cit., p. 325.

un mal de tal calibre que hacía preferible para la víctima soportar la agresión sexual.

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 vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad». Esto significa que en principio se sitúan al mismo nivel penológico y valorativo los supuestos que antes integraban el delito de agresión sexual y los de abuso, siendo la pena prevista de uno a cuatro años de prisión en todos los casos. Esta equiparación entre la agresión sexual y el abuso estaría también en la línea de lo previsto por el art. 36 del Convenio de Estambul, que asume un concepto muy amplio de violación<sup>69</sup>, entendido como la realización de cualquier acto sexual sin consentimiento de la víctima.

Merece ser aplaudida la equiparación en gravedad entre las agresiones realizadas con violencia o intimidación y el resto de supuestos que recoge ahora el tipo penal. Particularmente positiva resulta esta equivalencia valorativa por enfatizar, como ya se ha mencionado, lo que de verdad debe ser crucial en esta clase de delito, que no es otra cosa que realizar las actuaciones descritas por los tipos penales sin el consentimiento de la víctima. Y es que no es evidente ni indiscutible, como siguen sosteniendo algunos autores, que el plus de gravedad (y consiguiente aumento de pena) vaya vinculado a la concurrencia de conductas violentas o intimidatorias, en perjuicio, por ejemplo, del aprovechamiento de una situación de embriaguez o intoxicación, o bien de escenarios en los que la víctima se queda bloqueada (sin ser capaz de exteriorizar su oposición), o aquellos en los que, por las circunstancias, es el propio contexto de superioridad del infractor el que hace innecesario siquiera que este profiera ninguna amenaza explícita para doblegar a la víctima<sup>70</sup>.

En atención a la «menor entidad del hecho», los jueces pueden imponer una pena de prisión inferior en grado (de 6 meses a un año de prisión)

<sup>69</sup> Nótese que a nivel terminológico no hay acuerdo sobre la forma idónea de denominar a estos delitos. Frente al término de agresión sexual, no cabe duda de que el término violación es, quizá, la denominación más extendida socialmente, aunque también se proponen otras como atentado sexual. *Cfr.* JERICÓ OJER, Leticia. «Perspectiva de género...», cit., p. 326, quien destaca la importancia simbólica del lenguaje y advierte de los riesgos que derivan cuando se produce una discrepancia o fractura entre el lenguaje jurídico y el empleado por la ciudadanía.

<sup>70</sup> FARALDO CABANA, Patricia. «Hacia una reforma de los delitos sexuales...», cit., p. 274.

o multa de dieciocho a veinticuatro meses. Será necesario interpretar cuidadosamente la clase de supuesto que puede dar lugar a ser considerado de menor gravedad para evitar problemas de seguridad jurídica y arbitrariedad derivados de la aplicación de criterios dispares<sup>71</sup>.

Se mantiene el delito de violación en los mismos términos del Código penal aún vigente como una clase de agresión sexual que implica una mayor intensidad en el contacto corporal, si bien reduciendo sensiblemente la pena prevista para el mismo, que pasa de ser de prisión de seis a doce años, a una pena de prisión de cuatro a diez años.

Se mantiene, en el art. 180 CP, la referencia a determinadas circunstancias que, en caso de concurrir, conllevarán la imposición de penas más elevadas (de 2 a seis años de pena de prisión para el tipo básico de agresión sexual y de 7 a 12 años de prisión para el delito de violación), concretamente:

- cuando los hechos se cometan por actuación conjunta de dos o más personas (se trata de una modalidad agravada que ya recoge el Código penal vigente);
- que la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad, de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, o cause grave daño a la víctima: en este caso se reformularía uno de los tipos agravados (que actualmente se aplica «cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio»). Mejora la redacción, que distingue en el Anteproyecto entre la entidad de la violencia, el carácter especialmente denigrante de los actos y los efectos que ambos pueden tener en la víctima. En la redacción todavía vigente, no obstante, los adjetivos degradante o vejatorio no describen los actos, sino la violencia o la intimidación ejercidas, lo que oscurece en cierta medida el sentido de aquello que se pretende castigar de manera agravada;
- cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, discapacidad, dependencia o cualquier otra circunstancia de análoga significación, salvo lo dispuesto en el art. 183. Parece que el legislador hace referencia con ello a una situación de carácter permanente que en la que una persona pueda precisar de

---

<sup>71</sup> A primera vista, podrían encajar aquí conductas como tocamientos sorpresivos en lugares públicos concurridos como medios de transporte, manifestaciones, u otra clase de aglomeraciones de personas como conciertos. También podrían encajar aquí otra clase de actos no agresivos y no consentidos que cesan tras una primera respuesta de la víctima.

apoyo o ayuda de distinta índole para llevar a cabo actividades básicas de la vida cotidiana<sup>72</sup>. Resulta oportuno señalar que la dependencia es una circunstancia que añade el Anteproyecto, lo que parece ir en consonancia con el sentido de la agravación. Del mismo modo, también es novedosa la cláusula abierta que remite a circunstancias de análoga significación, para asegurar que situaciones similares y equiparables no escapen a la penalidad más severa;

- cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. Se introduce, por tanto, una agravación al modo de los arts. 153 y 173.2 CP (delitos de maltrato ocasional y violencia habitual contra la pareja o expareja, respectivamente) y desaparece la actual agravante de prevalerse de una relación de superioridad o parentesco por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. Esta última omisión quizá se deba a que el art. 178.2 CP menciona ya explícitamente el prevalerse de una situación de superioridad para cometer la agresión sexual;
- cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. Cabe destacar aquí que es necesario que sea el autor de la agresión sexual el que haya causado el estado de embriaguez o intoxicación de la víctima, por lo que en caso de que un sujeto se limite a aprovecharse de tal circunstancia, no se apreciaría la agravante, sino que se impondría la pena del tipo básico (prisión de uno a cuatro años).

En caso de que concurra más de una de las circunstancias anteriores, las penas se impondrán en su mitad superior, es decir, de cuatro a seis años de pena de prisión para el tipo básico de agresión sexual y de nueve años y medio a doce años de prisión para el delito de violación.

Si el infractor se hubiese aprovechado de su condición de autoridad, agente de la autoridad o funcionario público, se impondrá, además de la pena de prisión, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años (nótese que esta previsión solo se contempla en el art. 183.5 del Código penal actual).

En definitiva, podría resumirse la orientación general de los cambios reflejados como un intento en la correcta dirección de ajustar la normativa en la materia al espíritu del Convenio de Estambul. Ajuste que se produciría, no

<sup>72</sup> MAGRO SERVET, Vicente. «Esquema sobre la reforma del Código penal...», *Diario La Ley*, n.º 9595, 2020, pp. 10-11.

tanto porque dicha Convención estableciera un estándar que estrictamente requiriera una modificación precisa del modelo legal vigente en España<sup>73</sup>, sino más bien porque los cambios legales persiguen una adaptación del conjunto combinado entre modelo legal y aplicación del mismo, de suerte que puedan así neutralizarse ciertos modos probatorios que desenfocan el centro de las prohibiciones hacia fines diferentes de la centralidad del consentimiento como eje de la articulación de los tipos penales.

El Anteproyecto al disolver la diferencia entre agresión y abuso y, con ello, reformar también el concepto de violación, orienta la regulación en el sentido del último informe GREVIO cuando, al hilo del «caso de La Manada» critica interpretaciones formalistas, aplaude la corrección del Tribunal Supremo y anima a proseguir con los cambios legales que puedan llevar a un realce y mayor centralidad de la ausencia de consentimiento como auténtico punto neurálgico de estos delitos<sup>74</sup>.

#### E) ACOSO SEXUAL

El artículo 40 del Convenio de Estambul deja abierta la posibilidad de usar sanciones penales o de otra naturaleza contra el acoso sexual. El artículo 184 CP recoge, sin embargo, taxativamente una tipificación penal de un delito de acoso. La definición que se da al respecto apunta a diferentes dinámicas de acoso tanto horizontal como vertical. En efecto, en primer lugar, se castiga a quien solicite favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante (art. 184.1). Sin embargo, se considera más grave, el acoso que podríamos calificar de vertical en la medida en que se comete prevaliéndose el sujeto activo de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación (art. 184.2).

El acoso simple se castiga con pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses y si se trata del acoso vertical la pena se eleva (prisión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses).

Por último, el propio precepto 184 prevé una hiperagravación de pena que se proyecta respectivamente sobre las modalidades ya vistas (prisión

<sup>73</sup> DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel; TRAPERO BARREALES, María A. «Reforma delitos sexuales...», cit., p. 233 y *passim*.

<sup>74</sup> GREVIO. *Primer Informe de Evaluación España (Grevio/Inf(2020)19 España)*, Consejo de Europa, 2020, párrafo 224 y 219 ss.

de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses para el tipo básico y de seis meses a un año de prisión para el acoso jerárquico) para el supuesto de que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o situación.

La descripción del acoso sexual del artículo 184 acota y delimita con mayor precisión la orientación dada por el Convenio de Estambul. Pero el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual 2020 prevé una cierta expansión del ámbito de prohibición de la norma y un endurecimiento de los castigos.

En lo concerniente al delito de acoso sexual, a solicitar favores de naturaleza sexual para uno mismo o para un tercero, creando una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante en el ámbito de una relación laboral, docente, de prestación de servicios, el Anteproyecto añade la mención o «análoga» continuada o habitual. Parece evidente que el objetivo es que el precepto sea capaz de aprehender cualquier situación similar a las anteriores en la que se puedan producir las conductas descritas.

