

Josefa Fernandez Nieto

Letrado de la Administración de Justicia

Doctora en Derecho

A VUELTAS CON LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL Y PARA LA ERRADICACIÓN DE LAS VIOLENCIAS SEXUALES: EL ALCANCE REFLEXIVO PARA UNA REFORMA NECESARIA.

"Las diferencias entre hombres y mujeres que se manifiestan como nociones antagónicas, no dependen de la naturaleza biológica o social de cada sexo, sino que son el resultado de procesos de construcción social mediante los cuales se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y hembras" (Bergalli y Bodelón, 1992).

1.- Introducción 2. – Regulación de los delitos sexuales en el Código Penal español: un largo peregrinaje 3.-Propuesta de la actual reforma penal sobre el derecho de las mujeres a una vida libre sin violencia. Perspectiva: la violencia sexual como un delito de atentado contra un bien jurídico colectivo: el género 4.-El debate. Informe del Consejo Fiscal y del Consejo General Poder Judicial 5.- Revisiones constructivas y conclusiones de futuro.

I.- Introducción

La violación sexual ha ocurrido desde el nacimiento de la historia. Sin embargo, la regulación jurídica y su punición han presentado a lo largo de la historia diversas facetas en la protección de la víctima. Y aquí entra el derecho, de la mano de esa profundización antropológica. El derecho resultaría ser así una estrategia al servicio de un proceso de construcción del género¹.

Desde el punto de vista del Derecho, el acto delictivo de la violación supone llevar a cabo una acción que se encontraba al margen de la esfera de la libertad sexual permitida, pero en los albores de la historia no siempre fue así.

En efecto, los indicios más antiguos sobre la tipificación del delito de violación se remontan al Código de Hammurabi del año 1760 A. C., que es una codificación de leyes basada en la Ley del Talión que, sin embargo de este presupuesto, sancionaba fuertemente la violación. El Código de Hammurabi no reconocía la independencia de las mujeres, diferenciando únicamente entre una mujer casada y una mujer virgen pero prometida. Según esta clasificación si un hombre violaba a una mujer virgen, su castigo era la muerte; más si la violación era cometida en contra de una mujer casada, esta debía compartir la pena con su agresor sin que se tomen en cuenta las circunstancias en que se cometió la violación, siendo la pena de muerte mediante el ahogamiento, pues tanto la

¹ La aplicación de la perspectiva de género en la interpretación de la ley no es contraria a las garantías del Derecho penal. A través de las resoluciones judiciales los Jueces tienen la oportunidad de visibilizar y revertir los efectos de la desigualdad derivados de las relaciones asimétricas y los patrones de género. Pero con la aplicación de la misma, no se vulnera ningún principio esencial del Derecho penal. El derecho introdujo una revolución en la supresión de la dote, en la potestad doméstica, en la emancipación de la mujer del marido, en la regulación del divorcio, etc.... todos logros a favor de la independencia de la mujer y sus derechos como ser humano.

mujer como su agresor eran arrojados a un río, del cual si el marido de la agraviada así lo deseaba podía sacarla.

En la edad antigua, entre los hebreos, se han encontrado registros del delito de violación bajo la pena de muerte, delito mencionado en La Biblia en que se menciona:

"Más si un hombre hallare en el campo a la joven desposada, y la forzare aquel hombre, acostándose con ella, morirá solamente el hombre que se acostó con ella; más a la joven no le harás nada".

Si la joven no era desposada no se trataba de un delito, ya que el bien a tutelar era el honor del marido de la joven atacada y no la integridad física o emocional de la víctima como es hoy en día. La pena del acceso carnal ilícito era la lapidación para la mujer, pena capital muy común en los casos de los delitos graves. La leyenda sobre el origen de Roma cuenta sobre la violación a Rea Silvia por parte del dios Marte, por cuyo hecho quedaría embarazada de Rómulo y Remo, quienes fueran los míticos fundadores de Roma. Posteriormente a estos hechos, la violación de Lucrecia, de la cual tanto se ha ilustrado por grandes artistas, sería el punto final de la época monárquica en Roma, dando paso a la República romana. La violación ocupaba, en la época de la Roma imperial, un lugar importante en la vida sexual, se atropellaba sin vergüenza y se consideraba que el individuo forzado obtenía placer de ello. El modelo de la sexualidad romana era la relación del amo con sus subordinados (esposa, pajes, esclavos), es decir, el sometimiento. Someter era loable, ser sometido era vergonzoso solamente si se era un varón adulto libre. Si se era mujer o esclavo, era lo natural.

Con la llegada de la monarquía en Roma, el delito de violación se castigó bajo la *Lex Julia* tipificándose dentro de la Ley de las XII tablas, bajo el título de *iniuria*, el cual fue penado bajo la pena de muerte que únicamente podía ser evitado con el exilio del autor del delito y la confiscación de todos sus bienes. El bien jurídico tutelado era la castidad de la mujer, el honor de su padre si era virgen y el honor de su esposo si era casada, por ende no se puede hablar durante este período de una lesión de la libertad sexual porque las mujeres no podían decidir con quién mantener relaciones sexuales.

En la Edad Media, la violación conjuntamente con otras clases de trasgresiones de carácter sexual fueron penadas severamente en Europa, encontrándose penadas desde el siglo XI hasta el siglo XVI. Es importante observar que la esencia del castigo del delito de violación no era el consentimiento, sino la *honorabilidad de la mujer*, razón por la cual era muy común que las violaciones que se cometían en contra de mujeres amancebadas, prostitutas o criadas quedaran impunes por personas de clases sociales privilegiadas en contra de mujeres de clases sociales bajas y desprotegidas, tales como las criadas que se encontraban desamparadas de la justicia, lejos de su hogar y sus familias y en un estado de total sometimiento y dependencia a los patronos.

A finales de la Edad Media, aparece una figura jurídica conocida como el derecho de pernada, *Ius primaenocis* (*el derecho de la primera noche*). Era, teóricamente, un derecho feudal tácito que establecía la potestad señorial de tener relaciones sexuales con toda doncella, sierva de su feudo, en la primera noche cuando se fuera a casar con otro siervo suyo. Suponía, por tanto, la posibilidad de una violación legal de cualquier mujer del vasallaje.

