

María Acale Sánchez (Universidad de Cádiz)

TRATAMIENTO PENAL DE LA VIOLENCIA SEXUAL DE GÉNERO

1. La negación histórica de la libertad sexual de las mujeres. – 2. La violencia sexual en la ley orgánica 1/2004, de protección integral frente a la violencia de género (LOPIVG). – 3. Las agresiones sexuales en el código penal. – 3.1. Aproximación. – 3.2. El delito de “violación” en el Código penal español. – 3.2.1. La evolución jurisprudencial en la interpretación de sus elementos típicos. – 3.2.2. Un ejemplo paradigmático de revictimización: la Sentencia de la Manada. – 3.3. La determinación de la pena en los delitos contra la libertad sexual. – 4. La sensibilización jurídica y social en materia de género.

1. La negación histórica de la libertad sexual de las mujeres

La historia de los Códigos penales españoles es un ejemplo perfecto de cómo la ley penal ha sido puesta al servicio del patriarcado para conseguir el objetivo de negar la dignidad personal de las mujeres, estereotipando de forma interesada una determinada imagen femenina a la que protegía más que como persona, por ser madre, esposa o hija, y a la que castigaba duramente si con su comportamiento incumplía los patrones de género establecidos. Con esa finalidad, desde el primer Código penal de 1822 han existido figuras delictivas que han restringido subjetivamente el sexo de los sujetos activo o el pasivo (M. Acale Sánchez, 2006, 26 y ss.). En este sentido, no puede ser casualidad que los delitos en los que históricamente se ha exigido dicho elemento típico sean aquellos que simultáneamente han venido negar el ejercicio de su libertad en materia sexual: baste con recordar como ejemplos clásicos el pack formado por los delitos de uxoricidio y adulterio, y los delitos contra la moralidad en el ámbito sexual.

En efecto, matar a la esposa sorprendida en acto de adulterio era constitutivo de delito de uxoricidio desde el Código penal de 1822; el motivo último de la incriminación no era otro que la protección de la honra mancillada del marido, afectada por la “*mala reputación*” de su esposa. Desde el punto de vista dogmático, la doctrina discutía si la infidelidad de la mujer era una excusa absolvatoria, una condición objetiva de punibilidad o una causa de imputabilidad, aunque sólo afectase al marido (A. Quintano Ripollés, 1972, 427 y ss.) y no a la mujer que matara a su marido sorprendido en acto de adulterio a la que le esperaba la pena de muerte o el internamiento en un centro “penitenciario” custodiado por religiosas que pretendían su corrección moral, a través de la privación de libertad (M. Acale Sánchez, 2017, 4). Con todo, como la responsabilidad criminal se extinguía con la muerte, para aquellos supuestos en los que el marido despechado no matara a su esposa

sorprendida en ese momento, estaba previsto el delito de adulterio, ámbito especialmente reservado al poder del hombre sobre la mujer “adúltera”¹. Se trataba de un delito especial que requería siempre y en todo caso sujeto activo mujer casada como tipo de autoría femenina individual, porque si bien a su amante se le imponía la misma pena que a ella sin embargo, moral y penalmente se le consideraba su mero “cómplice”.

En el Código penal de 1932, los delitos de uxoricidio y de adulterio desaparecieron, coincidiendo con el momento en el que la laicidad del Estado español proclamada en la Constitución de la II República, admitió el divorcio en el ámbito civil (M. J. Muñoz García, 1994, 84). Ello significaba que la muerte en estas circunstancias se sancionaba como delito de parricidio, con independencia de que existieran circunstancias atenuantes o se graduara la imputabilidad, atendiendo a las reglas generales del Código, en particular, a la atenuante de estado pasional (M. Acale Sánchez, 2006, 41). Pero cuando parecía que ya habían pasado a la historia de la Codificación penal española, el Código de 1944 volvió a introducirlos en su versión más clásica, castigando la muerte de la mujer adúltera y de su amante con una nimia pena de destierro que obviamente “no suponía inhibición alguna, sino todo lo contrario: era una auténtica invitación a eliminar a dos seres humanos” (E. Gimbernat Ordeig, 1990, 79).

La derogación definitiva del adulterio y del amancebamiento se produjo a través de la Ley 22/1978, de 26 de mayo (M. J. Muñoz García, 1994, 105).

Pero junto a los delitos de uxoricidio y adulterio, que sin duda alguna penalizaban a la mujer que ejercía su libertad sexual, los delitos relacionados con la moralidad sexual son el verdadero banco de prueba de la “tolerancia cero” del patriarcado con las mujeres. En este sentido, la mera consideración de estas conductas como atentados contra la honestidad, así como la necesidad de que sujeto pasivo de algunas de ellas fuera siempre una mujer, servía para poner de manifiesto que no se trataba de proteger bien jurídico individual alguno, sino una especie de moral sexual colectiva a cuyo amparo, durante decenas de años se ha dudado si la prostituta, considerada *la más deshonesta de todas las mujeres*, podía ser sujeto pasivo de un delito contra la “honestidad” como el de violación, o si la mujer casada podía ser violada por su marido (C. Carmona Salgado, 1981, 37 y ss.), no ya solo porque se consideraba siempre honesto el acto sexual en el seno del matrimonio, sino además porque el Código civil imponía a la mujer casada un débito conyugal que la obligaba a satisfacer las demandas sexuales de su esposo.

¹ Un estudio histórico sobre el delito de adulterio, véase en R. Rodríguez Gallardo (1995, 881), M. Cobo del Rosal (1967, 147 y ss.; 1963, 510 y ss.).

En este contexto, en paralelo, con frecuencia se hurgaba en la “honestidad” de la víctima², cuya intimidad quedaba al descubierto con la finalidad de los tribunales de determinar la pena del autor con la máxima precisión. Por este motivo, durante el proceso, la atención se desviaba de los hechos principales (la prueba del delito del que había sido víctima la mujer), a la propia vida de la víctima, pasando ya desapercibido el delito del que había sido víctima, que quedaba oculto entre las referencias a la virginidad de la mujer en el momento de la comisión del delito, la provocación o no con su comportamiento descarado de la reacción sexual violenta del hombre, la concreta parte de su cuerpo objeto de tocamientos, la cantidad de resistencia ofrecida por ella para defender su honestidad³, etc. De esta forma, las mujeres han pasado de ser sujeto pasivo de delito, a convertirse en sujeto de investigación al amparo de un código patriarcal victimario que se ha mostrado siempre protector del autor y desconfiado con la mujer víctima.