Destaca, asimismo, que se eleva la pena en todas las modalidades de acoso:

- en caso del tipo básico (art. 184 *bis* 1 CP), se pasa de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses a una pena de prisión de seis meses a un año o multa de diez a quince meses e inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio o de inhabilitación especial de un año a quince meses;
- en caso de que las conductas de acoso se realicen actuando con prevalimiento o con anuncio expreso de que se va a causar un mal a la víctima, la pena pasaría de prisión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses a prisión de uno a dos años e inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio o de inhabilitación especial de un año y seis meses a dos años;
- cuando la víctima sea especialmente vulnerable, según el Anteproyecto, la pena pasaría a imponerse en la mitad superior (frente a la actual pena de prisión de cinco a siete meses, o multa de diez a catorce meses en los supuestos previstos en el primer apartado, y la pena de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el segundo apartado).

Los cambios señalados parecen ir en la línea de la petición del último informe GREVIO cuando indica que se anima encarecidamente a las autoridades españolas a que adapten el tenor de este precepto al artículo 40 del Convenio de Estambul ampliando el alcance de su ámbito de prohibición

para asegurar que pueda desplegar sus efectos en todos los ámbitos de la vida, públicos y privados<sup>75</sup>. No obstante, no se ha dado el paso de abrir definitivamente el tipo penal a dichas conductas al margen de la concurrencia del requisito de intimidación, hostilidad o humillación objetivas y graves<sup>76</sup>.

## 2. Matrimonios forzados

Por Reforma del CP del año 2015 (LO 1/2015)<sup>77</sup> se introdujo el actual artículo 172 *bis* que regula el matrimonio forzado. De conformidad con el apartado XXVIII de la Exposición de Motivos de la citada reforma se atiende con ello a «los compromisos internacionales suscritos por España en lo relativo a la persecución de los delitos que atentan contra los derechos humanos». Compromisos que en aquel momento se remitían a la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 y, expresamente, a su artículo 16 que obligaba a los Estados Partes a adoptar «todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento».

La inclusión de este precepto en el marco de los delitos de coacciones se adapta, en todo caso, a la estructura y contenidos recogidos por el artículo 37 del Convenio de Estambul. En efecto, en el primer párrafo la conducta se describe como compeler con intimidación grave o violencia a otra persona a contraer matrimonio para lo que se establece una pena alternativa de prisión de seis meses a tres años y seis meses o una multa de doce a veinticuatro meses. El criterio para determinar el castigo debe ser el de gravedad de la coacción o de los medios empleados.

En el párrafo segundo del artículo 172 *bis*, sin embargo, la conducta tipificada es materialmente un acto preparatorio del primero ya descrito al que, en todo caso, se impondrán las mismas penas. Requiere esta conducta la

<sup>75</sup> GREVIO. *Primer informe de evaluación España...*, cit., párrafo 241.

<sup>76</sup> GREVIO. *Primer informe de evaluación España...*, cit., párrafo 241 in fine.

<sup>77</sup> 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. *BOE* de 31 de marzo de 2015, n.º 77.

utilización efectiva de violencia o intimidación a lo que une, también, el engaño para forzar a abandonar el territorio español o no regresar al mismo con el fin de compeler a contraer matrimonio. Se hace frente así a eventuales maniobras de atracción de la víctima, por ejemplo, con la excusa de ir a visitar a un familiar<sup>78</sup>, para posteriormente desplegar con más eficacia el forzamiento de la voluntad.

Por último, también en la línea del artículo 37 del Convenio de Estambul, el delito de matrimonio forzado incluye tanto a adultos como a menores y en el caso del artículo 172 *bis* párrafo tercero, si fuera una menor las penas se agravan y se impondrían en su mitad superior<sup>79</sup>.

El Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual 2020 introduce un cuarto párrafo en el art. 172 *bis* CP, en el que se prevé que «en las sentencias condenatorias por matrimonio forzado, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la declaración de nulidad o disolución del matrimonio así contraído y a la filiación y fijación de alimentos, en su caso». De este modo, con la resolución dictada en la jurisdicción penal se aprovechará para abordar y decidir todas las cuestiones de orden civil vinculadas al matrimonio forzado, no quedando estas limitadas al ordinario pronunciamiento en torno a la responsabilidad civil derivada del delito.

### 3. Mutilación genital femenina

Los artículos 38 y 39 del Convenio de Estambul aluden a la mutilación genital femenina y al aborto y esterilización sin consentimiento (forzada). La primera ya se incorporó al Código penal en la reforma del año 2003 (LO 11/2003) dentro de la regulación de las lesiones como una modalidad particular y equivalente en gravedad a la inutilización de un órgano o miembro principal. La citada reforma enmarcaba dicha incorporación por la necesidad de hacer frente a determinadas formas delictivas surgidas de prácticas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico. Y así, en el marco de alusiones a la integración social de los extranjeros, se afirma que la tipificación de la

<sup>78</sup> «Explanatory Report...», cit., párrafo 197.

<sup>79</sup> En todo caso, conviene no olvidar que también el delito de trata contempla esa conducta de enorme gravedad para supuestos en que la finalidad fuera precisamente la celebración de matrimonios forzosos. Si la celebración del matrimonio se produce efectivamente cabrá castigar por ambos delitos en concurso, pero si no se celebra y hay trata este tipo penal será el aplicable con exclusión del menos grave de coacción. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal...*, cit., p. 158.

ablación o mutilación genital de mujeres y niñas «debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales.»<sup>80</sup>

La mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones se castiga, en consecuencia, con prisión de seis a 12 años, pero, de forma añadida y como castigo acumulado, en los supuestos en que la víctima fuera menor o incapaz se prevé la imposición facultativa por parte del juez de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años en función de que esta sea adecuada según el interés del menor o incapaz. Y es que aseguraba la fundamentación de la reforma de 2003 que «en la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones»<sup>81</sup>.

La inclusión expresa de este supuesto pudo ser vista en un principio en la doctrina española como puramente simbólica<sup>82</sup> o de efectos relativos<sup>83</sup> en la medida en que la conducta ya podía ser subsumida en los tipos de lesiones antes de su mención expresa. No obstante, la alusión en el artículo actual a la mutilación genital «en todas sus manifestaciones» (cualquier mutilación o infibulación, total o parcial, de los labios mayores, menores o del clítoris<sup>84</sup>) contribuye a despejar la duda de que se tratará siempre de un caso de lesiones sobre órgano o miembro principal o equivalentes y no de la modalidad más levemente penada del artículo 150 (órgano o miembro no principal o equivalente)<sup>85</sup>.

<sup>80</sup> Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. *BOE* de 30 de septiembre de 2003, n.º 234.

<sup>81</sup> Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. *BOE* de 30 de septiembre de 2003, n.º 234, Exposición de Motivos, apartado IV.

<sup>82</sup> GOMEZ MARTIN, Victor. «Tema 3. Delitos contra la salud individual», en CORCOY BIDA-SOLO, Mirentxu (dir.). *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª edición, 2019, p. 109.

<sup>83</sup> TAMARIT SUMALLA, Josep María. «Artículo 149», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.); MORALES PRATS, Fermín (coord.). *Comentarios al Código Penal español*, Tomo I, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 7.ª edición, 2016, p. 1047.

<sup>84</sup> Incluso aunque fuera llevado a cabo por personal médico de conformidad con la Resolución 61.16 de la Organización Mundial de la Salud tal y como recoge el informe explicativo de la Convención. *Vid.* «Explanatory Report...», cit., párrafo 199, dónde se especifica en términos omnicomprendivos el alcance de la ablación (corte total o parcial), infibulación (cerrado o cosido) u otro tipo de mutilación (cualquier otro tipo de alteración física).

<sup>85</sup> Así, por todos, TAMARIT SUMALLA, Josep María. «Artículo 149», cit., p. 1047.

El informe GREVIO, sin embargo, pone de manifiesto que es en el campo de ciertos tipos de participación en estas conductas donde se sitúa un frente de mejora de la regulación española. De conformidad con el artículo 38 del Convenio de Estambul, en sus letras «b» y «c», se insta a incriminar conductas de coacción, facilitación o incitación a la mujer o a la niña para que se someta a la mutilación. Se trata no tanto de una participación en sentido estricto a una conducta de mutilación consumada (ya cubierta por las reglas generales de participación del Código penal) sino de un conjunto de actos preparatorios que se pretende se castiguen aun cuando la mutilación no se realice a modo de tipo adelantado<sup>86</sup>.

#### 4. Aborto y esterilización forzada

El estado actual de la regulación del aborto en España<sup>87</sup> no parece suscitar mayor atención por parte del GREVIO en su último informe que, sin embargo, sí que se detiene a dar indicaciones más precisas y extensas en lo que respecta a la esterilización forzada<sup>88</sup>. El punto de partida, como no puede ser de otra manera, es la necesidad de que dicha esterilización sea llevada a cabo, para evitar su incriminación, bajo la cobertura de un consentimiento previo, libre e informado<sup>89</sup>. El artículo 156 del Código penal vigente, en su párrafo primero, ya hace referencia a que el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal, entre otros supuestos, en lo que se refiere a las esterilizaciones. Pero el aspecto controvertido tiene que ver con el párrafo segundo del citado artículo que señalaba una excepción a la regla general apuntada en los siguientes términos:

«No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil.»