Muy variados eran en aquel entonces, los castigos por el delito de violación cometidos durante la Edad Media, que dependían según las circunstancias del caso, tales como el allanamiento de morada, la existencia de engaño que sería considerado como un estupro violento y el cometimiento mediante el empleo de violencias físicas.

Uno de los castigos de la violación y considerado el mal menor para la víctima era que el violador contrajera matrimonio con su víctima, siendo obligado a encontrarle un marido a su víctima si esta se negara rotundamente a casarse con él.

En la Alta Edad Media, se tipificó el delito de violación con un procedimiento que debía seguir la víctima con la finalidad de poder acusar su condición. El procedimiento que debía seguir la víctima era arañarse la cara en señal de su dolor, presentar la denuncia respectiva ante los Tribunales de Justicia en el lapso de tres días desde que se cometió el delito, que declarara el hecho a cuantas personas se encontrara a su paso y que se sometiera al peritaje de las matronas o parteras para que se verificase su caso.

Con la edad moderna y los principios jurídicos nacidos de la Revolución Francesa, así como la promulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano asentaron las bases de los derechos y las libertades individuales. Por ello, la configuración del delito de violación cambia radicalmente, teniendo como objeto jurídicamente protegido a la *libertad* de las personas respecto de su autodeterminación sexual. En palabras de BOBBIO, la libertad sexual tiene un doble sentido positivo y negativo, siendo positivo en el caso de la libre determinación de una persona para hacer uso de su cuerpo y sexualidad, y negativo, el aspecto de negarse a ejecutar y a no tolerar actos sexuales.

La pena del delito de violación ha sido prescrita de acuerdo a los principios de los nacientes derechos humanos, bajo la premisa del constitucionalismo y de los fines de la pena. Estos principios serían adecuados posteriormente a los códigos penales nacientes de los nuevos estados, siendo incorporados posteriormente al código penal español y los códigos penales de Europa. Es a partir de la codificación francesa, con la proclamación de la Declaración de Derechos Humanos, cuando las legislaciones europeas se diversifican. Entre fines del siglo XIX y los primeros años del XX, se da en nuestro país el proceso de codificación penal que fija por escrito los hechos en abstracto que de realizarse serán considerados delitos y el castigo correspondiente, introduciendo la libertad sexual como libertad individual, y visibilizando la verdadera afectación causada a la mujer abusada sexualmente.

II.- Regulación de los delitos sexuales en el Código Penal español: un largo peregrinaje

Conviene poner de manifiesto que estamos ante una de las partes del Código Penal de 1995 que más han sufrido los vaivenes del legislador. Ya fue objeto de una amplia reforma por medio de la LO 11/1999, de 30 de abril, que tuvo por objeto casi exclusivo esta parte del Código Penal.

Posteriormente, fueron retocados con ocasión de la **LO 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana**, violencia doméstica e integración social de extranjeros, ley que afectó al art. 188 del Código Penal, dentro de los delitos relativos a la prostitución. Por fin, de nuevo, la ya citada **LO 15/2003 de 25 de noviembre** vuelve a modificar la regulación. Después la Ley Orgánica 5/2010, que modifica algunos artículos del título VIII.

Y finalmente, la **Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo**, realiza modificaciones a lo largo de todo el articulado del Título VIII, del libro II. Era opinión casi mayoritaria la de que con la reforma del Código Penal se pretendió romper con el modelo que venía rigiendo en el anterior Código Penal, imponiéndose un esquema regulativo muy

deficiente, de los peor concebidos a lo largo de todo el código, que probablemente requería de una reconsideración global y no de sucesivos parches.

Superados los delitos contra la honestidad, al inicio de los años ochenta existía un consenso doctrinal en torno a la necesidad de que el Código Penal abandonase la tutela de la honestidad como bien jurídico en la esfera sexual. Las demandas doctrinales se orientaban a la postulación de *legeferenda* de la reforma del derecho penal sexual en aras a la tutela de la libertad sexual como bien jurídico individual de la persona.

Así, la Exposición de Motivos del Código señala que con ello "*se pretende adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos*". Es así como surgió el germen de la individualización de este tipo de delitos como algo que afecta a la visión más personalista e individual de la mujer, su libertad sexual. Idea -fuerza que inspiraba los anhelos de reforma. El objetivo era claro: vaciar de contenido moral el derecho penal sexual lo que implicaba abandonar la tutela de sentimientos colectivos de prejuicios estándar imperantes y en definitiva, de proceder a la laicización del instrumento punitivo en esta materia.

Se trataba de un claro anhelo: tutelar la libertad sexual como parcela básica de la libertad del individuo a la luz de los valores que alumbró la Constitución de 1978 todo ello, en detrimento del concepto moral sexual dominante y de los intereses indirectos o reflejos presentes secularmente en los tipos del Código Penal, que en buen número de casos implicaban la tutela mediata de intereses familiares matrimoniales *stricto sensu*.

Este proceso explica en la línea de la reforma introducida el 21 de junio de 1989 ACP que el Código Penal de 1995, en el título VIII aluda a la libertad sexual como bien jurídico. Se trata de un objeto jurídico de protección que se inserta en la esfera de libertad personal cuyo contenido esencial son las facultades de autodeterminación sexual, actual o in fieri (por ejemplo con relación a menores), como valor en suma de una sociedad pluralista y tolerante. En este sentido, la apuesta político criminal se centra en evitar la imposición a través del Derecho penal de concepciones o valoraciones globales –corporativas de la sociedad–.

La reforma de 1989 introdujo como elemento delitos contra la libertad sexual y alumbró una nueva redefinición del delito de violación de la que derivaron consecuencias positivas e indiscutidas como por ejemplo, la no admisión del "oasis de la honestidad", que tradicionalmente negaron del delito de violación en el ámbito matrimonial.

Sin embargo, también se abrieron heridas y críticas más mordaces que señalaban que el bien jurídico protegido en estos delitos seguía siendo la moral sexual y no la libre autodeterminación sexual individual. Es muy conocida la crítica de GIMBERNAT², en la que señalaba que "*los movimientos feministas no podían entrar como elefante en cacharrería en las reformas del Código Penal*".