Los cambios que en 1995 se operaron sobre los delitos contra la libertad sexual vinieron a visibilizar el nacimiento de esa faceta concreta de la libertad como bien jurídico protegido, una vez que se sacaron del Código conductas como el rapto que no era más que un delito complejo⁴, se bajaron las penas (en el CPV el delito de violación tenía la misma pena que el delito de homicidio: dislate penalógico) y se modificó la definición de la conducta típica en el delito de violación, culminado el proceso imparable que comenzara la reforma del Código de 1989 cuando procedió a la sustitución del término “honestidad” por el de “libertad sexual”. En esta línea no existe impedimento

² Ejemplo claro de lo que aquí se dice es lo dispuesto en el Código de 1822 en torno al delito de rapto: es criterio que agrava la pena el que se “robe a mujer casada a su marido”; mientras que si se trata de mujer pública, se atenúa. (arts. 669 y 670, 688). Así como la obligación que imponían los Códigos de 1848 y 1850 de que el autor era condenado al margen de la pena, a hacerse cargo de la prole y a dotar a la ofendida si fuere soltera o viuda. Si estaba casada, no existía esta obligación, porque existía otro hombre que se hacía cargo de ella, otro dato que viene a poner de manifiesto que la mujer no era protegida en estos delitos.

³ En esta línea es digna de resaltar la STS 23 de mayo de 1979 [RJ 1979/2148], exige a la víctima “la resistencia seria, porfiada y denodada de la mujer, la cual, finalmente, doblegada y vencida, sucumbe y no puede impedir un coito indeseado y al cual se opuso, tenaz pero estérilmente, gracias a su inferior fortaleza física, a su desamparo y a la soledad en que ordinariamente se perpetrán estos hechos”. Sobre la interpretación jurisprudencial española del delito de violación así como sobre el discurso machista de fondo véase: M. Cugat Mauri (1993, 76 y ss.). Y sobre la fundamentación de que al día de hoy la prostitución no sea constitutiva de delito, E. R. Zaffaroni (2000, 29), para el que la prostitución no es más que “una forma de mantener subordinada a la mujer, esclavizada como mercancía de un hombre que la alquila. Esa situación de servidumbre hace innecesaria la intervención controladora del poder punitivo sobre ella”.

⁴ Que sorprendentemente ha vuelto a ser introducido en el art. 166.2.b, como una modalidad agravada de detenciones ilegales cuando “el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal o secuestro con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad”.

ya en aceptar que sujeto pasivo del delito de violación puede serlo la persona prostituida⁵ o la mujer casada a manos de su marido a la que posteriormente se hará referencia.

2. La violencia sexual en la ley orgánica 1/2004, de protección integral frente a la violencia de género (LOPIVG)

El art. 1 de la LOPIVG definió la violencia de género como aquélla que es “*manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, [que] se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”; y a continuación (núm. 3) llevaba a cabo la siguiente clasificación: “*la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*”. La lectura conjunta de ambas previsiones permite concluir que si bien se entiende que la violencia sexual es una de las modalidades de los comportamientos en los que se materializa la violencia de género, al limitarse la definición a las relaciones de pareja, se expulsa del concepto una amplia gama de casos que en sentido estricto sí constituyen esa modalidad de violencia. Así, fuera del art. 1 LOPIVG quedan la violencia sexual llevada a cabo por el compañero de la mujer sobre otras mujeres de la familia, la que se ejerce entre personas que no mantienen una relación de pareja con anterioridad al acto delictivo, la violencia que se produce en el trabajo (acoso sexual, a no ser que se trate de una empresa “familiar”) o a manos de una organización criminal (trata de mujeres con fines de explotación sexual, matrimonios forzados), a pesar de que son formas de violencia de género en atención a la Convención de Naciones unidas de 1995 (J. A. Martín Pallín, 1999, 45), y del Convenio de Estambul de 2011 del Consejo de Europa⁶.

⁵ Alejándose ya la interpretación del precepto de la honestidad como bien jurídico protegido. Pueden verse las SSTS 9/9/2009 TOL 28079120012009100881, núm. 806/2007, de 18 de octubre [RJ/2008/254] y la SAP de Madrid de 9/2/2010 TOL 28079370032010100145. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de julio de 2017 se castiga a un hombre por violación en un caso en el que la víctima prestó su consentimiento para la realización de un coito vaginal varias veces en un día siempre que se usara condón. En el último de los episodios, el autor decidió quitárselo y ella se negó, se produjo un forcejeo que dio lugar a que el sujeto mantuviera un acto sexual sin preservativo, llegando a eyacular en la vagina de la víctima (TOL. 6339103).

⁶ Que 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*”, como

Con todo, ni siquiera esta exclusión del concepto de violencia de género de la violencia sexual fuera de la pareja puede ser el motivo que justifique la disparidad de tratamiento que dio la LOPIVG a los delitos contra la libertad sexual dentro de la pareja, y los delitos de amenazas, coacciones, lesiones y maltrato en el mismo ámbito, pues en estos casos agravó sus penas, y en las de aquellos otros permanecieron inalteradas⁷.

Esto generó una especie de desprotección proporcional programada de la libertad sexual. Es más, la contradicción llegaba hasta el punto de que, si se piensa hoy en el delito de violación, que es un delito complejo que exige violencia o intimidación más un acto de contenido sexual, se da la absurda circunstancia de que, si se penaran separadamente ambos actos, el acto de violencia constitutivo de “violencia” o de “intimidación” sí vería su pena agravada pero el de contenido sexual, no⁸. El Tribunal Constitucional (TC) ha tenido ya ocasión de manifestarse sobre este punto, y ha afirmado que, en todo caso, “*lo que la argumentación más bien sugiere es o un déficit de protección en los preceptos comparados – lo que supone una especie de desproporción inversa sin, en principio, relevancia constitucional – o una desigualdad por indiferenciación en dichos preceptos merecedora de similar juicio de irrelevancia*”. El hecho de que el TC entienda que el déficit de protección

“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”.