<sup>86</sup> GREVIO. *Primer informe de evaluación España...*, cit., párrafo 231.

<sup>87</sup> Véase, por todos, con ulteriores referencias QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. «Título II. Del Aborto», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.); MORALES PRATS, Fermín (coord.). *Comentarios al Código Penal español*, Tomo I, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 7.ª edición, 2016, p. 1009 ss.

<sup>88</sup> GREVIO. *Primer informe de evaluación España...*, cit., párrafo 235 ss.

<sup>89</sup> De conformidad con los estándares establecidos a su vez en la Convención para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convención sobre los derechos humanos y la biomedicina (ETS No. 164). «Explanatory Report...», cit., párrafo 205. *Vid.* Instrumento de Ratificación de España del Convenio hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. *BOE* de 20 de octubre de 1997, n.º 251, en vigor desde el 1 de enero de 2000 (también conocido como Convenio de Oviedo).

Este apartado recogía originariamente la voluntad de establecer garantías en las esterilizaciones de personas con discapacidad desde la óptica de evitar políticas de inspiración eugenésica al calor del debate constitucional suscitado en la materia<sup>90</sup>. La óptica de análisis del informe GREVIO, sin embargo, más allá de las garantías que materialmente incorpora el artículo (conflicto de bienes, mayor interés del afectado...) pone el foco de preocupación en una práctica de esterilización que pudiera poner en riesgo los derechos reproductivos de las mujeres. Denuncia falta de transparencia en el marco del procedimiento de incapacitación legal que parece acabar afectando de manera desproporcionada a la esterilización posterior que sobre la base de una autorización judicial se practica sobre las mujeres frente a los hombres. Son esas esterilizaciones las que preocupan al órgano de control del Convenio de Estambul frente a las que propone priorizar y promocionar «(...) opciones alternativas de control de la natalidad que no recurran a medidas invasivas y permanentes como la esterilización», abogando al mismo tiempo por una mejora de la formación de los profesionales implicados y una exquisita consideración de las garantías de conformidad con el Convenio de Oviedo<sup>91</sup>.

Clama por tanto el GREVIO por un mayor respeto a la autodeterminación de las mujeres y una consideración más intensa de los riesgos potencialmente liberticidas de la autorización judicial lo que le lleva a valorar positivamente lo que, en el momento de emitir su informe, era un proyecto de ley que ya se ha convertido, entretanto, en ley vigente<sup>92</sup>. Se trata en efecto de la LO 2/2020 que ya entró en vigor a finales del año pasado<sup>93</sup> y en cuya Exposición de Motivos se da cuenta detallada de la problemática y las razones que aconsejan la derogación del segundo párrafo del artículo 156 CP. Así se enmarca adecuadamente la esterilización forzada como una manifestación contraria al derecho internacional de los derechos humanos representado, en primer término, por el artículo 23 de la Convención sobre las personas con discapacidad del año 2006<sup>94</sup> y, en segundo término, con mención

<sup>90</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio. TAMARIT SUMALLA, Josep María. «Artículo 156», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.); MORALES PRATS, Fermín (coord.). *Comentarios al Código Penal español*, Tomo I, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 7.ª edición, 2016, p. 1070.

<sup>91</sup> GREVIO. *Primer informe de evaluación España...*, cit., párrafo 236.

<sup>92</sup> GREVIO. *Primer informe de evaluación España...*, cit., párrafos 237 y 238.

<sup>93</sup> Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. *BOE* de 17 de diciembre de 2020, n.º 328 (en vigor desde el 18 de diciembre de 2020).

<sup>94</sup> Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. *BOE* de 21 de abril de 2008, n.º 96.

expresa al artículo 39 del Convenio de Estambul. La Exposición de Motivos constata que la práctica —discriminatoria— de la esterilización forzada de mujeres y niñas con discapacidad es una realidad más extendida de lo que la opinión pública considera con base en los datos del Consejo General del Poder Judicial (más de un millar en la última década en su gran mayoría de mujeres). Por ello, además de la derogación, han quedado sin efecto todos los procedimientos en trámite, o tramitados pero no ejecutados, al tiempo de entrada en vigor de la norma (Disposición transitoria única LO 2/2020).

## 5. Agravación de penas por razones de género: una cuestión transversal

Uno de los aspectos cruciales y, además, actualmente en el ojo del huracán de diversas reformas legislativas<sup>95</sup>, es la proyección interpretativa que se debe otorgar a la agravante genérica de la responsabilidad criminal del artículo 22.4.º del Código penal. Es desde esta óptica desde la que cabe una ampliación e intensificación punitiva de aquella parte de la violencia contra las mujeres que precisamente no tiene lugar en el ámbito doméstico. Y es que la agravante es una circunstancia general que potencialmente puede incrementar las penas de todos los preceptos del Código penal y que, por tanto, extiende literal, expresa y sistemáticamente la posibilidad de que la perspectiva de género se abra paso e impregne cada delito base sobre el que puede llegar a ser aplicada.

---

<sup>95</sup> Como más adelante insistiremos por Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, se acaban de introducir cambios en materia de delitos de odio, que afectan a los artículos 22.4 (y 314, 511, 512 y 515.4) CP para incorporar la edad como una causa de discriminación que afectará a la tutela de niñas (y niños) y adolescentes; pero también otras causas como la aporofobia, la exclusión social o la identidad de género. Respecto de esta última es conveniente recordar que estaba prevista su inclusión también en el marco del *Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual 2020 al que, sin embargo, se acusaba de un manejo impreciso del término «género»* en vez de «sexo» y que afecta, entre otros aspectos, a la definición del objeto de aquella ley en su artículo 1 y parece abrir la puerta a una regulación conjunta también de la cuestión de la «identidad de género». Más allá del uso convencional de la denominación «género» y «violencia de género» en términos jurídico-penales, las alusiones que determinen una confusión o identificación entre la violencia machista contra las mujeres y la «identidad de género» tienden a desbordar el marco preciso y foco del Anteproyecto: a saber, la prevención y tutela frente a la discriminación sexual contra la mujer que se manifiesta como violencia sexual. En la misma línea véase la octava alegación —y correlativas en lo que sigue— hecha por la asociación *Alianza contra el borrado de las mujeres* en su documento *Alegaciones al Anteproyecto Ley orgánica de Garantía del Derecho a la Libertad Sexual*, disponible en línea en <https://mcusercontent.com/55e31d757fa3b1b6a4c4c02d6/files/2737c5c5-89dd-4c04-a321-d170fe1a1524/Alegaciones.pdf> [última consulta 19-07-2021]. En todo caso ya es una realidad la incorporación de la identidad de género —más allá de las razones de género— al tenor literal del artículo 22.4.º CP tras la entrada en vigor de la LO 8/2021.

Lo indicado puede representar, sin duda, un cambio de paradigma del que puede dudarse que el legislador tuviera realmente consciencia cuando se incorporó al Código penal en la reforma del año 2015<sup>96</sup>. Y ello muy a pesar de que en la Exposición de Motivos (apartado XXII) de la reforma citada se fundamentaba la inclusión de las razones de género en los siguientes términos:

«En materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito.

En primer lugar, se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.<sup>a</sup> del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.»

Y es que el aterrizaje de las «razones de género» se produce en el contexto de la criminalización de los delitos de odio según un modelo político-criminal español *sui generis*<sup>97</sup>. Delitos de odio y violencia contra las mujeres confluyen legislativamente sin que quepa todavía con nitidez vislumbrar si tal pista de aterrizaje generará sinergias o distorsiones en la legítima protección de las mujeres y en un asentamiento cabal de la perspectiva de género en la concepción y aplicación de los instrumentos penales. En todo caso, para poder fundamentar una valoración de este nuevo paradigma y desentrañar sus consecuencias desde los parámetros del cumplimiento de los estándares internacionales que nos ocupan en este estudio, conviene volver la vista atrás y describir, brevemente, el camino trazado por la agravante de discriminación o *hate crime* en sentido estricto<sup>98</sup> por razones de género y rastrear, al mismo tiempo, los argumentos para el incremento de pena.

<sup>96</sup> 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. *BOE* de 31 de marzo de 2015, n.º 77.

<sup>97</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. «Delitos de odio y estándares internacionales...», cit., p. 28 y ss., con ulteriores referencias.

<sup>98</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 17 y 117 ss.