La regulación del Título VIII del CP de 1995 es reflejo de este proceso legislativo y en definitiva de las dificultades que supone abordar una política criminal sustitutiva de la tradicional regulación de los delitos sexuales.

² GIMBERNAT E., El 20 de julio de 2004, cuando la Ley contra la Violencia de Género era sólo un Proyecto, publico en El Mundo una Tribuna Libre titulada *Los nuevos gestores de la moral colectiva*. Finalizó con estas palabras: "El movimiento feminista ha dado origen a la mayor revolución del siglo XX, y a él le corresponde el mérito gigantesco de haber cambiado las condiciones de vida de las mujeres para conseguir -aunque todavía queda mucho por hacer- su equiparación social y profesional con los hombres. Pero ni siquiera esta aportación que ha abierto una nueva época de la Humanidad le legitima para entrar en el ámbito del Derecho penal como un elefante en una cacharrería"

Así pues, el *bien jurídico protegido* en los delitos previstos en los arts. 178 a 194 del Código es claramente la *libertad sexual*, entendiendo con ello que estamos ante un objeto jurídico de protección que se inserta *en la esfera de la libertad personal*, y cuyo contenido esencial son las facultades de autodeterminación sexual actual o potencial. Esto significa, respecto a los adultos, que la orientación de los tipos penales se dirige a castigar conductas que obstaculicen la libre opción sexual, y respecto a los menores, que los tipos penales se orientan a la preservación de las condiciones básicas para que en el futuro puedan alcanzar un libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual.

En efecto, las novedades fundamentales en la regulación de los delitos sexuales se concentran en los tres primeros capítulos del Título, estableciéndose una especie de graduación por la gravedad de las conductas, de tal modo que primero se tratan los ataques contra la libertad sexual efectuados con violencia o intimidación (agresiones sexuales), a continuación los ataques de esa naturaleza, efectuados sin violencia o intimidación, pero sin consentimiento (abusos sexuales), y por último, las conductas de solicitud de favores sexuales prevaleciendo de superioridad (acoso sexual).

La Exposición de Motivos del Código se refiere a la novedad de las técnicas punitivas utilizadas, señalando que "*en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto*", y este comentario no ha dejado de provocar críticas en algunos comentaristas, que han señalado la complicación innecesaria del marco legal y el abandono de una terminología (violación, estupro...) socialmente muy arraigada y con un contenido claramente definido. Ahora bien, como trataremos de poner de manifiesto a lo largo de esta exposición, esa sistemática lleva en algún caso (en los abusos sexuales, por ejemplo) a construir unos tipos con un contenido escaso, y difícil de imaginar en la práctica ("tipos de recogida", los denomina algún autor)

En la reforma, se abandonan las categorías tradicionales de violación o estupro, que responden a esta misma preocupación sistemática, pero no puede olvidarse, tampoco, que desde el punto de vista victimológico se habían denunciado los procesos de victimización que llevaba consigo el término "*mujer violada*", y en ese sentido, aunque el cambio exija una redefinición jurisprudencial de conceptos, produce una impresión favorable.

Los aspectos positivos del nuevo Código se centran en la profundización de los avances legislativos que ya incorporó la reforma del año 1989. Aun así los más ilustres penalistas subsistían en el peligro de haber trocado un derecho penal simbólico por otro que no lo es menos, en clara pugna con los principios de taxatividad y legalidad de los tipos penales.

Más tarde, la **L.O. 5/2010 de 22 de junio**, también modificó los arts. 178, 180 a 183 y añadió el Capítulo II bis con la rúbrica relativa a los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años con la intención de aumentar el nivel de protección de la víctima, especialmente las más desvalidas en aplicación de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de Europa relativa a la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

Y finalmente, la **Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo**, realiza modificaciones a lo largo de todo el articulado del Título VIII, del libro II, para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales la explotación de los menores y la pornografía infantil, la cual obligaba a los Estados miembros a endurecer las penas.

Al delito de *abuso sexual fraudulento* preceptuado en el art. 182 CP, se añade el supuesto de engaño con posición de confianza, y la pena que será castigado con la

pena de *prisión de 1 a 3 años*. Se modifica la rúbrica del Capítulo II Bis, para regular los abusos sexuales de los *menores de 16 años*. Se eleva la edad del consentimiento sexual a dieciséis años, ya que el apdo. 1 del art. 183 CP establece que "*El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años*".

El art. 183 del CP, añade una *nueva modalidad* para la comisión del delito, cuando el sujeto activo *mediante violencia o intimidación compeliere a la víctima a participar* en actos de naturaleza sexual con un tercero o *a realizarlos sobre sí mismo*. Además agrava la pena cuando el *culpable ponga en peligro la salud de la víctima*. El art. 183 bis del Código Penal cambia de redacción y contempla el caso en que *se obliga al menor a presenciar actos de carácter sexual*. Ahora el delito de ciber acoso se regula en el nuevo art. 183 ter del Código Penal que recoge el caso en que a través de internet, o de cualquier otra tecnología de la comunicación se contacta con un *menor de dieciséis años* y se *proponga* un encuentro de los descritos en el art. 183 al art. 189 del Código Penal.

El 183 quáter, introduce la cláusula de exención conocida en el derecho anglosajón como *Romeo and Juliet exception*, por expresa referencia a la obra de Shakespeare en la que ambos enamorados eran adolescente tiene puntos de coincidencia con la recogida en otras legislaciones internacionales, aunque algunas optan por establecer directamente una rebaja sustancial de la pena en vez de clausula exoneradora de la responsabilidad criminal.

De este continuo devenir legislativo, se ha hecho eco la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la Sentencia 355/2015 de 28 de mayo tilda de laberíntica la regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, siempre dirigidas a endurecer el tratamiento penal con un indisimulado sesgo moralizante tras la reforma operada en 2015, y recomendando extremar la precaución en su aplicación y analizar con atención la posibilidad, remota de no incurrir en *bis in idem* sancionando doblemente una misma conducta o motivo de agravación. Sin embargo, sería ocioso decir que con estas reformas se solucionaron los problemas interpretativos para juzgar estos tipos delictivos. Antes al contrario, más confusión se ha creado.