⁷ La incorporación del sexo de los sujetos activos y pasivos dentro de los delitos a los que se acaba de hacer referencia vino a ocultar la necesidad de que, a pesar de ella, la jurisprudencia española no podría perder la perspectiva feminista a la hora de interpretar esos y cualquier otra conducta típica. En este sentido, si bien el movimiento feminista había criticado hasta entonces la aparente neutralidad y objetividad de las leyes, con el aterrizaje de estas conductas en el Código no se solventaron los problemas de interpretación. Sobre las distintas corrientes feministas y sobre la jurisprudencia feminista véase: S. Emmenegger (2001, 38 y ss.); R. Hunter (2010, 30 y ss.). En esta línea, la recientísima Sentencia del Tribunal Supremo español 247/2018, de 24 de mayo, ha castigado a un sujeto que intenta causar la muerte de su ex pareja como autor de un delito de asesinato en grado de tentativa. Se da la circunstancia de que en instancia los hechos habían sido considerados tentativa de homicidio pero el Tribunal Supremo analiza la secuencia criminal, la relación anterior que mantenía el autor con la víctima y termina affirmando que la muerte causada en estas circunstancias, es una muerte alevosa. Así se afirma que: “esta anulación de la defensa de la víctima hace aparecer esta circunstancia considerándola, en este caso concreto, con una perspectiva de género, ante la forma de ocurrir los hechos del hombre sobre su mujer y delante de sus hijos, y con un mayor aseguramiento de la acción agresiva sobre la víctima mujer por su propia pareja y en su hogar, siempre que del relato de hechos probados se evidencie esta imposibilidad de defensa de la misma en la acción de su pareja”.

⁸ Por tanto, los derechos de las víctimas de la violencia sexual quedan recogidos en distintas normas: las víctimas de la violencia sexual en la pareja tienen reconocidos derechos en la LOPIVG, así como en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. El resto de víctimas de violencia sexual, tienen reconocidos derechos solo en estas dos últimas leyes.

por desproporción inversa no tiene “*en principio, relevancia constitucional*”, debería ser argumento de peso para que el legislador lleve a cabo las reformas legales oportunas para dotar de coherencia interna al Código penal. A la vista de que ni la LO 5/2010 ni la LO 1/2015 han sometido a reforma la pena de los delitos de homicidio, ni de asesinato, ni de agresión sexual, ni de las lesiones más graves, parece que el legislador no ha tenido en consideración aún el aviso que le ha hecho el propio TC sobre la desproporción de la libertad sexual en el ámbito de la violencia de género⁹: pendiente queda corregir la desproporción que se quedó incorporada en el Código penal por esta vía¹⁰. Como se verá posteriormente, parece que ese momento puede haber llegado ahora, tras la publicación de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de marzo de 2018 (es el conocido como “el caso de la *Manada*”).

3. Las agresiones sexuales en el código penal

3.1. Aproximación

De todos los delitos que se castigan dentro del Título VII del Libro II del Código penal español, el debate jurídico se centra actualmente en el delito de violación, que después de varias reformas, según el art. 17 consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías siempre que el autor emplee violencia o intimidación como medios para obtener aquel acto de contenido sexual. Es cierto que tradición jurídica española parece sólida, al considerar

⁹ Ello con independencia de que se haya incluido dentro de las modalidades de asesinato agravadas que se castigan con la pena de prisión permanente revisable la causación de la muerte cuando “el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima”.

¹⁰ La agravación de la pena de unos actos de violencia de género y no de otros, carece de fundamento teórico y práctico, pues la realidad pone de manifiesto que son conductas que se producen en un mismo momento (unidad de acto). A estos efectos, son paradigmáticos los hechos juzgados en la STS 1424/2005, de 5 de diciembre [RJ/2006/1927]: se trata de un hombre que acude a casa de su antigua compañera sentimental, y tras pegarle un empujón, consigue entrar en y causa daños dentro de la vivienda, coloca obstáculos a fin de impedir que se pudiera abrir la puerta de salida de la casa (encerrándola), exigiéndole que abandonara a su nuevo compañero sentimental, con la advertencia de que si no lo hacía “mataría a ambos”, con violencia e intimidación penetra vaginalmente a la víctima. Estos hechos, que se produjeron antes de la LOPIVG fueron castigados como detención ilegal, en concurso con agresión sexual, allanamiento de morada y amenazas: se da la circunstancia de que de castigarse por la LOPIVG, solo se incrementaría la pena de las amenazas leves, no en el resto de conductas más graves. Esta absurda circunstancia nos hace plantearnos si no cuenta el Código penal con instrumentos que compensen la desprotección de género de la libertad sexual. Y, en efecto, si las hay: basta centrar la atención en el catálogo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y en la respuesta que ha venido dando la jurisprudencia a este mismo interrogante aunque no exista una línea inequívoca.

la violación en cualquier caso un ataque violento contra la libertad sexual. Sin embargo, una mirada al derecho comparado, por ligera que sea, pone de manifiesto la existencia de amplias diferencias entre el modelo español y otros, como a priori es el italiano. Las anotaciones que se van a llevar a cabo a continuación tienen la finalidad de poner de manifiesto las diferencias que separan a las regulaciones de los Códigos penales español e italiano, aunque el estudio profundo que este tema se merece, por las características de este trabajo no pueda ser llevado a cabo en este momento¹¹.

En efecto, el tratamiento que ofrecen los Códigos penales español e italiano de la violencia sexual es muy distinto, aunque ninguno de los dos está exento de críticas¹². Este dato viene a poner de manifiesto que quizás el modelo de intervención más apropiado para castigar estas conductas, al tiempo que se protege el bien jurídico afectado por las mismas, sea uno en el que los elementos esenciales de ambos se mantengan en equilibrio, de forma que contrarresten mutuamente la revictimización y el arbitrio judicial durante el proceso.

Y la primera diferencia que se aprecia entre ambos se refiere a la identificación de los bienes jurídicos afectados. Así, en el Código español estos delitos están ubicados dentro del Título VIII que se refiere en la rúbrica a los “delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. Por el contrario, en el Código penal italiano los delitos de contenido sexual están dispersos dentro del Título XII, que castiga “dei delitti contro la persona”, rúbrica tan amplia que carece completamente de valor a los efectos de identificar el bien jurídico protegido. En su interior, en el Capítulo III dedicado a “dei delitti contro la libertà individuale” se castigan en la Sección I “dei delitti contro la personalità individuale”, entre ellos los delitos relativos a la prostituzione minorile (art. 600 bis), la pornografia minorile (art. 600 ter), la detenzione di materiale pornografico (art. 600 quater, 600 quater.1) y el delito di “iniziativa turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile” (art. 600 quinque), delitos que al quedar regulados junto a la reducción de una persona a la condición de esclava, la trata, el tráfico de órganos o la explotación laboral, quedan completamente difuminados. Pero también se encuentran delitos sexuales en el interior de la Sección II donde se encuentran “dei delitti contra la libertà personale”: en particular, deben resaltarse los delitos de “violenza sessuale” (art. 609 bis), “corruzione di minorene” (art. 609) y el delito de “violenza sessuale di gruppo” (art. 609 octies), junto a los que se

¹¹ Por todos, véanse los trabajos de G. Flora (2018); F. Macri (2010); D. Triolo (2017).