## A) ANTECEDENTES: UNA HISTORIA LEGISLATIVA DE EXPANSIÓN

La agravante genérica del artículo 22.4.<sup>a</sup> CP<sup>99</sup> destaca desde su incorporación al vigente CP 1995 por una configuración de mucha mayor amplitud que su antecedente inmediato previo a la aprobación del mismo Código Penal y que se materializó por LO 4/1995<sup>100</sup>. Antes del Código penal de 1995, por tanto, la agravante tenía una redacción «contenida». Y ello en dos sentidos: solo se predicaba sobre algunos grupos de delitos (contra las personas y el patrimonio) y sobre un listado reducido de colectivos que se restringía estrictamente al referente étnico en un sentido amplio (incluyendo raza, etnia, origen nacional, religión, creencias e ideología). Entre las novedades más importantes de la «nueva» circunstancia a partir de la entrada en vigor del denominado Código de la democracia (1995) debe destacarse, por un lado, la introducción de una referencia directa a la «discriminación» entre las causas o razones por las cuales se agrava la pena. Por otro lado, el número de causas o motivos de agravación se ve, a su vez, sustancialmente ampliado (raza, etnia, nación, antisemitismo, ideología, religión, creencias, sexo, orientación sexual, enfermedad y minusvalía). Finalmente se trata de una agravante con proyección teórica posible sobre todo tipo de delitos ya sin limitación alguna. Nos encontramos, sin duda, ante una versión muy amplia y omnicompreensiva de esta técnica de agravación que además ha vuelto a ser objeto de ampliación sucesiva en sus motivos de incremento de pena en las reformas posteriores por Ley Orgánica 5/2010<sup>101</sup> y por LO 1/2015 incluyendo, respectivamente, la identidad sexual, la discapacidad y las razo-

<sup>99</sup> Según la nueva versión que entrará en vigor a partir del 25 de junio de 2021 (Disposición final sexta, Apartado Uno de la LO 8/2021): *Artículo 22 CP. Son circunstancias agravantes: 4.ª. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenece, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta* (subrayado nuestro con las modificaciones producidas respecto de la versión vigente inmediatamente anterior).

<sup>100</sup> Artículo 10.17 CP 1973: Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima. Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio. BOE de 12 de mayo de 1995, n.º 133.

<sup>101</sup> En la que se modifican los motivos introduciendo la referencia a la «identidad sexual» y a la «discapacidad». Artículo Único Segundo LO 5/2010:

«Se modifica la circunstancia 4.ª del artículo 22, que queda redactada como sigue:

4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenece, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad.»

nes de género<sup>102</sup>. A día de hoy, por tanto, el artículo 22.4 CP no tiene apenas límites ni en los colectivos protegidos ni en los delitos base sobre los que puede proyectarse habida cuenta de la última incorporación de la edad, la identidad de género, aporofobia y exclusión social<sup>103</sup>.

## B) DISCUSIÓN DOCTRINAL Y TOMA DE POSTURA

Es importante recuperar ahora, de manera sintética, las bases de discusión doctrinal sobre esta agravante para poder evaluar, posteriormente, su potencial e idoneidad como instrumento de tutela frente a la violencia contra las mujeres.

La doctrina se encuentra dividida a la hora de interpretar cuál es el fundamento de esta circunstancia modificativa<sup>104</sup>. Mayoritariamente se tiende a

<sup>102</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. «Capítulo IV. De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.); MORALES PRATS, Fermín (coord.). *Comentarios al Código Penal español*, Tomo I, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 7.ª edición, 2016, p. 314, particularmente crítico con las dificultades interpretativas para poder diferenciar «sexo» de «género»; también, por todos, destaca su carácter simbólico BORJA JIMENEZ, Emiliano. «La circunstancia agravante de discriminación del artículo 22.4.ª», en GONZALEZ CUSSAC, José Luis (dir.); GORRIZ ROYO, Elena (coord.); MATA LLIN EVANGELIO, Ángela (coord.). *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2015, p. 122.

<sup>103</sup> Además de las razones de incluir la edad también se fundamentan expresamente en la Exposición de Motivos de la LO 8/2021 la aporofobia y la exclusión social en el sentido de que «se ha aprovechado» la reforma para su inclusión a pesar de no tener una conexión directa con título de la ley (protección de la infancia y la adolescencia) en sentido estricto pero apuntando, en todo caso a que «(...) responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente mencionado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea». Era una materia que generaba dificultades en la jurisprudencia (véase al respecto la STS 1160/2006, de 9 de noviembre, Fundamento de Derecho 23 en la que se deniega la aplicación de la agravante por la muerte de un mendigo). Véase también el alegato a favor de su gravedad y carácter transversal como *desafío a la democracia* en CORTINA, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Paidós, Barcelona, 2017 p. 45 y ss. y *passim*; y conclusivamente p. 59 afirmando, en el contexto de los delitos de odio, que la aporofobia late en el fondo de todos los procesos agresivos contra colectivos. Sorprende, sin embargo, que no se haya «aprovechado» también desde esa lógica expansiva de ampliar los motivos, a incorporar la «situación familiar» que sí que está presente, sin embargo, en el artículo 510. Máxime cuando la LO 8/2021 mantuvo en el trámite de discusión legislativo en las Cortes hasta el último momento una propuesta de reforma de aquel precepto de incitación al odio que, sorprendentemente, se cayó a última hora del texto final.

<sup>104</sup> Véase una completa descripción de posiciones según se fundamente la agravante en el mayor injusto, culpabilidad o en posiciones mixtas, por todos, en DIAZ LOPEZ, Juan Alberto. *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4.ª CP*, Civitas, Madrid, 2013, p. 337 ss. Para un análisis en profundidad de la original posición (mixta) del propio DIAZ LOPEZ, monografista de referencia en la materia, véase LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. «Recensión a Juan Alberto Díaz López, El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4 CP, Civitas, Cizur Menor, 2013 (496 páginas)», *Indret*, 2014, n.º 3, p. 8 y *passim*.

buscar dicho fundamento en la propia reprochabilidad de los móviles del actuar lo que reconduce el *plus* de gravedad a una mayor culpabilidad. En esta línea se situaba ya desde un principio de la introducción de la agravante en el ordenamiento penal BERNAL DEL CASTILLO quien partiendo del reconocimiento de la estructura subjetivo-objetiva (predominantemente subjetiva) de los elementos de la agravante, centra el sentido de la circunstancia en torno a la actitud personal contraria a valores, lo que le lleva a orientar la fundamentación hacia el ámbito del juicio personal de reproche en sede de culpabilidad<sup>105</sup>. En el polo opuesto otro sector de la doctrina minoritario, propone como fundamento un mayor contenido de injusto. También desde un principio LAURENZO COPELLO abanderó esta propuesta reconociendo que se adaptaría mejor, tanto a las intenciones del legislador, como a la letra de la ley, una interpretación de la agravante desde la mayor reprochabilidad de los motivos típicos en sede de culpabilidad. Sin embargo, debido a los problemas que tal interpretación entrañaría opta, finalmente, por fundamentar la agravación en el plano del injusto, concretamente, en el desvalor adicional de resultado que supone la lesión del derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro<sup>106</sup>. También MIR PUIG afirma que la agravante por discriminación supone un incremento de injusto pero, exactamente, un mayor «injusto subjetivo del hecho» en la medida en que el delito realizado entraña la negación del principio de igualdad que consagra la Constitución<sup>107</sup>.

Adhiriéndome a la propuesta de LAURENZO COPELLO, y en consonancia con una postura emergente<sup>108</sup> entiendo que debe situarse el fundamento de la agravante en el desvalor adicional de resultado y reconducirlo, en con-

<sup>105</sup> Por todos, BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. *La discriminación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998, p. 65 y 59 y ss.

<sup>106</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. «La discriminación en el Código penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos* XIX, Universidad de Santiago de Compostela, 1996, pp. 274 ss., 277 ss., y 281 ss.

<sup>107</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 10.ª ed., 2016, p. 656.

<sup>108</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. «La discriminación...», cit., pp. 274 ss. y 277 ss.; LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal (A la vez una propuesta interpretativa de la «normativa antidiscriminatoria» del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente Jurisprudencia)*, Comares, Granada, 2001, p. 188 y ss.; DOPICO GOMEZ-ALLER, Jacobo. «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 4, 2005, p. 13 y ss. También, desde posturas mixtas, por todos, con matices, pero esencialmente en esta misma línea HORTAL IBARRA, Juan Carlos. «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (Art. 22.4.º CP): una propuesta restrictiva de interpretación», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 108, 2012, p. 43 y ss.; y, REBOLLO VARGAS, Rafael. «La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento. (art. 22.4 del Código Penal)», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 23, 2015, p. 28 y 22 ss., con ulteriores referencias.

secuencia, al plano de lo injusto<sup>109</sup>. No obstante, conviene sobre esa base realizar alguna matización sobre el preciso modo de entender ese desvalor adicional de resultado en el sentido de realzar los aspectos supraindividuales del daño<sup>110</sup>.

En efecto, LAURENZO COPELLO alude al desvalor adicional de resultado que representa la afección del derecho a la igualdad y que viene a sumarse y aumentar el injusto propio del delito cometido. El *plus* de castigo se corresponde con la lesión adicional del bien jurídico protegido en los preceptos antidiscriminatorios que se cifra para la autora en el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro. Ahora bien, de que los llamados preceptos «antidiscriminatorios» se configuran en torno a un bien jurídico distinto al genérico del derecho a la igualdad, cabe matizar el correcto planteamiento de la autora. El *plus* de gravedad habría entonces de buscarse en la idoneidad de la conducta para conmocionar las condiciones de seguridad existencial del colectivo al que pertenece el sujeto contra el que se ha cometido el delito común precisamente «por razones» de raza, etnia, ideología, orientación sexual, etcétera.

La perspectiva de enfoque de la cuestión debe dirigirse no al destinatario inmediato de la conducta delictiva correspondiente sino al colectivo de pertenencia o de referencia. Ya que lo realmente decisivo para que pueda justificarse el mayor desvalor de injusto será que la conducta, considerando todas las circunstancias en las que esta se lleva a cabo, resulte idónea, desde la perspectiva *ex ante* de un espectador imparcial situado en la posición del autor, para lanzar un mensaje de amenaza al colectivo diana. Cuando determinadas conductas delictivas vienen «coloreadas» intersubjetivamente por una «motivación» racista, xenófoba, discriminatoria, homófoba, etcétera, el colectivo racial, étnico, homosexual correspondiente —cada uno de sus miembros— experimenta en términos normativos una amenaza directa de su seguridad existencial a pesar de que no hayan resultado ser los destinatarios inmediatos de la conducta delictiva que se pretende agravar. Pero vayamos por partes.