Los últimos casos de atentados contra la libertad sexual de carácter grupal cometidos contra la libertad sexual de la mujer ocurridos recientemente tanto en España como en el resto de Europa, y que han tenido gran repercusión mediática, lejos de la polémica por el impacto social, jurídicamente han dado lugar a cuestionarse un nuevo planteamiento de reforma del Título VIII, del Código Penal y en la colectividad de la mujer a proteger. Y ello, por una razón que no se nos escapa, el Derecho penal sexual debe tratar de dar respuesta a la sociedad que en esencia es, una realidad cambiante. Y en esto creemos que, el legislador, sobre este tipo de delitos, no lo ha conseguido.

Analizaremos en el siguiente epígrafe las dificultades de interpretación que presentan los preceptos art. 178 CP, *versus* art. 181 CP, en donde el hilo conductor de toda la regulación es la presencia necesariamente de violencia o de intimidación. Para finalmente, desembocar en una propuesta de futuro en línea con lo que se está llevando a cabo en Europa.

No obstante, el Código penal español identifica la violación con la agresión sexual en la que concurre acceso carnal. De esta manera, para su calificación se precisa la existencia de violencia o intimidación, lo que contrapone de lleno los avances logrados por los estándares legales internacionales actuales, y más concretamente, por el tratado europeo denominado Convenio de Estambul que España ha ratificado. Esto se debe a que los anteriores vienen apreciando el delito de violación en torno a la falta de

consentimiento de la víctima, que es el *actus reus*, independientemente de que concurra o no violencia o intimidación.

Mal que pese, el legislador ha mirado para otro lado. El Código Penal español no se ha hecho eco de esta evolución y, por lo tanto, su tipificación del delito de violación se encuentra enraizada en comparación con los mecanismos legales internacionales. Así, para la legislación española, cuando no se dan los medios comisivos concretos no concurre una violación, sino un delito de abuso sexual. En el límite existente entre las agresiones y los abusos sexuales, una muy estrecha línea separa ambas figuras situándose entre la agresión sexual intimidatoria y el abuso sexual con prevalimiento.

Esta frontera tan decisiva, resulta poco lógica entre conductas típicas muy semejantes. Pues, por lo que respecta al desvalor de acción, no existe una gran disparidad en que sean las palabras o actos amenazantes los que constriñan psicológicamente la libertad de la víctima o sea la situación de superioridad de la que el sujeto activo se aprovecha la que lo haga. En cuanto al desvalor de resultado, siendo cierto que el nivel de constreñimiento de libertad resulta mayor en la intimidación, ni en esta ni en el prevalimiento la víctima actúa bajo su libre consentimiento o bajo su voluntad derivada de su libertad sexual individual. No obstante, situarse a un lado u otro de dicha frontera supone consecuencias terminológicas muy importantes, como la consideración de violación o no. Por todo esto, se valora que la cuestión jurídica central en cuanto a la violación debe desplazarse de la concurrencia de violencia o intimidación hacia la falta de consentimiento, que debe ser el elemento definitorio del delito, poniéndose el énfasis en que la víctima no ha deseado el acceso carnal como resultado de su libertad sexual individual, que es el bien jurídico a proteger³.

En la sociedad actual con la introducción del concepto de “género”, como concepto jurídico social y valor a respetar y proteger por los ordenamientos jurídicos, y por tanto, asumido por⁴ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la luz de toda la normativa internacional⁵, se ha reiterado que los Estados tienen el deber de penalizar cualquier

³ ALTUZARRA ALONSO I., “El delito de violación en el Código Penal Español: Análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional”, *Revista Deusto* [http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp511-558](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp511-558), 8.06.2020

⁴ El concepto «género», que ha sido asumido por la sociología y la filosofía jurídica, se atribuye al movimiento feminista que distingue así el sexo biológico del constructo social que se asocia al mismo. El concepto se desarrolla en la segunda mitad del siglo XX en diversas obras feministas entre las que destaca OAKLEY, A. *Sex, Gender and Society*. Londres: Ed. Routledge, 1972. Diferenciar el plano biológico del socialmente construido permitió entender los roles asignados a cada género y la consecuente asunción de la mujer como sujeto inferior al hombre. Véase el estudio de ASUA, A. «Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico» en RINCÓN, A (Coord.). *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*. Vitoria-Gasteiz: Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, 1998, p. 50. También resulta relevante lo que explica la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Los derechos de la mujer son derechos humanos. 2014*, p. 38 «La noción de género se refiere a las identidades socialmente construidas, los atributos y los roles asignados a mujeres y hombres» que, dice, dan lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres en favor de los primeros y en detrimento de las segundas.

⁵ Véase la Declaración y Plataforma de Acción de Pekín de la Asamblea General de la ONU aprobada en la 16ª sesión plenaria de 15 de septiembre de 1995, párr. 113, la Recomendación General Nº 19 sobre la violencia contra la mujer del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) del 29 de enero de 1992, párr. 6; Recomendación general Nº 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer del Comité CEDAW de 16 de diciembre de 2010, párr. 19 y la Recomendación General Nº 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer por la que se actualiza la Recomendación general nº 19 del Comité CEDAW de 26 de julio de 2017, párr. 14. Declaración sobre la eliminación de violencia contra la mujer de la Asamblea General de la ONU de 1993 adoptada por la resolución 48/104 en la 85ª sesión plenaria del 20 de diciembre de 1993. También aborda en su artículo 1 el concepto de «violencia contra la mujer» definiéndolo como «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales

acto sexual no consentido, incluidos aquellos en los que no existe resistencia física de la víctima, pues lo relevante es la falta de consentimiento y no el medio empleado para realizar el acto. El medio puede servir para graduar la pena, pues la violencia o la amenaza de su uso son más graves que el tocamiento furtivo que la víctima no espera, pero lo determinante es el consentimiento. En la misma línea, el Convenio de Estambul obliga a los Estados a tipificar como delito de violencia sexual todas aquellas conductas que no han sido consentidas.