¹² Puede verse un estudio comparado dentro de la Unión Europea sobre la regulación de la violación en el Informe del European Institute for Gender Equality, “Glossary of definitions of rape, femicide and intimate partner violence”, de 2017 (publicado en Lituania).

castigan otras conductas que atentan contra la libertad como el secuestro o las detenciones ilegales. A todas estas conductas de contenido sexual, deben añadirse los delitos de “atti osceni” del art. 527 y “pubblicazioni e spettacoli osceni” que se castigan en el Capítulo II (“delle offese al pudore e all'onore sessuale) dentro de Título IX en el que están incluidos “dei delitti contro la libertà sessuale”. Pues bien, la referencia a la libertad sexual brilla por su ausencia en todas estas conductas¹³.

A pesar de las diferencias existentes entre ambos modelos, como afirma Virgilio, debe tenerse en consideración la importancia que tuvo en 1996 la reforma que se llevó a cabo del Codice penale, rompiendo con la tradición legislativa italiana que venía entendiendo hasta entonces que los viejos delitos de violencia carnal y della corruzione di minorenne e dell'oltraggio al padre como delitos contra las buenas costumbres. Por tanto, el hecho de que hoy se consideren delitos contra las personas viene a poner en valor que se trata de proteger bienes jurídicos individuales, de los que es portadora la persona que sufre esas agresiones, no la sociedad (moralidad sexual) ni la familia (buen nombre de la misma). Estas acertadas reflexiones no dejan de reconocer que, en cualquier caso, ha de llevarse a cabo un esfuerzo por parte del intérprete para identificar dentro de la libertad, la parcela de la determinación en materia sexual como bien jurídico protegido (M. Virgilio, 1997, 34 y ss.).

Pero si se desciende al análisis de los tipos, las diferencias más amplias se encuentran en la regulación de los delitos de agresiones y abusos sexuales en el Código penal español y de violencia sessuale en el italiano.

En este sentido, desde la aprobación del Código penal español en 1995, se distinguen los delitos de agresiones y abusos sexuales a partir de la configuración de los primeros como un atentado contra la libertad e indemnidad sexual que se produce con violencia o con intimidación, relegando al ámbito de los meros abusos sexuales aquellos actos que se llevan a cabo sin violencia, sin intimidación pero sin consentimiento o con un consentimiento viciado (ya sea por prevalimiento de una situación de superioridad o por engaño). Tras la lectura de los arts. 178, 179 y 181 se constata que el concreto acto de contenido sexual practicado, sirve para agravar la pena, de forma que si se lleva a cabo un acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de objetos u otros miembros corporales (distintos al pene, se sobreentiende) por alguna de las dos primeras vías, se agrava la pena – ya sea en los abusos

¹³ Por todos, véase M. Virgilio (1995, 196 y ss.). Especialmente, véanse las referencias que realiza la autora al campo de intervención de la jurisprudencia, más amplio que el que tiene en España, al haberse vaciado de contenido tanto los concretos actos de contenido sexual que dan lugar a imponer la pena entre 5 y 10 años (*ivi*, 197), así como la entidad de la violencia o la amenaza que debe acompañarle (*ivi*, 198).

o en las agresiones sexuales. En particular, el Código penal español califica como delito de violación el acceso carnal o la introducción de objetos por vía anal o vaginal con violencia o intimidación: se trata de un delito con nombre propio cuya presencia en unos términos más o menos similares se detecta en los primeros Códigos penales del siglo XIX¹⁴.

Como se ve, se trata pues de una regulación mucho más tasada que la del Código penal italiano, en cuyo art. 609 bis castiga el delito de violenza sessuale equiparando conductas como la violencia, la intimidación, el abuso de las condiciones de inferioridad de la víctima o el engaño, a la par que omite dar señales sobre el concreto acto de contenido sexual practicado, lo que obliga a la jurisprudencia a plantearse la sexualización de determinados comportamientos, como el beso, el tocamiento en partes no biológicamente sexuadas del cuerpo de la víctima o en contextos no sexuados (M. Virgilio, 1997, 77 y ss.).

Las diferencias existentes entre ambos modelos son evidentes. En efecto, como se observa, el legislador español lleva a cabo una protección parcelada y escalonada de la libertad sexual pues, por una parte, el concreto acto sexual practicado y, por otra, el medio utilizado para llevarlo a cabo, determinan la concreta figura delictiva cometida y con ella la pena correspondiente. Esto es lo que hace que si bien en la actualidad ya han desaparecido los problemas suscitados históricamente en torno a si era necesaria la penetración o la eyaculación¹⁵, las posibilidades de revictimización siguen existiendo pues la mayoría de las veces, por una técnica procesal equivocada que entiende que para probar la culpabilidad del autor, se debe probar la inocencia de la víctima, su resistencia ante la violencia o la intimidación y/o la falta de consentimiento, de lo que dependerá la calificación jurídica de los hechos¹⁶. No obstante, esto no significa que el modelo italiano esté exento de críticas porque no concreta legalmente los criterios para determinar la pena, rebajando considerablemente las exigencias inherentes al principio de legalidad y de taxatividad en un ámbito tan privado y sensible como el de la libertad sexual. En este sentido, Virgilio (1997, 74-5) destacaba como una de las ventajas del modelo italiano el hecho de que al unificarse todas los “actos sexuales” en un mismo tipo penal, tenía la finalidad “di porre termine alla odiosa pratica processuale di indagine e domande eccessivamente invasive dell'intimità per-

¹⁴ En 1995, el legislador decidió eliminar el *nomen iuris* “violación” y, sin embargo, después de muchas críticas – entre otras de algún sector del feminismo – en 1999 volvió a reintroducirse.

¹⁵ Dentro o fuera del cuerpo de la víctima – SAP de Madrid, 9 de febrero 2010 – un dato intrascendente a estos efectos: hoy no es más que un magnífico medio de prueba.

¹⁶ Sobre la diferencia entre poner el acento en el autor o en los hechos *vid.* B. Maletzky (2016, 1-6).

sonale”, así como de eliminar “domande traumatizzanti” en torno al “livello anatómico e la profondità millimetrica della congiunzione o della penetrazione”. Sin embargo, se deja en manos de la jurisprudencia el análisis de todos los elementos esenciales del delito.