Comparando las conductas delictivas agravadas con las conductas de provocación a la discriminación, odio o violencia, resulta esencial el hecho de que mientras el contexto del artículo 510 CP hace referencia a comportamientos de propaganda de agitación, esto es, principalmente manifestaciones «ideológicas» orales o escritas o difundidas por otros medios de comu-

<sup>109</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. «La discriminación...», cit., p. 281 (y su pie de página 117); y, en lo que sigue, p. 281 y ss.

<sup>110</sup> Véase al respecto, más ampliamente, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *La política criminal contra la xenofobia...*, cit., p. 180 y ss. y p. 185 y ss.

nicación, en el caso de la agravación el «vehículo» del mensaje amenazante es de otra cualidad: es la propia conducta delictiva. Esta es el «refuerzo fáctico» que transmite al efecto amenazante para el colectivo un carácter de mayor o menor gravedad y seriedad según la clase de delito de que se trate. Quien mata a homosexuales por serlo y de tal forma que la conducta permite una lectura social intersubjetiva de que, efectivamente, se mata por la condición de ser homosexual, lanza un mensaje en términos sociales de amenaza a todo aquel que sea homosexual. El colectivo homosexual de un barrio, ciudad, país, en que proliferen agresiones contra la integridad física o la vida de sus miembros resultará sin duda intimidado, lo que repercutirá también de forma dramática en una afección grave de las condiciones para poder disfrutar en condiciones de igualdad de los bienes sociales.

Desde este punto de vista la «motivación» subjetiva del autor no resulta relevante sino la peligrosidad objetiva de la conducta. A efectos de aplicación de la agravante no se precisa de una investigación motivacional sino la comprobación de que el autor conocía las circunstancias y el contexto en el que llevaba a cabo la conducta delictiva y era consciente por tanto de que su actuar iba a ser comprendido, tanto por el grupo diana, como por la sociedad en su conjunto, como un «comportamiento expresivo»: esto es, que se proyecta en su realización más allá de la víctima concreta inmediata y despliega una expectativa amenazante sobre todos —o un espectro significativo de— los sujetos que presentan el mismo elemento común que determinó en términos intersubjetivos la selección de la víctima.

Esta interpretación convierte en irrelevante el error in persona (se creía erróneamente que el delito se dirigía contra una persona que en realidad no pertenecía al grupo diana) y permite la activación de la agravante en supuesto de asociación (la agresión es contra una persona que defiende a minorías o contra la pareja blanca de un matrimonio mixto)<sup>111</sup> siempre que intersubjetivamente la dinámica comisiva transmita el mensaje intimidatorio y este esté abarcado por el dolo del autor<sup>112</sup>.

<sup>111</sup> En la misma línea, por todos, AGUILAR GARCIA, Miguel Ángel (dir.). *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2015, p. 171. Aspecto, por cierto, que parece verse confirmado por la reciente inclusión por LO 8/2021 de un inciso *in fine* en el propio artículo 22.4.º que señala: «con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta».

<sup>112</sup> Esta lectura objetivista (intersubjetiva, normativa) de los «motivos» o «razones» del autor enlaza, por otra parte, con la evolución de las líneas de interpretación y comprensión de la acepción jurídica de la discriminación. Los Convenios internacionales específicos antidiscriminatorios dibujan al respecto una línea evolutiva en la que la definición de discriminación tiende a objetivizarse en el sentido de otorgar una atención creciente al resultado que la acción —discriminatoria— produce en detrimento de la importancia o relevancia que se otorgaba al factor intencional. Los «motivos» no harían por ello referencia tanto a una motiva-

La comprensión «objetiva» parece así desembocar con naturalidad en una fundamentación de la agravante en sede de injusto como un desvalor adicional de resultado. Y es que este último es el que en definitiva «colorea» la conducta de trato diferencial como más grave, como discriminatoria, poniéndose así las bases para que la conducta despliegue su efecto dañino supraindividual. Siguiendo a RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ es precisamente el propio elemento de «perjuicio» —el daño social añadimos nosotros— el que tipifica la noción de discriminación y determina que lo que no sería más que un trato diferencial arbitrario se convierta en una conducta de mayor gravedad, en una conducta que se dirige «contra» el discriminado<sup>113</sup>. Con otras palabras, lo que resulta realmente decisivo a la hora de determinar cuándo una conducta de diferenciación se convierte en algo más «odioso» y grave es la clase de perjuicio que dicho comportamiento entraña y que, en el fenómeno de la discriminación se proyecta de forma especialmente intensa en una negación de la dignidad humana del sujeto discriminado y, a la vez, en un perjuicio sobre el colectivo correspondiente al que le hunde aún más en su situación —histórica y social— de marginación (contradicción del principio de igualdad real)<sup>114</sup>.

A partir pues de la afección supraindividual que las conductas discriminatorias representan para el principio de igualdad real debería pues entenderse que cuando en el artículo 22-4.º CP se alude a los «motivos» racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, etcétera, en realidad se pretende señalar cuáles han de ser los colectivos «pacientes» —sujeto pasivo— del daño que entraña el mensaje discriminatorio reforzado fácticamente por la conducta delictiva. Por eso debemos adherirnos también a la propuesta de LAURENZO COPELLO que sugiere que una tal interpretación hubiera resultado más fácil de justificar si, en vez de subrayarse en la redacción típica el aspecto motivacional, se hubieran destacado los efectos sobre la víctima —añadimos colectiva— con una formulación por ejemplo «cometer el delito contra<sup>115</sup> determinadas personas por razón de...».

---

ción interna, subjetiva, del sujeto que discrimina, sino más bien a un entendimiento de que la conducta se proyecta sobre un determinado ámbito personal —el colectivo homosexual, o asiático, por ejemplo— sobre el que la diferenciación discriminatoria de trato interacciona de forma intersubjetiva. Véase LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *La intervención penal frente a la xenofobia...*, cit., pp. 69 y 70.

<sup>113</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel; FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 168, 169 y 84 y ss.

<sup>114</sup> FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. «La discriminación en la jurisprudencia constitucional», *La Ley. Relaciones Laborales*, n.º I, 1993, p. 154.

<sup>115</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. «La discriminación...», cit., p. 281, en su pie de página 118.

Por ello, según alcanzo a comprender, no parece lo más adecuado para la interpretación propuesta que una vez situado el fundamento de la agravación en el plano del injusto se otorgue relevancia preferente al aspecto motivacional para concluir, como MIR PUIG, que en realidad aumenta el injusto subjetivo del hecho al añadir al injusto propio del delito realizado la negación del principio de igualdad<sup>116</sup>. A mi juicio, aunque la motivación subjetiva normalmente acompañará a las conductas «coloreadas» por su orientación discriminatoria, no es esta, insisto, la que determina principalmente que una conducta adquiera una repercusión intersubjetiva como dirigida contra un determinado colectivo. Será más bien el contexto social y, en su caso, las circunstancias de vulnerabilidad en que se encuentre el colectivo de referencia, las que resulten decisivas para considerar que la fuerza y gravedad del efecto amenazante que se «comunica» con el actuar delictivo activan la agravación. Por tanto, entiendo que el acento no ha de ponerse tanto en la negación «expresiva» del principio de igualdad, que sin duda se produce, sino en las consecuencias de daño social que el fenómeno discriminatorio «evoca».

El efecto intimidante de la agravación será por tanto el elemento clave que determinará si está presente el mayor injusto objetivo por un mayor desvalor de resultado de afección supraindividual. Esa afección impacta en las condiciones de seguridad existencial entendiéndose que esta (la seguridad existencial) va más allá de la protección de conductas que pongan en peligro la vida o la integridad física de las personas pertenecientes al colectivo en cuestión y que puede alcanzar a constelaciones de casos en los que el peligro generado afecta a las esferas de libertad de otros derechos fundamentales que se ven reducidas a escala grupal<sup>117</sup>.

Por otra parte, el efecto intimidatorio no depende directamente de la comprobación de una situación de «crisis»<sup>118</sup> aunque esta puede determinar que su intensidad sea mucho mayor y, por tanto, puede ser un elemento que ayude a valorar la intensidad de la agravación. El efecto intimidante, no obstante, debe comprobarse y llegar a la convicción de que se ha producido en el contexto particular en el que la conducta base se despliega. La generación del efecto de amenaza, aunque indirecta o velada, priva de seguridad normativa al colectivo en cuestión en términos intersubjetivos. Cualquier miembro del colectivo en cuestión, en tal situación, vería peligrar sus espa-

<sup>116</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 10.ª ed., 2016, p. 656.

<sup>117</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. *Los delitos...*, cit., p. 126.

<sup>118</sup> Acertadamente DOPICO GOMEZ-ALLER, Jacobo. «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 4, 2005, p. 31.

cios de libertad más allá de lo que podría ser únicamente un discurso inquietante, chocante e incluso perturbador o contrario al sistema democrático. El plus de afección de derechos o bienes relevantes constitucionalmente que residía, según el TC en los elementos tendenciales<sup>119</sup>, se remite así al juicio de peligro *ex ante* que debe dar como resultado que, efectivamente, la conducta comunica la amenaza.