III.- Propuesta de la actual reforma penal sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Perspectiva: la violencia sexual como un delito de atentado contra un bien jurídico colectivo: el género

El Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul) –es considerado el marco jurídico más completo hasta la fecha para combatir la violencia contra las mujeres y niñas– que obliga a los países firmantes a penalizar todo acto de carácter sexual realizado sin consentimiento. A pesar de que el Convenio de Estambul ha sido ratificado por más de 20 Estados europeos, entre ellos España, la mayoría de ellos no han modificado aún sus definiciones legales de violación. Según datos de Amnistía Internacional (AI), solo nueve de los de los 33 países que componen el Espacio Económico Europeo reconocen que las relaciones sexuales sin consentimiento constituyen violación –considerando por separado las tres jurisdicciones de Reino Unido–. Se trata de Inglaterra y Gales, Escocia, Irlanda del Norte y la República de Irlanda, además de Bélgica, Chipre, Luxemburgo, Alemania, además de Islandia.

Si en la regulación original la limitación de la libertad de la mujer era el presupuesto de su honestidad, que a su vez la hacía digna de protección, ahora se invierte el significado: "*es la constricción de la libertad lo que colorea la ilicitud de la conducta*". El abandono de la honestidad como bien jurídico permitió iniciar el desmontaje de ciertas construcciones sociales que asignaban roles sociales de género desiguales y discriminatorios para la mujer.

Entendemos que es necesario abordar la reforma del Código Penal desde la perspectiva de género en el ámbito de la interpretación y aplicación normativa. Y hablar de perspectiva de género implica posicionarse en el lugar de las mujeres y en la posición que el Derecho les (nos) ha otorgado. No puede olvidarse que «la violación es un delito que comete un género contra otro, es decir, que cometen el género masculino contra el femenino, tratándose de un comportamiento aprendido por los hombres como una forma de mostrar y ejercer el poder por medio de la sexualidad», por lo que la inclusión del hombre como posible víctima no supuso otra cosa que una igualación formal a través de una norma general y abstracta como es el Código penal, que pretende no discriminar por razón del sexo de la víctima.

El Derecho tiene mucho de interpretación y de sensibilidades, y las calificaciones de los términos jurídicos no coinciden muchas veces de forma idéntica en la opinión de unos y otros; ni siquiera en las personas que se dedican a la profesión de la jurisdicción y de la aplicación de la Ley o el estudio del Derecho. Es lo acontecido en la sentencia de la "Manada"; término, por cierto, con el que se autodenominaron los propios integrantes de dicho caso en su grupo de WhatsApp. Efectivamente, el fallo de los magistrados de la Audiencia Provincial de Navarra, que dictaminaron abuso sexual

actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada».

continuado, por entender que no hubo violencia ni intimidación por parte de los autores, no coincidió con la propuesta del Juez instructor ni de la Fiscalía que los imputaron y acusaron por agresión sexual. Resultaría más apropiado se refiera a un único delito que se calificara genéricamente como "Atentado contra la libertad sexual", contra cualquier acto sexual no consentido, distinguiendo luego las posibles y diferentes variantes de tipo con respecto a las circunstancias concurrentes. En tal caso, la calificación sería única (en lugar de distinguir, como actualmente, entre abuso o agresión sexual), pero las penas podrían agravarse según las circunstancias concurrentes, como la actuación en grupo, la prevalencia, etc. Ante tales textos legales, no es raro que haya explotado la opinión pública, al considerar dichos supuestos tan sólo como abusos y no agresiones sexuales.

¿Es suficiente entender que, como no hay violencia ni intimidación manifiesta en tales supuestos, tampoco hay agresión sexual?. ¿No sería más lógico aplicar el tipo máximo de delito sexual en los supuestos en que no hay consentimiento de la víctima por el simple hecho de que la persona agredida tiene un trastorno mental o está privada de sentido o en situación de shock o bloqueo psíquico emocional por miedo y opresión de angustia, precisamente porque el autor o autores ya no tienen necesidad de doblegar la voluntad de la víctima en tales situaciones de inferioridad?. La visión de género no es algo reciente, y de hecho el Tribunal Supremo en reciente sentencia habla del "*escenario del miedo*" al que se ve abocado la víctima de violencia de género. Para el Tribunal no puede admitirse que el estado de pánico y terror les suponga una traba de credibilidad y se puede señalar que hay un antes y un después desde la STS 247/2018 de 24 de mayo.

De verdad que se hace necesaria la reforma del Código Penal de forma urgente en tales supuestos. De este debate, surge el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, conocida también como la ley del "*sí es sí*", el Gobierno pretende solventar estas cuestiones. Para ello, introduce, entre otras cosas, la modificación del Título VIII del Código Penal en lo relacionado a la validez del consentimiento expresado por la víctima ("*Se entenderá -dice el Proyecto- 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*"), así como la reducción de los dos tipos penales, abuso y agresión sexual a solo el segundo. De este modo, se infiere que en el enjuiciamiento del delito de violación se precisa, en la búsqueda de igualdad real, además de la revisión legislativa, y de manera igualmente urgente y trascendental, la incorporación de una formación en perspectiva de género dirigida a los aplicadores del Derecho. Así, a la hora de apreciar las circunstancias subjetivas y personales de la víctima en cada caso concreto, que se analizan según el punto de vista de un observador neutral, conviene en ciertos casos incluir dicha perspectiva, entender que el contexto social no es el mismo para hombres y para mujeres, lo que puede hacer que estas últimas perciban como aterradoras ciertas situaciones. De esta forma, se persigue que la víctima ya no deba probar que hubo violencia e intimidación para que la calificación jurídica sea la de agresión sexual, también si el agresor abusó de ella mediante su superioridad o en base a su estado de voluntad mermada será calificado como agresión, pero también se pretende, mediante la modificación de la concepción del consentimiento, dar mayor protección a la víctima, es

decir que solo por una manifestación expresa de la víctima, se pueda considerar el consentimiento como válido⁶.

IV.- El debate. Informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial

El debate con la nueva reforma ha ocasionado grandes polémicas.