Al margen ya de las diferencias existentes entre las concretas figuras delictivas, no puede dejarse de subrayar el hecho de que el legislador español ha querido poner el énfasis doblemente en la conducta (la “violación”, los “abusos”, etc.) y en el resultado (el bien jurídico libertad sexual), mientras en el Código italiano parece que se pone más énfasis en resaltar la conducta (constitutiva de “violencia sexual”) que el resultado de violación de la concreta capacidad de determinarse en el ámbito de la sexualidad.

En el fondo de la cuestión late la identificación dentro del fenómeno de la violencia sexual de las dos partes que lo componen. Por un lado, no puede dejarse de resaltar que se trata de una conducta “violentía”, esto es, fruto de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres pero, por otro lado, tampoco puede negarse que se involucra a la víctima en un contexto sexual ideado por el autor, aunque para él, en el momento de la comisión del delito, más que sentir un placer sexual, sienta un placer del dominio inherente a las situaciones de discriminación en razón de género.

En lo que sí coinciden ambos ordenamientos jurídicos es en exigir que sea la víctima quien interponga la denuncia (art. 191 del Código español y 609 *septies* 4 del italiano), a sabiendas de que en estos delitos el riesgo de sufrir más daño por la mera interposición de la denuncia es incontrolable, porque aún existen sectores dentro del mundo de la justicia y de la sociedad que no terminan de dejar clara su oposición a la utilización del cuerpo de las mujeres con fines sexuales.

3.2. El delito de “violación” en el Código penal español

3.2.1. La evolución jurisprudencial en la interpretación de sus elementos típicos

El delito de violación ha sufrido grandes reformas centradas en los concretos actos de contenido sexual practicados, lo que ha derivado a su vez giros en torno a quienes pueden ser sujetos activos y pasivos, así como en las consecuencias jurídicas a imponerle al autor¹⁷. Hoy es constitutivo de

¹⁷ Que hoy traspasan el ámbito penitenciario y persiguen controlar una peligrosidad post-penitenciaria a través de la imposición de una medida de seguridad de libertad vigilada y de la toma de muestras biológicas de ADN ante el “peligro relevante de reiteración delictiva”. Víz. M. Acale Sánchez (2018b, 435 y ss.). Aunque a priori sea difícil de encontrar alguna característica común

“violación” el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías. De esta forma, después de una larga evolución legislativa parece existir consenso en aceptar que son actos de la misma gravedad el acceso carnal ya se produzca por un pene, otro miembro corporal (accesos digitales o lingüales) o un objeto, pues, en esencia, lo que se castiga es el atentado contra la capacidad de decirse en materia sexual¹⁸.

En cualquier caso, desde que la reforma operada a través de la LO 5/2010 viniera a describir los actos sexuales que entraban dentro del tipo de violación y que, por ende, dejaban de formar parte del tipo básico, han permanecido inalterados. Por esto ha pasado desapercibida la entidad de los elementos que han de acompañar al concreto acto de contenido sexual para que sea considerado delito de agresión sexual: la violencia (más antiguamente, la “fuerza”) o la intimidación, de forma que el resto de medios comisivos criminalizados por nuestro Código penal (la falta de consentimiento, el prevalimiento de una situación de superioridad, el engaño) determinan la imposición de penas inferiores.

Lo que sí es cierto es que frente a la exigencia histórica de una feroz resistencia por parte de la víctima, al día de hoy la jurisprudencia admite la existencia de la violencia o intimidación típicas, aunque la víctima decidida no seguir oponiéndose activamente al comportamiento sexual del autor para no poner en peligro su vida. Eso no significa que la víctima consienta el acto sexual, pues lo cierto es que puede estar oponiéndose “pasivamente”. Entre otros muchos, puede verse el caso reflejado en la STS 228/2007, de 14 de marzo [RJ/2008/1311] en la que previa la realización de violencia, la víctima “pese a la reiteración de su negativa, se colocó sobre su cuerpo y, mientras la citada Natalia permanecía paralizada por el miedo, la penetró vaginalmente”¹⁹.

entre los delitos de terrorismo y los delitos contra la libertad sexual, el legislador español los somete a un mismo régimen, diseñado desde la perspectiva del derecho penal de autor y de la consideración de ambos como los mayores enemigos de la sociedad.

¹⁸ Durante años, la limitación de la conducta típica a la penetración vaginal determinaba que solo pudieran ser sujetos activos los hombres y pasivos las mujeres, al tiempo que dejaba al descubierto que más que proteger la “libertad sexual” de la víctima, se protegía el honor y el riesgo de un eventual embarazo. *Vid. M. Acale Sánchez (2006, 19 y ss.)*.

¹⁹ “Por ello en el *factum* se describe que ella se negó a tener relaciones sexuales, recibiendo como respuesta que se callara y tras tumbarla en la cama, la desnudó de cintura para abajo y pese a la reiteración de su negativa, se colocó sobre su cuerpo mientras la citada Natalia permanecía paralizada por el miedo, la penetró vaginalmente, llegando a eyacular sobre las sábanas. Por ello la penetración sufrida se produjo contra su voluntad, dada la conminación sufrida y se está describiendo una acción de violación, pues se ha excluido la actuación de toda oposición, paralizándola en su inicio, mediante las amenazas anteriores”: STS 1.424/2005, de 5 de diciembre.

Tampoco han existido problemas por parte de la jurisprudencia para admitir la intimidación ambiental. Esta modalidad de intimidación – que tiene un lugar expreso en nuestro Código penal como una de las modalidades de acoso sexual (art. 184.1) o en mismo delito de *groming* del art. 183 ter – en el delito de violación ha sido construida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para considerar cooperadores necesarios a los sujetos que con su sola presencia física y conciencia del acto sexual que está realizando otra persona, coadyuvan en el incremento de un ambiente intimidatorio, reforzando la situación de desamparo de la víctima y haciendo nulo cualquier intento de defensa que bien pudiera haberse activado caso de no concurrir dichos agresores, de forma que con ese mero “estar” construyen ya esa intimidación ambiental²⁰.

Especialmente compleja es la prueba en los casos de reiteración delictiva cuando sea imposible conocer el número de ocasiones en las que esas prácticas tuvieron lugar. En este sentido, el art. 74 del Código penal permite la aplicación de las reglas del delito continuado a los delitos contra la libertad sexual, a pesar de tratarse de un bien jurídico personalísimo que está a priori excluido de ese cómputo. En cualquier caso, la conversión de unos abusos sexuales en agresión sexual se produce desde el momento en el que como ha afirmado nuestro Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 22 de febrero de este año (número 92/2018), cuando se realicen una pluralidad de actos de contenido sexual con la misma víctima en el mismo o en distintos momentos, de modo que se recurra a la violencia o intimidación solo respecto a alguno de ellos pero la calificación jurídica que se merece es la de agresión sexual continuada, dentro de la que quedan absorbidas los abusos sexuales no violentos.