Un tal planteamiento enlaza, por cierto, con la explicación que de forma convincente expuso ya hace algún tiempo STRATENWERTH<sup>120</sup> en relación con la función que para el legislador cumple la utilización de «elementos de la actitud interna» (*Gesinnungsmerkmale*). Función que a juicio del citado autor puede clarificarse a partir de la estructura de dichos elementos como «relaciones fácticas convencionales» en las que lo característico y peculiar resulta ser «la variedad de datos relevantes y la muy a menudo intrincada malla de relaciones mutuas en las que dichas *Gesinnungsmerkmale* se insertan» como base fáctica de la valoración a que apuntan. Por ello, por lo intrincado y complejo de la realidad, se renuncia en la ley a una descripción exhaustiva que agote la situación fáctica subyacente sobre la que ha de proyectarse la valoración. Se opta así por formular en la descripción típica un juicio de valor, capitulándose ante la extensa gama de detalles y de posibles variaciones fácticas<sup>121</sup>.

Transponiendo dichas ideas al tema que nos ocupa, podría contemplarse la formulación típica que se refiere a los «motivos» discriminatorios en la agravante como un «elemento de la actitud interna» que en realidad debe ser interpretado como una técnica del legislador que renuncia a una descripción de las situaciones fácticas en las que las conductas de orientación antidiscriminatoria adquieren todo su perfil de peligrosidad para el colectivo de referencia. Se renuncia por la complejidad del contexto a una

<sup>119</sup> STC 235/2007, de 7 de noviembre. Véase, al respecto, LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. *Los delitos...*, cit., p. 49 y ss.

<sup>120</sup> STRATENWERTH, Günter. «Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale», en WELZEL, Hanz; CONRAD, Hermann; KAUFMANN, Armin; KAUFMANN, Hilde (eds.). *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1963, p. 171 ss.

<sup>121</sup> STRATENWERTH, Günter. «Zur Funktion strafrechtlicher...», cit., p. 189, lo que le lleva al autor a una actitud muy crítica frente a la utilización de estos «elementos de la actitud interna». Todo ello en el contexto de la discusión sobre la ubicación sistemática de estos elementos azuzada por la entonces reciente monografía de «habilitación» de SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, J.C.B. Mohr Paul Siebeck, Tübingen, 1958, *passim*, a la que nos remitimos como obra fundamental en la materia. Véase, también, más recientemente TIMM, Frauke. *Gesinnung und Straftat. Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012, *passim*; y específicamente sobre la agravante en esta materia en Alemania TIMM, Frauke. «Tatmotive und Gesinnungen als Strafschärfungsgrund am Beispiel der "Hassdelikte"», *Juristische Rundschau*, n.º 4, 2014, p. 141 y ss.

descripción de la base fáctica y se alude a los «motivos» o «razones» como elementos que en realidad están apuntando, en una valoración anticipada, no a una constatación de la motivación psicológico-subjetiva, sino del contexto social en el que la conducta antidiscriminatoria se entiende —intersubjetivamente— como tal por el colectivo victimizado y por la sociedad en su conjunto.

### C) LA AGRAVANTE POR RAZONES DE GÉNERO: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

El debate sobre la interpretación de la agravante por razones de género se ha intensificado notablemente de forma reciente. La literatura al calor de la discusión no deja de crecer<sup>122</sup> pero también es la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo la que de forma recurrente en los últimos años se hace eco de su aplicación y sentido<sup>123</sup>.

Como botón de muestra, la reciente STS 59/2021, de 27 de enero, reproduce la doctrina sobre la agravante por razones de género (que ya se estableció en la STS 565/2018, de 19 de noviembre) y que se ocupa de revi-

<sup>122</sup> Véase, por todos, solo GÓMEZ MARTÍN, Víctor. «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18, 2016, p. 18 y ss.; y GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Delitos de discriminación y discurso de odio punible. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Juruá, Oporto, 2019, p. 41 y ss. (con ulteriores referencias). También MAQUEDA ABREU, María Luisa. «El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015», *Cuadernos de política criminal*, n.º 118, 2016, p. 5 y ss.; MAQUEDA ABREU, María Luisa. «¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes de sexo/género del art. 22.4 CP?», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa (coords.). *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Bdef, Buenos Aires, 2017, p. 703 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. «Pacto de estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 20, 2018, p. 1 y ss.; ASUA BATARRITA, Adela. «La razón de género en el marco de la agravante «de odio» del art. 22.4 CP. Por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivo», en PÉREZ MANZANO, Mercedes; IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; DE ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina; MARTÍN LORENZO, María; VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coords.). *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Universidad Complutense de Madrid (UCM), Madrid, 2020, p. 365 ss.; ASUA BATARRITA, Adela. «Ni impunidad ni punitivismo...», cit., p. 155 ss.; y también, recientemente, el completo estudio de GORDON BENITO, Iñigo. «La violencia de género y los contornos de la criminalidad por odio en la jurisprudencia sobre la agravante del art. 22.4 CP: ¿Un salto hacia lo desconocido?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 24, 2020, p. 89 y ss., con ulteriores referencias y un exhaustivo estudio jurisprudencial.

<sup>123</sup> La mayoría de las últimas Sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado sobre la agravante del artículo 22.4.º hacen referencia a supuestos de aplicación de la circunstancia por razones de género: así, sin ánimo de exhaustividad, SSTS 707/2018, de 15 de enero; 420/2018, de 25 de septiembre; 99/2019, de 26 de febrero; 452/2019, de 8 de octubre; 444/2020, de 14 de septiembre; STS 571/2020, de 3 de noviembre; STS 59/2021, de 27 de enero; y STS 300/2021, de 8 de abril.

sar una tentativa de asesinato en el contexto de una relación de pareja en la que el hombre actúa, según los hechos probados, por la sospecha de que la víctima mantenía otra relación y como intento extremo de control posesivo sobre la víctima.

En su Fundamento de Derecho cuarto se discute y afirma la compatibilidad de la agravante de género con la de parentesco para lo que se alude, precisamente, a las obligaciones dimanantes del Convenio de Estambul (artículos 3, 46 y 49). Y es en tal contexto de diferencia entre ambas agravantes que se profundiza en el fundamento de la de género aseverando que:

«El fundamento de la agravante de género reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a la víctima y como medio para demostrar que considera a la mujer como un ser que debe ser dominado.

En otras palabras, se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero con la novedad de que no se concreta de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante solo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer.

Esta es la verdadera significación de la agravante de género.

Esta agravante se aplicará cuando la conducta del varón trate de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a esta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación, con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano.»

La sentencia alude al sexo y al género como realidades separadas a efectos de la agravante del artículo 22.4.º de tal forma que el sexo comprendería las características biológicas y fisiológicas que diferencian a hombres y mujeres, mientras que el género se refiere «a los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente, que la sociedad considera apropiados para los hombres y para las mujeres». La dominación por género está en el núcleo de la agravación como manifestación de una desigualdad y discriminación secular que tiene raíces sociales.

Establecida así la potencialidad de aplicación de la agravante más allá de las relaciones conyugales o de pareja, se declara una general compatibilidad de la misma con todo delito a excepción de aquellos que ya incorporen tales razones de género en la descripción de su propio injusto (inherencia). Y de estos últimos salva expresamente los delitos contra la libertad sexual en los casos en que la «dominación por razones de género se concreta en una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradi-

cionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de estas.»

Como se puede observar el razonamiento jurisprudencial parece apoyarse en una lectura intersubjetiva atenta al contexto de dominación, en términos más «objetivos» de suerte que:

«(...) no requiere la agravante de género un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer (así lo hemos dicho en la STS 99/2019), pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así efecto motivador.

Todo ello determinado a partir de las particulares circunstancias que rodean los hechos y del contexto relacional de agresor y víctima, no limitado al ámbito conyugal o de pareja, desde luego no lo impone el precepto (artículo 22.4 CP), sino a todos aquellos en los que se conciten hombres y mujeres, y sean susceptibles de reproducir desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados. Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que el autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad.

De todos modos, será necesario que el delito se cometa «por razones de género», como se enuncia en la circunstancia 4.ª del art. 22 del Código Penal. De manera que esa es la vertiente subjetiva de la agravación.»

La situación de control, dominación y cosificación de la mujer, por tanto, es el elemento clave<sup>124</sup> que puede materializarse dentro de la relación de pareja hasta colonizarla por completo (control de movimientos, forma de vestir, relaciones sociales, humillación y desprecio sistemático que mina la autoestima por el mero hecho de ser mujer...) o que, también, puede ejercerse o pretender imponerse en contextos ajenos a tal relación.

<sup>124</sup> Que, sin embargo, se da por ausente, por ejemplo, en la STS 300/2021, de 8 de abril, en un caso en que el marido responde a una agresión con cuchillo con otra de las mismas características en la que no se va a apreciar la agravante ya que se argumenta, en el Fundamento de Derecho 6: «(...) que el conflicto que dio lugar a la muerte de la mujer no fue debido a razones de género, celos o expresivas de una relación de dominación, sino debido a un enfrentamiento por el traslado de la menor cuya custodia ejercía el acusado.» (...) «la posibilidad de serle arrebatada (la niña) por su madre biológica adquiere visos de ser el claro detonante, que nada tiene que ver con el comportamiento de Tomasa de abandonar meses antes el domicilio y querer el divorcio»; es decir, que la actuación del acusado no está fundada en un sentimiento machista, de dominación o de imposición sobre la mujer por el mero hecho de serlo, sino en la previsible pérdida de la custodia y de la relación con la niña Guadalupe que se le anunciaba por la víctima y que él no quería admitir».