El informe del Consejo Fiscal El Consejo Fiscal avala la definición del consentimiento expreso que constituye una de la principales novedades de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

En el anteproyecto se señala que "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". Según la Fiscalía, que así lo señala en su informe, este cambio de redacción otorgará más claridad a esta figura. El Consejo Fiscal apuesta por una redacción más sencilla, de manera que se establezca que "sólo se entenderá que existe consentimiento cuando la víctima manifieste libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos" esa necesaria voluntad.

Sin embargo, el CGPJ desde una perspectiva mucho más crítica sobre la totalidad del proyecto, considera que el Código Penal vigente ya considera punible todo acto de carácter sexual realizado sin el libre consentimiento del sujeto pasivo y considera "innecesaria" la definición que se hace en el anteproyecto. Señala que en materia de delitos contra la libertad sexual el Código Penal vigente ya se asienta sobre la idea de consentimiento, aunque no incluya una definición del concepto, y considera punible todo acto de carácter sexual realizado sin el libre consentimiento del sujeto pasivo, sea en la forma de agresión o en la de abuso sexual, bien porque no exista tal consentimiento o bien porque se trate de un consentimiento viciado. Así "se estarían alterando de modo sustancial las normas sobre la carga de la prueba en el proceso penal, con riesgo de afectación del principio de presunción de inocencia", advierte el informe.

En este sentido, el informe considera innecesaria la definición que el anteproyecto introduce en el artículo 177.1 del Código Penal, según la cual "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". Según el dictamen, la cuestión problemática que plantea el consentimiento no es conceptual (qué deba entenderse por consentimiento) sino probatoria (cuándo existe o no consentimiento) y que las eventuales dificultades procesales de acreditar la ausencia de consentimiento no pueden trasladarse al ámbito de la tipicidad, mediante la incorporación de una definición normativa de un elemento típico. Esa definición determina un aparente desplazamiento de la carga probatoria, pues parece configurar un elemento negativo del tipo cuyas distintas notas características (manifestación libre, actos exteriores, concluyentes e inequívocos y voluntad expresa de participar en el acto) deberían ser probadas por la defensa para excluir la tipicidad. De esta forma, se estarían alterando de modo

⁶ Vid trabajo en donde se analiza en profundidad la necesidad de la reforma .FERNANDEZ NIETO, J. (2018). "La frágil línea de la violencia y la intimidación en los delitos sexuales. La proyección del "no" en estas figuras delictivas". *Revista penal* , 2018 Sepin.

sustancial las normas sobre la carga de la prueba en el proceso penal, con riesgo de afectación del principio de presunción de inocencia.

El texto añade que la incorporación de una definición de consentimiento no logrará evitar la victimización secundaria, pues hará girar los interrogatorios hacia el modo en que la víctima suele prestar consentimiento sexual para determinar el alcance de las «circunstancias concurrentes». También afirma que la definición contiene elementos contradictorios al admitir claramente en su primera parte que la manifestación de la voluntad pueda ser expresa o tácita y exigir en su inciso final que sea expresa. Para eliminar esa contradicción propone que el precepto se refiera a la voluntad a secas - como ya hace el Código Penal-, que podrá manifestarse de modo expreso o tácito.

A nuestro modo de ver esta crítica del informe del CGPJ, es infértil y está orientada a despistar jurídicamente, más que a aclarar o puntualizar. Sustituir el termino consentimiento por voluntad no exime de los problemas probatorios que se objetan, porque también son los que actualmente provoca la actual redacción y que tantos problemas ha causado en la práctica judicial (véase caso Arandina, Manada)⁷. No obstante, la prueba del otorgamiento de consentimiento libre suele resultar difícil. En la mayoría de los casos se trata de supuestos de "palabra contra palabra". Para el juez puede resultar complicado dar mayor credibilidad a una de las partes. Ante estas situaciones se utiliza el principio de inmediatez. Cabe recordar que estos delitos ya eran considerados de difícil prueba por Beccaria (*Dei delitti e delle pene, Cap. XXI*).

Según la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, las declaraciones de la víctima tienen valor de prueba testifical siempre que se practiquen conforme a la ley, siendo suficientes por sí mismas para desvirtuar la presunción de inocencia. **Si es la única prueba**, el tribunal deberá realizar una cuidada valoración conforme a determinadas pautas: falta de ánimo de venganza, ausencia de contradicciones relevantes en la declaración y verosimilitud basada en circunstancias periféricas. Que sería entonces el silencio? Voluntad o consentimiento, ¿son iguales? . Ni en lo externo ni en lo interno, No⁸. Si antes el silencio significaba consentimiento

⁷ La STS de 26 de febrero de 2019 supuso un punto de inflexión en este tema. Como señalan SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES SEOANE MARÍN, MARÍA JESSICA/OLAIZA NOGALES, INÉS: "Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol.39, 2019, será el contexto objetivo de dominación, el cual vendrá marcado por el comportamiento del autor, más allá de por sus motivaciones o intenciones concretas en el momento de la comisión del delito, el que determine la aplicación de la agravante. La sustitución del componente intencional exigido por los tribunales por un elemento de carácter objetivo nos permitirá alejarnos de las amplias dificultades probatorias que conlleva todo fundamento subjetivo. Esta resolución sí nos permite empezar a vislumbrar un cambio jurisprudencial en relación a la exigencia del elemento motivacional o elemento subjetivo del comportamiento del autor en el momento del hecho.