Como puede comprenderse, el hecho de que no existan vías sencillas para probar la violencia o la intimidación determina que en muchas ocasiones se revictimice a la víctima pues la prueba sobre su falta de consentimiento se busca en su comportamiento, más que en el comportamiento del autor o en la objetividad de los hechos, en la medida en que si no se prueba la existencia de esos medios comisivos, entonces es aplicable el delito de abuso sexual, que está castigado con una pena inferior en el art. 181.

bre [RJ/2006/1.927]. Absuelve del delito de violación la SAP Islas Baleares 15 de septiembre de 2016, porque no hubo violencia, ni intimidación sino falta de capacidad para oponerse por parte de la víctima.

²⁰ Pueden verse entre otras la Sentencia del Tribunal de 2 de febrero de 1998, 28 de junio de 1999 así como la de 23 de diciembre de 1999.

3.2.2. Un ejemplo paradigmático de revictimización: la Sentencia de la Manada

Las diferencias existentes entre los Códigos penales español e italiano se han puesto de manifiesto recientemente con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de marzo de 2018, en la que se castiga a cinco hombres como autores de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento (arts. 181.3 y 4 y 74 del Código penal) a las penas de 9 años de prisión y 15 de alejamiento de la víctima y a la medida de seguridad post-penitenciaria de 5 años de libertad vigilada; uno de los condenados, guardia civil cuando se produjeron los hechos, también es condenado como autor de un delito leve de hurto (art. 234.2) a la pena de multa de 2 meses a razón de 15 euros diarios²¹: es el caso conocidos por el nombre del grupo de WhatsApp que usaban para comunicarse, “la Manada” (M. Acale Sánchez, 2018a). De esta forma, la Sentencia rechaza calificar los hechos como agresiones sexuales (art. 179 y 180.2), atentado contra la intimidad (art. 197.1 y 5) y robo con intimidación (art. 242.1), como pedían las acusaciones y el Ministerio fiscal, lo que les hacía elevar sus peticiones de pena a más del doble de la impuesta, al decla-

²¹ Con todo, la Sentencia tiene un voto particular en el que se absuelve a los acusados de todos los delitos imputados, con la excepción del delito de hurto leve al entonces guardia civil. El magistrado discrepante comienza su argumentación coincidiendo con uno de los abogados defensores que en su primera intervención denunció ante el tribunal el juicio paralelo que ya habían sufrido los acusados en la prensa, por unos hechos que se daban por probados solos, por los que sin ningún género de dudas habían sido ya condenados. En efecto, en contra de las afirmaciones de magistrado y letrado, más bien parece que el único juicio paralelo que ha existido en este caso ha sido el orquestado desde sus planteamientos para sentar a la víctima en el banquillo de las acusadas, obligada a la demostración heroica de su inocencia, su vida de recogimiento, amén de dejar constancia de los estereotipos patriarciales que exigen a las víctimas de los delitos sexuales una consternación proporcional de la “mancillación” de su honra. Lógicamente, las prueba para corroborar estos elementos de cargo sobre la vida disoluta de la víctima no tienen límites, y terminan por presentarla como una mujer joven, libertina, con un apetito sexual feroz, recriminando su forma de ser, sus opiniones en las redes sociales, su vida antes y después de la supuesta agresión, perseguida por un detective privado mercenario que buscaba salvar el honor de sus clientes (rozando ampliamente la Sala – al admitir dichas pruebas – los límites que establece el Estatuto de la Víctima en el art. 25.2 letra c). A ello ha de unirse las licencias que se toma el magistrado disidente, al realizar una serie de juicios de valor y de apreciaciones personales en virtud de los cuales demuestra rigor con la mujer y comprensión con los cinco hombres, a los que considera por igual partícipes en “una desinhibida relación sexual, mantenida entre cinco varones y una mujer, en un entorno sórdido, cutre e inhóspito y en la que ninguno de ellos (tampoco la mujer) muestra el más mínimo signo de pudor, ni ante la exhibición de su cuerpo o sus genitales, ni ante los movimientos, posturas y actitudes que van adoptando”. El simple hecho de que el magistrado discrepante focalice en todo momento el comportamiento de la víctima (amparándose en el hecho de que al haber solicitado una indemnización de 250.000 euros, debe tener una suerte de *curriculum* vital immaculado) está poniendo de manifiesto que quien está siendo acusada es ella en base a un Código victimario y patriarcal que le exige respeto hacia su ideal de justicia. En definitiva, estamos en presencia de la forma violencia de género más primaria: el discurso masculino en torno al uso del cuerpo de las mujeres como objetos de placer ajeno.

rar que no existió violencia, ni intimidación y sí un consentimiento obtenido con prevalimiento, aunque reconoce que a partir de los videos grabados por los autores, se desprende que “se practica sexo de manera mecánica, una sexualidad sin afecto, puramente biológica, cuyo único objetivo es buscar su propio y exclusivo placer sensual, utilizando a la denunciante como un mero objeto, con desprecio de su dignidad personal, para satisfacer sobre ella sus institutos sexuales”, se entiende que la víctima prestó su consentimiento para la práctica de esos actos, aunque para conseguirlo los condenados se prevallieran de una situación de superioridad manifiesta que coartaba la libertad de aquella, que reaccionó sometiéndose, en estado de shock, bloqueada psicológicamente, con sensación de angustia, actitud de sometimiento y pasividad. En la sentencia se afirma que las imágenes grabadas de los videos “nos presentan una visión sesgada, parcial y fragmentaria del modo en que se desarrollaron los hechos en el interior del habitáculo” y “tomadas a conveniencia de los procesados”, no le concede la importancia que merece al hecho de que dichas imágenes sean “interrumpidas abruptamente – videos seis y siete – cuando la denunciante está agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando”, imágenes que “evidencian que la denunciante estaba atemorizada y sometida de esta forma a la voluntad de los procesados”²². Y a esto le añaden sin más la coincidencia del momento en las últimas imágenes grabadas con “la fase final del desarrollo de los hechos en el interior del habitáculo”. Y esto es ampliamente discutible. Pudiera ser que en ese momento acaban las grabaciones porque en efecto la víctima estaba gritando, y se escucha un “gemido agudo”, que “refleja dolor”, y que “fue emitido por ella” y los autores interrumpen la grabación interesadamente, lo que no significa que interrumpieran sus hechos. Ese grito es un grito de petición de auxilio, de dolor, de miedo, de angustia: ese grito significa que la víctima no consiente lo que le están haciendo. Ese grito representa la falta de consentimiento de la víctima que no ha querido ver la Sala.