Como dice la STS 571/2020, de 3 de noviembre, un escenario de pre-tensión de dominación fuera de la pareja tiende a darse precisamente en los delitos contra la libertad sexual siendo esa dinámica y ese tipo de actos los que generan la humillación y cosificación de una mujer desconocida para el agresor.

La nueva agravante, por tanto, se apoya en su fundamentación en el contexto de dominación del hombre e intento de subordinación sobre la mujer a la búsqueda de una manifestación de la secular situación de discriminación machista y, por tanto, en clave colectiva y más «objetiva»<sup>125</sup> a la hora de tasar la agravante.

#### D) VALORACIÓN FINAL

La agravante de odio, como los delitos de odio en general, responde a una tradición de tutela de colectivos vulnerables. Y esa óptica es la que ha ido dotando de sentido al castigo de conductas agresivas contra miembros de tales minorías en la medida en que la agresión individual (de unas lesiones, o un delito de daños, o una agresión sexual...) lesionaba bienes jurídicos individuales de personas concretas, pero, a la vez, lanzaba un mensaje amenazante sobre todo el colectivo de referencia. Esta última dimensión de tutela, más de índole colectiva, apuntaba a que las agresiones delictivas por odio no son episodios aislados, sino parte de una lluvia fina que profundiza la discriminación de todo el colectivo. Le hunde más en una situación de injusticia que, en el día a día, se traduce en una restricción de las esferas de libertad de todos y cada uno de los miembros del grupo diana, aunque ellos no hayan sido, en particular, el sujeto pasivo del concreto ataque de referencia.

La jurisprudencia interpretativa de las razones de género parece por tanto irse deslizando hacia un castigo adicional al delito base por ese daño colectivo añadido y real contra todas las mujeres. Cada agresión a una mujer impacta en el contexto de dominación. Será, por tanto, ese impacto, el punto de referencia sobre el que determinar si se activa la agravante también en supuestos en que los delitos sexuales, por ejemplo, se demuestren como cometidos en términos de fungibilidad del concreto sujeto pasivo. Una mujer sufre la agresión: pero si resulta que es también, intersubjetivamente, el canal de transmisión de la amenaza para todas las mujeres; con

<sup>125</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. «El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa», en MONGE FERNÁNDEZ, Antonia (dir.); PARRILLA VERGARA, Javier (coord.). *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, 2019, p. 114.

otras palabras, si resulta ser un instrumento vicario de agresión contra el colectivo en su conjunto, deberá agravarse.

Así argumentado parece dirigirse la jurisprudencia a un fundamento más objetivo, más de incremento del injusto en la línea de la postura por nosotros defendida.

Pero debe llamarse la atención sobre el hecho de que, en este caso, no se trata de una minoría vulnerable sino de la mitad de la humanidad. No se podrá hablar de minorías vulnerables sino de una mayoría históricamente agredida, discriminada.

Paradójicamente, sin embargo, esa línea interpretativa está colonizando e influenciando el devenir de otras constelaciones de casos en que se aplica la agravante de odio contra otros colectivos diana. En efecto, los pronunciamientos del Tribunal Supremo relativos a otro tipo de razones ajenas a la constelación de casos de género, apuntaban desde un inicio a sentencias atinentes más a cuestiones ideológicas o de origen nacional<sup>126</sup> que tendían a una fundamentación muy subjetivante y de motivación interna. Una interpretación que no atendía a la lógica de tutela de minorías vulnerables. Ahora bien, en lo podría ser un golpe de timón, el reciente Caso Altsasu (STS 458/2019, de 9 de octubre)<sup>127</sup> relativo a la agresión a guardias civiles fuera de servicio en una localidad navarra discute de lleno la aplicación e interpretación del artículo 22.4.º CP en un contexto ideológico. Y, en este caso, se constata ya un cierto deslizamiento de la interpretación jurisprudencial de la agravante del 22.4.º CP hacia la lógica de la tutela de colectivos vulnerables inspirándose en algunos moldes interpretativos aplicados a los preceptos relativos a la violencia de género y, en consecuencia, más impregnada del contexto colectivo y objetivo (intersubjetivo) de la discriminación<sup>128</sup>.

En síntesis: la agravante por razones de género permite la ampliación de la tutela penal frente a la violencia contra las mujeres, incluida la

<sup>126</sup> Así, significativamente, STS 713/2002, de 24 de abril; y la STS 241/2006, de 24 de febrero.

<sup>127</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. «Delitos de odio y sentido de tutela: reflexiones al hilo del «caso altsasu» (STS 458/2019)», en LAURENZO COPELLO, Patricia; DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto (coords.). *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2021, p. 351 y ss.

<sup>128</sup> Está por ver que esta hipótesis y aparente golpe de timón se materialicen en el futuro. De la misma manera que queda por desarrollar, aunque supera el marco de este estudio, la cuestión sobre si la lógica antidiscriminatoria por razones de género y su correlato penal es asimilable a la lógica de tutela de los colectivos vulnerables (de matriz sobre todo étnica) que originariamente fueron los objetos de tutela en los delitos de odio. Ver en tal sentido la reflexión que compartimos de ASUA BATARRITA, Adela. «La razón de género...», cit., p. 367 ss. y *passim*.

sexual, más allá de la violencia doméstica. Y ello en línea con los fundamentos y espíritu que persigue el Convenio de Estambul. Queda, no obstante, para una futura evaluación positiva o negativa de la agravante conocer, en detalle, su evolución jurisprudencial. De la forma en que se razone y aplique según grupos delictivos<sup>129</sup> dependerá, en definitiva, una valoración positiva por transmutar intervenciones penales comunes en instrumentos de adecuada captación del daño adicional contra el colectivo de las mujeres o, por el contrario, en una evaluación negativa por exceso punitivista<sup>130</sup>.

#### IV. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES DEL CONVENIO DE ESTAMBUL: UNA VALORACIÓN DE CONJUNTO

La evolución del Derecho Internacional de los derechos humanos de ámbito universal y regional europeo está en fase de cristalización de un estándar de intervención político-criminal que se va progresivamente deslizando de un paradigma general antidiscriminatorio hacia un foco de atención prioritario más centrado en la violencia contra las mujeres desde una perspectiva de género.

La normativa penal española tardó en acompañarse a la evolución de los estándares internacionales. En efecto, la regulación penal de la violencia doméstica se inició a través de la reforma del Código Penal del año 1989<sup>131</sup>, el cual introdujo el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar. Era parte del primer gran viraje legislativo que reorientaba la tutela en esta materia desde un Derecho Penal sexual patriarcal hacia una regulación que pusiera en el centro la libertad sexual<sup>132</sup>.

<sup>129</sup> Ya hemos indicado que la jurisprudencia no ve problemas para la aplicación de la agravante a delitos sexuales en sentido estricto (art. 178 ss.) o su compatibilidad con la agravante de parentesco en casos. Ahora bien, está por ver que pueda predicarse una aplicación cabal de la agravante por razones de género a casos de matrimonios forzados, aborto, esterilización forzada, mutilación genital femenina o delitos de trata, por ejemplo. No cabe en el marco de este estudio descender a estos problemas. Pero conviene dejar apuntado que la irrupción de la agravante por razones de género y, más aún, si le sumamos ahora la de «identidad de género», está lejos de haber asentado un cuerpo de interpretación pacífico y coherente.

<sup>130</sup> En tal sentido, muy crítica, con sólidos argumentos ORTUBAY FUENTES, Miren. «¿Sentencias con perspectiva de género?...», cit., p. 122 y ss.

<sup>131</sup> Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. *BOE* de 22 de junio de 1989, n.º 148.

<sup>132</sup> CANCIO MELIA, Manuel. «Capítulo 30. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (coord.). *Memento Práctico Penal 2021*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021, p. 1097.

El punto de referencia se anclaba por aquel entonces antes que en una perspectiva general de la violencia de género en los denominados delitos de «violencia doméstica» o «violencia en el ámbito familiar». Esta visión se mantuvo hasta la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género<sup>133</sup> que ya se acerca a una cosmovisión más sociológica de aproximación al fenómeno como una manifestación de discriminación enraizada en la situación de desigualdad y asimetrías en las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Se comienza, sin embargo, pronto, a visualizar que el contexto de partida anclado en el ámbito familiar debe ampliarse. Como ya indicara MAQUEDA ABREU la violencia contra la mujer «no es una cuestión biológica ni doméstica sino de género»<sup>134</sup>.

La reforma del Código penal de 2015, por tanto, había iniciado ya ese viraje ampliatorio tras la introducción de la agravante genérica por razones del artículo 22.4<sup>135</sup> que parece encaminarse a una interpretación jurisprudencial que exige un contexto intersubjetivo de dominación del hombre sobre la mujer como punto de apoyo para su aplicación. Una interpretación en la línea de lo sugerido por el Convenio de Estambul y que también se puede proyectar sobre delitos sexuales más allá de la violencia doméstica, pero de forma compatible también con esta realidad (compatibilidad de las agravantes de género y parentesco).