⁸ Consentimiento y voluntad son fenómenos vinculados pero diferentes, y existen, por lo menos, dos formas de aceptar: explícita e implícitamente. En un ejemplo hipotético, una persona podría acceder "formalmente" (consentir) a sostener una relación o práctica sexual con su pareja y "realmente" no desear participar en ella (voluntad); algunos motivos podrían ser: ceder por miedo al enojo de la pareja, por el deseo de complacerla, para velar por el bienestar del vínculo amoroso, entre otros, manifestando su "decisión" a través de palabras, o bien, del silencio. Hay consentimiento, no se vulnera el cuerpo, pero el deseo sexual no es bilateral. En este escenario, no hay uso de la fuerza ni amenazas directas ni imposición de la cópula y, sin embargo, subyace algo que está mal, pues se acepta una relación sexual no deseada. Vid. Yoliliztli Pérez Hernández "Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género", *Rev. Mexicana. Sociol* vol.78 no.4 México oct./dic. 2016 http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032016000400741

tácito y disponibilidad del cuerpo femenino, ahora supone negativa e indisponibilidad de ese cuerpo. El silencio no es acuerdo ni consentimiento. No es “el que calla otorga”. La ausencia de resistencia u oposición, por sí sola, no puede determinar que la relación sea consentida. Cuando se denuncie como no consentida una determinada relación sexual, al afectar tales conductas a la dignidad de la persona, es obligación de las autoridades llevar a cabo una investigación reforzada, exhaustiva, efectiva y con perspectiva de género a fin de acreditar si ese consentimiento concurrió o no y si, en su caso, fue prestado de forma libre.

Lo que nos lleva a la necesidad de recordar la existencia de una obligación reforzada por parte de los Estados en virtud del principio de diligencia debida de llevar a cabo, en casos como estos, en los que resulta afectada directamente la dignidad de la persona, una investigación exhaustiva y eficaz, sin demoras injustificadas y teniendo en cuenta la perspectiva de género (arts. 5 y 49 del Convenio de Estambul).

Puntos conflictivos de la reforma:

a. Sobre la absorción del delito de abusos sexuales en el de agresión sexual.

Situar el eje de la regulación en el consentimiento, como veremos a continuación, implica en primer lugar la unificación conceptual entre agresión y abuso sexual (art. 178.1 y 2 CP)¹, aspecto que en mi opinión merece una valoración positiva. Sin embargo para el CGPJ, la creación en el artículo 178 del Código Penal de una única categoría delictiva de agresión sexual que aglutina lo que hoy constituyen dos tipos distintos, el de agresión sexual y el de abusos sexuales, conlleva -según señala el informe - una indiferencia valorativa de los medios comisivos que choca con el principio de proporcionalidad en una doble dirección:

Por un lado, puede tener un efecto de desprotección de las víctimas, pues para el autor del delito no tendrá mayores consecuencias emplear un medio comisivo más lesivo que otro de intensidad menor. Para evitarlo sería necesario prever una modalidad agravada de agresión sexual cuando concurra un medio comisivo especialmente lesivo (claramente, con violencia, con amenazas), imponiendo la pena en su mitad superior.

Pero también se incurre en el riesgo de castigar con gran severidad conductas que presentan un menor grado de lesividad. Aunque para evitarlo se incorpora en el artículo 178.3 un tipo atenuado facultativo que permite al juzgador imponer una pena menos grave en atención a la “menor entidad del hecho”, el texto indica que este concepto adolece de imprecisión y falta de taxatividad, dejando un amplísimo margen interpretativo que podría comprometer el principio constitucional de legalidad penal, que esta redacción “no logrará evitar la victimización secundaria” porque “hará girar los interrogatorios hacia el modo en que la víctima suele prestar consentimiento sexual para determinar el alcance de las circunstancias concurrentes”⁹. Además, cree que

⁹ ASÚA BATARRITA A. «Las agresiones en el nuevo código penal: imágenes culturales y discursos jurídicos». En «Análisis del código penal desde la perspectiva de género». *Instituto vasco de la mujer*. 1998.

la definición de consentimiento contiene "elementos contradictorios" al "admitir claramente en su primera parte que la manifestación de la voluntad pueda ser expresa o tácita y exigir en su inciso final que sea expresa". Para eliminar esa contradicción se propone que el precepto se refiera a la voluntad a secas, como, señalan, ya hace el Código Penal, que podrá manifestarse de modo expreso o tácito.

b. Se considera que eliminar el delito de abuso podría perjudicar a la víctima

.

El CGPJ, esta decisión conlleva "una indiferencia valorativa de los medios comisivos que choca con el principio de proporcionalidad en una doble dirección". Esto, indican los expertos, podría desembocar en una "desprotección de las víctimas", pues para el autor del delito "no tendrá mayores consecuencias emplear un medio comisivo más lesivo que otro de intensidad menor". Para evitarlo, recomiendan prever una modalidad agravada de agresión sexual cuando concurra un medio comisivo especialmente lesivo (claramente, con violencia, con amenazas), imponiendo la pena en su mitad superior. La opción más idónea sería configurar este precepto como un tipo autónomo atenuado que vincule la "menor entidad" al acto sexual y excluya su aplicación cuando concurren circunstancias como la violencia, la intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, el prevalimiento cuando el hecho delictivo se realiza sobre personas que se hallan privadas de sentido o abusando de su situación mental o que se realicen teniendo la víctima anulada por cualquier causa su voluntad. No creo que sea la introducción del termino voluntad por el de consentimiento sea una solución. Cómo se alcanzar a probar en términos inculpatorios, la voluntad de la víctima?. Tampoco separar abuso de la agresión sexual.

Quizás la solución sería por adoptar una posición intermedia. El propio significado etimológico del término abusar (ab-usus), es decir, la referencia a un uso indebido o excesivo pero que implícitamente presupone el derecho a uso. En segundo lugar, porque al margen del propósito preventivo-comunicativo que debe perseguir el lenguaje jurídico, no se puede olvidar la enorme carga simbólica que transmite la terminología principalmente para la víctima, ya que no es lo mismo ser considerada agredida que abusada. Pero esa carga simbólica también está muy vinculada con el reproche que se realiza al victimario que perpetra el hecho, porque tampoco es lo mismo ser considerado agresor que un mero abusador, con una indudable rebaja de la carga emocional que implica el término. De ahí que, a mi juicio, la eliminación de la distinción entre la agresión y el abuso sexual y su equiparación en el plano terminológico debe ser aplaudida. Quizás la unificación de todas las modalidades bajo el concepto de agresión sexual suscita cierta controversia por las reminiscencias que históricamente trae consigo el término en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, vinculadas al empleo de violencia o intimidación o a la exigencia de un acometimiento físico personal y violento. A la espera del informe del Consejo de Estado.