No puede compartirse con la Sentencia que no exista violencia o intimidación en la realización de los hechos desde un principio, por lo que la su calificación jurídica debió entrar en la esfera del delito de violación del art. 179. Sorprendentemente, la Sentencia de la Audiencia de Pamplona rechaza que exista esa intimidación ambiental con los mismos argumentos que usa el Tribunal Supremo para admitirla en la medida en que reconoce que la víctima “no prestó su consentimiento libremente, sino viciado, *coaccionado* o presionado por tal situación”, así como que los intervenientes generaron una

²² La sentencia no es técnicamente buena; baste pensar que hay hechos que se ven en uno de los videos, que no han sido incluidos dentro de los “hechos probados”, pero sé incluyen en la fundamentación jurídica.

“*atmosfera coactiva*”, “en la que la presencia de cada uno de ellos, contribuyó causalmente, para configurar una situación de abuso de superioridad de la que se prevalieron”, motivos que se confía den lugar a la anulación de la Sentencia por parte del Tribunal Supremo.

Con todo esto, es posible concluir que la Sentencia de la Audiencia de Navarra no ha venido a contentar a nadie porque más que justicia, ha hecho mera ingeniería judicial: ni a la víctima, ni a los agresores, ni tampoco a la sociedad, que no comprende que unos hechos como estos no sean considerados penalmente una violación. El Ministro portavoz del Gobierno anunció una reforma del Código penal, para revisar las penas de estas conductas²³. La revisión será bienvenida, sobre todo si se revisan no solo las penas (no se trata de castigar siempre más y más), y por el contrario se afina la tipificación de unas conductas cuya pena depende de la concurrencia de una serie de elementos comisivos como la violencia, la intimidación, la falta de consentimiento, el prevalimiento o el engaño – que en otras infracciones criminales – la trata de seres humanos, en el art. 177 bis o la prostitución, en el art. 187) – ya están equiparadas, y con ella, su valoración social, mientras que en los delitos contra la libertad sexual siguen escalonando la intensidad de la respuesta punitiva²⁴.

²³ La mera convocatoria de la Comisión de codificación asesora del Ministro de Justicia ha sido un verdadero problema, al conocerse que estaba formada por 20 hombres y ninguna mujer. Después de una movilización seria y coordinada de las catedráticas de Derecho penal de las Universidades públicas españolas, sin precedente alguno en la historia, el Ministro de Justicia se ha visto obligado a renovar dicha comisión que hoy está finalmente compuesta por 13 catedráticos de Derecho penal y 12 mujeres, dentro de las cuales solo se encuentran tres catedráticas de Universidades públicas españolas, mientras que las otras 9 proceden del ámbito de la Administración de justicia. Con todo, esto no significa que no haya mujeres catedráticas, sino al contrario, que parece que el Ministro de Justicia, al “elegir” a sus asesoras, ha tenido en consideración las críticas tan duras que recibió desde la academia. Véase por ejemplo la noticia en el *Diario El País*, el 8 de mayo https://politica.elpais.com/politica/2018/05/05/actualidad/1525547408_008815.html (fecha de la última consulta: 29 de mayo de 2018).

²⁴ Las diferencias que existen entre los Códigos penales español e italiano en cuanto al tratamiento de las agresiones en grupo son notables, en la medida en que en España la comisión del delito de agresión sexual por dos o más personas es un criterio que agrava la pena del delito de agresión sexual en el art. 180.2, mientras que el Código penal italiano ha preferido castigar de forma autónoma esta conducta. En cualquier caso, es un problema de técnica legislativa y de opciones en materia de política criminal. A favor de esta autonomía debe decirse que la opción del Código español no está exenta de críticas. En primer lugar, porque si se atiende al principio de unidad de acto, los distintos actos de contenido sexual practicados por cada uno de los intervenientes (por ejemplo, penetraciones) realizadas al amparo de una misma situación intimidatoria, en puridad de principios deberían ser consideradas una sola “violación” y ser tenidas en consideración como criterio de concreción de la pena en su límite máximo. Aplicarle las reglas del delito continuado tampoco parece clara a la vista de la jurisprudencia de nuestro TS (Sentencias 19/10/2017, 15/3/2018 o 5/4/2016) porque se entiende que no existe delito continuado cuando en aprovechando la misma intimidación, se realizan varias penetraciones por uno o por varios sujetos.

3.3. La determinación de la pena en los delitos contra la libertad sexual

El hecho de que la LOPIVG no agravara la pena de los delitos contra la libertad sexual cuando la víctima sea o haya sido la mujer que está casada o unida sentimentalmente al agresor de sexo masculino, como sí hizo con los delitos de amenazas, coacciones, lesiones y maltrato, permite plantearse si es posible concretar la pena en atención a dos de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: discriminación por razón de género (art. 22.4), así como el parentesco (art. 23).

Distinta es la regulación que lleva a cabo el Código penal italiano, en la medida en que si bien no incluye una circunstancia agravante de discriminación²⁵, agrava expresamente la pena de los delitos de violenza sessuale en su art. 609 ter 5^a quater si “nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, overo colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza”.

En efecto, el art. 22.4 Código penal agrava la pena en atención al móvil discriminatorio del autor. Se trata de una circunstancia que ha sufrido distintas modificaciones desde 1995. Entonces, y en lo que aquí interesa, agravaba la pena “cometer el delito por motivos” del “sexo u orientación sexual” de la víctima. Posteriormente, la LO 5/2010, añadió “la identidad sexual” y finalmente la LO 1/2015 ha incluido las “razones de género”²⁶. Las sucesivas incorporaciones de la “identidad sexual” y de las “razones de género” vienen en cierta medida a especificar aún más el contenido o el motivo de la discriminación, pues la orientación sexual abarcaba ya la identidad sexual y las razones de género²⁷.

Pocas dudas existían tras la aprobación de la LOPIVG de que se violaría el principio *non bis in idem* si a los delitos sexuados por aquélla además se les agravaba la pena en atención al móvil discriminatorio, pues en la propia definición de lo que se entiende por violencia de género en el art. 1 se incide ya en la necesidad de que los actos violentos se produzcan “como manifestación de la discriminación”. En este sentido, aunque como posteriormente diría el TC, la comisión de cualquiera de esos tipos sexuados no exige la particular prueba de ningún elemento subjetivo especial del tipo de injusto, la base

²⁵ En el sentido indicado por el art. 46 del Convenio de Estambul, que pone el acento en la vía de las circunstancias de agravación.