En la misma línea de ir asumiendo ajustes y orientaciones de conformidad con el Convenio de Estambul pueden incardinarse también las reformas que dibuja a futuro el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual 2020<sup>136</sup>. Así las modificaciones en materia de agresión y

<sup>133</sup> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *BOE* de 29 de diciembre de 2004, n.º 313.

<sup>134</sup> MAQUEDA ABREU, María Luisa. «La Violencia de Género, Entre el concepto jurídico y la realidad social», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 8-02, 2006, p. 2.

<sup>135</sup> Sin olvidar tampoco su correlato del delito de odio con palabras que también castiga la incitación al odio, la violencia o la discriminación por razones de género. Se trata de un precepto originariamente ligado al estándar internacional del artículo 4 del Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965 y también del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (arts. 19 y 20). Dicho estándar, no obstante, está sometido particularmente en Europa a presiones expansionistas que lo hacen acercarse e interferir en el campo de intervención penal de la violencia expresiva de género. LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. «Delitos de odio y estándares internacionales...», cit., p. 19 ss. y *passim*.

<sup>136</sup> Así lo indica, expresamente, la comunicación del Consejo de Ministros en la aprobación del citado Anteproyecto, en los siguientes términos:

«El Consejo de Ministros ha aprobado el inicio de la tramitación del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual. Esta Ley, que recoge muchas de las demandas del movimiento feminista, significará la protección integral del derecho a la libertad sexual

abuso, tanto por lo que respecta a la desaparición de su diferenciación, como por las repercusiones que puede tener para una mejor interpretación del tipo agravado de violación contribuyendo a neutralizar ciertos modos probatorios que desenfocan la línea de tutela hacia fines diferentes de la centralidad del consentimiento como eje de la articulación de los tipos penales.

También puede valorarse como positiva la previsión del Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual 2020 en relación al acoso sexual pues, siguiendo las indicaciones del último informe GREVIO amplía su ámbito de prohibición a situaciones análogas más allá de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, aunque todavía no hasta el punto deseable de alcanzar a conductas al margen de su carácter gravemente intimidatorio, hostil o humillante.

El balance respecto de otras prohibiciones sectoriales de la normativa española también presenta aspectos notables de avance según los estándares del Consejo de Europa. En primer lugar, el delito de matrimonio forzado,

---

de todas las personas, así como la erradicación de todas las violencias sexuales, reconociendo que afectan a las mujeres de manera desproporcionada.

Su ámbito de aplicación comprende, sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal, las violencias sexuales entendidas como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido, o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado. Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto.

Esta Ley será un referente internacional en materia de protección de las mujeres ya que las protege de todas las violencias sexuales. En ese sentido destaca su carácter integral basado en la prevención, el acompañamiento y la reparación. Es clave en la Ley poner en el centro el consentimiento de la mujer, es decir la libertad sexual.

Con esta Ley además se da cumplimiento a las responsabilidades de España en el marco de la violencia de género fuera del ámbito de la pareja o expareja, en su deber de proteger y promover el disfrute de los derechos humanos de las mujeres. Eso significa cumplir con las obligaciones que establecen los principales tratados internacionales y europeos de derechos humanos, como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) o el Convenio sobre la Prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul) ratificado por el Estado español en 2014. De forma paralela esta norma además dará cumplimiento a algunas de las medidas establecidas en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género (2017), mejorando el marco del propio Pacto, gracias a la integralidad de la norma.»

*Vid.* CONSEJO DE MINISTROS. *Aprobada la tramitación de la Ley Orgánica de garantía de la libertad sexual*, Martes 3 de marzo de 2020. Disponible en internet: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/Paginas/enlaces/030320-enlace-mujeres.aspx> [última consulta: 19-07-2021]. También venía reclamando una intervención legislativa en la misma línea el documento presentado por la ASOCIACIÓN JUEZAS Y JUECES POR LA DEMOCRACIA. *Algunas Propuestas para una debate necesario pero ausente sobre Justicia y Derechos Fundamentales*, 2019, p. 11 ss. Disponible en internet: <http://www.juecesdemocracia.es/2019/04/22/propuestas-una-nueva-legislatura/> [última consulta 19-07-2021].

introducido en la reforma del CP de 2015, cumple esencialmente con la estructura típica sugerida por el Convenio de Estambul (prohibición de conductas coactivas incluidas actuaciones con engaño para atraer territorialmente a la víctimas). De igual manera, resultan positivos los ajustes en materia de mutilación genital femenina, aunque, en este caso, su frente de mejora reside en las eventuales lagunas de punición del tipo actual respecto de algunas conductas preparatorias (coacción, facilitación o incitación sin resultado) que podrían llegar a incluirse en el futuro como tipos adelantados. También debe resaltarse la positiva reforma, ya en vigor (LO 2/2020), que ha derogado la posibilidad de esterilización forzada de las personas con discapacidad (artículo 156.2 CP) que afectaba desproporcionadamente a las mujeres y las niñas y limitaba su autodeterminación y derechos reproductivos en clara contravención del derecho internacional de los derechos humanos.

Pero levantando la cabeza por encima de un vuelo rasante de lo que estrictamente prescribe el Convenio de Estambul, de lo que informa su órgano de control GREVIO, o del aprovechamiento más o menos eficaz de sus indicaciones a efectos de las recientes reformas legislativas o por venir, podría intentar hacerse, a continuación, una suerte de evaluación global de conjunto.

El Derecho Penal español frente a la violencia sexual tiene dolores de parto. Las hechuras de los modelos legislativos pasan el corte formal de las orientaciones básicas del Derecho Internacional de los derechos humanos tanto de índole universal como regional europeo. Los dolores, sin embargo, se detectan en que los nuevos modelos legislativos, por más que necesarios, no anulan inercias patriarcales seculares. Por ello perviven impulsos interpretativos y distorsiones que van requiriendo nuevos ajustes. Probablemente el debate sobre la diferenciación entre agresión o abuso ilustre mejor que nada lo señalado. No se trata de un debate a resolver en términos «técnicos», sino hacerse cargo que la tal división despliega en el conjunto aplicativo actual efectos simbólicos y reales perniciosos para la percepción real de (in)justicia de las mujeres. Igualmente, la agravante por razones de género invocando modos argumentales de dominación «de libro» bien pudiera también malbaratar su potencial de tutela desviando el tiro a un punitivismo estéril, desenfocado y vacío de contenido. Quizás, los dolores de parto por intentar acoger cabalmente una tutela penal contra la violencia sexual no reflejen sino los sesgos cognitivos de los aplicadores del derecho<sup>137</sup>. Las leyes deben adaptarse, pero también las cadenas argumentales y los actores que las construyen, porque de lo contrario su desajuste e inercia histórica acaban averiando, como savia envenenada, la mejor de las maquinarias.

<sup>137</sup> ORTUBAY FUENTES, Miren. «¿Sentencias con perspectiva de género?...», cit., p. 152.

**IVAP**  
HERRI ARDURALARITZAREN  
EUSKAL ERAKUNDEA



LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA.  
ANÁLISIS MULTIDISCIPLINAR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL  
Y EUROPEO A LA LUZ DEL CONVENIO DE ESTAMBUL



**IVAP**  
HERRI ARDURALARITZAREN  
EUSKAL ERAKUNDEA



**IVAP**  
HERRI ARDURALARITZAREN  
EUSKAL ERAKUNDEA

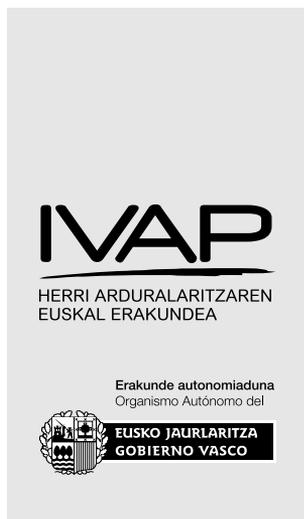


**José Francisco Etxeberria Guridi** (director)  
**Goizeder Otazua Zabala** (coordinadora)  
**Katixa Etxebarria Estankona** (coordinadora)  
**Eneko Etxeberria Bereziartua**  
**Enara Garro Carrera**  
**Jon Mirena Landa Gorostiza**  
**Dunia Marinas Suárez**  
**Maite Zelaia Garagarza**

# La mujer víctima de violencia

Análisis multidisciplinar del ordenamiento  
jurídico español y europeo a la luz del  
Convenio de Estambul





**José Francisco Etxeberria Guridi** (director)  
**Goizeder Otazua Zabala** (coordinadora)  
**Katixa Etxebarria Estankona** (coordinadora)  
**Eneko Etxeberria Bereziartua**  
**Enara Garro Carrera**  
**Jon Mirena Landa Gorostiza**  
**Dunia Marinas Suárez**  
**Maite Zelaia Garagarza**

## La mujer víctima de violencia

Análisis multidisciplinar del  
ordenamiento jurídico  
español y europeo a la luz  
del Convenio de Estambul

Oñati, 2022



© Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi  
Euskadiko Autonomia Elkarteko Administrazioa

Edita: Instituto Vasco de Administración Pública  
Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea

ISBN: 978-84-7777-649-9

Depósito legal: D-00278-2022

Fotocomposición e impresión: Grafo, S.A., Avda. Cervantes, 51-edificio 21 – 48970 Basauri (Bizkaia)