A estos dos informes, habrá que sumar el del Consejo de Estado, todavía pendiente de presentación. Una vez valorado por los tres organismos, este anteproyecto, que fue aprobado como tal por el Consejo de Ministros el 3 de marzo de 2020, deberá

volver a ser aprobado por el Ejecutivo como Proyecto de Ley y después iniciar su tramitación parlamentaria en el Congreso.

V.- Revisiones constructivas y conclusiones de futuro.

El acometimiento de cualquier tipo de reforma penal inevitablemente lleva aparejada una amalgama diversa de luces y sombras.

La regulación de los delitos contra la libertad sexual incorpora aspectos muy positivos como es, en primer lugar, la desaparición de la distinción entre las agresiones y abusos sexuales unificando los comportamientos en la categoría de agresión sexual. Esto ha generado polémicas. Es cierto que podría haberse utilizado una terminología distinta (atentado o ataque sexual), pero entiendo que esta propuesta disminuye muy considerablemente las posibilidades de re victimización de las mujeres que sufren violencia sexual. No olvidemos la idea fuerza de la reforma, insertar la perspectiva de género en la regulación de los delitos sexuales. Una regulación que en nuestra opinión, desde los postulados normativos europeos e internacionales, debe ser acorde con la sociedad actual, y superar la idea de que el bien jurídico protegido es sólo y exclusivamente individualizado. La perspectiva de género debe penetrar en el marco regulatorio penal.

Igualmente, me parece acertada la asimilación del concepto jurídico de violación con lo que se entiende socialmente por tal, dado que contribuye a generar un Derecho penal muchísimo más receptivo con las demandas y sensibilidades sociales que permite lograr una mayor adhesión social a lo recogido por la norma, pero siempre y cuando esto no suponga un abandono de la racionalidad. Sin embargo como dice JERICO OJER¹⁰, las sombras que plantea el Anteproyecto son alargadas y pueden oscurecer planteamientos que merecen ser aplaudidos.

En mi opinión se deben realizar legislativamente mayores esfuerzos por graduar el reproche penal incrementando la pena en la medida en que aumente el desvalor de la conducta y la afectación a la libertad sexual. Porque una cosa es el aspecto comunicativo positivo que implica la unificación conceptual y otra muy distinta equiparar jurídico penalmente el tratamiento dispensado a las relaciones sexuales inconscientes. Sólo de este modo se podrá garantizar el mantenimiento de la proporcionalidad de las penas ajustada a la lesividad del hecho, sin que ello suponga una merma para las garantías o la seguridad jurídica.

El cambio de paradigma establecido por lo que respecta a la valoración del consentimiento en estos delitos es crucial en el proyecto de reforma del CP. Escuchamos frecuentemente (a veces incluso con sorna) que con esta regulación los varones se ven expuestos peligrosamente a que sus relaciones sexuales estén continuamente amenazadas por la posible derivación de responsabilidad penal. Los argumentos que tienden a apoyar las tesis de que siempre existe la duda acerca de si la víctima acordó o no la relación sexual son, en mi opinión, muy discutibles. Creo que con criterios objetivos no es difícil alcanzar dicho conocimiento, porque incluso en la esfera de la intimidad es perceptible cuando una relación es consentida y se está participando de forma activa en ella. Y en aquellos casos en los que exista la duda habrá que preguntar. Cuando no exista respuesta, cuando la actitud de la víctima no sea

¹⁰ JERICO OJER L., Boletín Jueces para la Democracia nº 11. 2020, <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2020/07/BOLETIN-N-11-VdG-2020.pdf>

colaborativa o cuando la víctima no pueda contestar debido a la influencia de sustancias o del alcohol, no se estará consintiendo. Creo además que la regulación que se lleva a cabo del consentimiento, en clara implementación de la perspectiva de género, sigue siendo plenamente garantista, como no puede ser de otro modo. Los postulados del Convenio de Estambul y demás normativa internacional exigen su imbricación en el nuevo código penal.

En ningún caso se invierte la carga de la prueba o se vulnera el principio de presunción de inocencia, dado que seguirá correspondiendo a la víctima acreditar que conforme a las condiciones circundantes no hubo actos exteriores, concluyentes o inequívocos que implicaron un consentimiento. Autores como CEREZO MIR o ROXIN, también creen que una reforma del código penal es necesaria, para poder dar solución a los problemas que la libertad sexual de los individuos plantea, estableciendo como núcleo central de la reforma el consentimiento, de tal manera que sirva para constituir la libre decisión de la persona. Sin embargo DIEZ RIPOLLES aporta una visión crítica a la reforma.¹¹

Sea como fuere ese necesario alcanzar el consenso de todos pero no rompiendo los postulados que tanto trabajo ha costado lograr. Como conclusión y regla de futuro pensamos que es procedente a todas luces desembarazar al derecho penal sexual de elementos y formulaciones que reflejen los roles sexuales tradicionales basados en la dominación y menosprecio de un género por otro. Pero ello, no ha de suponer el abandono de activos logrados trabajosamente en los últimos años, como lo son el trato igualitario de los sexos y la libertad individual de la mujer como punto de referencia. *Las dos, en mi opinión irrenunciables y lo demás son cantos de sirena, ante la necesidad de lograr la justicia igualitaria en pleno siglo XXI*¹².

En Madrid a 1 de febrero de 2021
Josefa Fernández Nieto

¹¹DIEZ RIPOLLES. J., “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, *Revista RECPC* 21-10 (2019) <http://criminnet.ugr.es/recpc/21/recpc21-10.pdf>El autor realiza un análisis crítico del contenido de esos textos pre legislativos en la medida que son un nuevo paso en la configuración de un derecho penal identitario el cual antepone la protección de colectivos a la de individuos. A tales efectos, no respetan debidamente relevantes principios penales, simplifican o pasan por alto determinados fenómenos sociales, banalizan depuradas concepciones dogmáticas y, finalmente, se identifican con la política criminal tradicional.

¹² DIEZ RIPOLLES J. “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 6 , 2000 <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6-2010&dsID=Documento.pdf> (la cursiva es nuestra)