²⁶ Tras todas estas reformas, el art. 22.4 agrava la pena “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 pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

²⁷ Crítica con la sucesiva inclusión de referentes que no añaden nada nuevo a la agravante M.L. Maqueda Abreu (2016, 7).

discriminatoria conforma el propio fenómeno de la violencia de género²⁸. Pero si agravar la pena por el móvil discriminatorio en los delitos sexuados por la ley violaría el principio *non bis in ídem*, nada impedía la agravación en el resto de delitos en los que la discriminación no fuera elemento del tipo, como en el homicidio, la violación, las detenciones ilegales o las coacciones y amenazas graves. Tras años en los que la jurisprudencia no ha aplicado la agravación, hoy existe una pluralidad de sentencias en las que se agravá la pena la discriminación en los delitos contra la vida: y si cabe lo más, debe caber lo menos y por tanto deberá aplicarse también al delito de violación²⁹.

Por lo que se refiere a la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 la jurisprudencia vacila en torno a su incidencia como circunstancia agravante en los delitos de violación³⁰. Cabe destacar la STS 15-5-2009 aplica el parentesco como agravante en un delito de lesiones psíquicas causadas después de sufrir múltiples episodios violentos, entre los cuales se encuentra uno que da

²⁸ Por todas ver Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 14 de mayo.

²⁹ Pues bien, esta línea ya ha quedado abierta por la SAP de Oviedo 18/2017, de 20 de enero de 2017 que ha condenado por asesinato con alevosía y con las agravantes de discriminación por desprecio de género y por parentesco a un hombre que mató a la mujer con la que tenía establecida una relación sentimental. Puede decirse que es la primera sentencia en la que por la vía judicial, se ha producido una condena por feminicidio, aunque no exista el delito de homicidio especialmente circunstanciado. En la misma línea puede verse la SAP de Cuenca de 7 de noviembre de 2017 que ha condenado a un sujeto como autor de dos delitos de asesinato, ambos configurados por la concurrencia de la nueva circunstancia número 4 del art. 139: matar a otro “para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”, introducida en el art. 139 por la LO 1/2015, y apreciando las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: respecto de la muerte de su pareja, se aprecian las agravantes de discriminación por razón de género y parentesco y respecto a la muerte de la amiga de la víctima la de abuso de superioridad.

³⁰ Esta cuestión se analiza en las SSTS 444/2007, de 16 de mayo [RJ/2007/4734]; STS 1.399/2009, de 8 de enero [RJ/2010/3.496]; STS 557/2010, de 8 de junio [RJ/2010/6651]; STS 506/2009, de 30 de abril [RJ/2009/4192]; STS 1424/2005, de 5 de diciembre, [RJ/2006/1927]; STS 25/11/2009 [TOL 28079120012009101163]; 525/2009, de 26 de mayo [RJ/2009/4196]; 15-5-2009 [TOL 28079120012009100613]; así como en los AATS 8-4-2010 [TOL 28079120012010201008] y 5-11-2009 [TOL 28079120012009203076]; SAP Valladolid, 2 de mayo de 2017, n. recurso 23/2016 (TOL. 187.743); SAP de Valladolid de 29 de mayo de 2016, n. recurso 6197535; SAP Zaragoza 28 de junio de 2017, n. recurso 58/2016. La SAP de Madrid de 9 de febrero de 2010 señala después de definir el bien jurídico libertad sexual que “puede ser obviamente afectado aunque el sujeto activo de la conducta las haya mantenido habitualmente con la víctima en momentos anteriores aunque se trate de una persona con un vínculo sentimental de especial intensidad, o incluso en el ámbito de la relación matrimonial estricta (STS de 1 de diciembre de 2004 y de 29 de enero de 2005), como también aunque en un principio de ha consentido explícitamente mantenerlas: la Sentencia de 9 de junio de 2005 se refiere a un supuesto en el que existió un acuerdo expreso para mantener relaciones sexuales, pero que desapareció en el momento en que el acusado propina un puñetazo a la víctima que la deja aturdida, aprovechando entonces para penetrarla”. Muchas son las sentencias en las que se castiga en la actualidad por delitos de violación sobre la mujer con la que mantiene o ha mantenido en el pasado una relación sentimental: SAP Zaragoza 28/6/2017, n. recurso 58/2016; SAP de Valladolid de 29 de mayo de 2017 n. recurso 18/2016; SAP Pontevedra de 18 de julio de 2017.

lugar a condena por delito de violación, pero no se aplicó al propio delito de violación. Tampoco se plantea siquiera la posibilidad de aplicar el parentesco la STS 228/2007, de 14 de marzo [RJ/2008/1311] en un caso de agresión sexual, violencia familiar y lesiones habituales, siendo así que aplica estos dos últimos preceptos en los que la relación personal entre los sujetos activos y pasivos es esencial. En ambos casos, se trataba de parejas que habían roto su relación cuando se produjeron los hechos. Tampoco la aplica la STS 557/2010, de 8 de junio [RJ/2010/6651] en un caso en el que todavía existía relación sentimental: ni se lo plantea.

Mayor interés desperta en este punto la STS 1399/2009, de 8 de enero [RJ/2010/3.496] que rechaza la aplicación del parentesco como agravante en delito de agresión sexual llevada a cabo por la Audiencia³¹. Semejante argumentación ha de ser criticada entre otros motivos porque afirmar que “nunca el desvalor de esa acción, agresión sexual cometida por el propio esposo de la víctima, por grave que obviamente resulta y así viene ya sancionada con una elevada pena, puede considerarse superior al que, por ejemplo, concurriría en la misma acción llevada a cabo por una persona completamente ajena a la víctima, a la que ésta no conociera o con la que, aún conociéndola, no han existido relaciones sexuales consentidas previas”, es afirmar que el hecho de que hayan existido relaciones sexuales previas consentidas – que no es el caso, como se deduce de hechos probados, la niña es obligada a casarse en Mauritania y a mantener contacto siquiera telefónico con su marido – ha de suavizar o cuanto menos neutralizar el reproche penal. Con ello, se da un salto al pasado, volviéndose a pronunciamientos en los que se afirmaba que no cabía la violación en el matrimonio. Ahora no es que se diga eso, pues se condena por agresión sexual, pero se neutraliza la eficacia del parentesco como circunstancia modificativa de la responsabilidad.

Contrariamente a lo que afirma el Tribunal Supremo, la agresión sexual en el matrimonio puede ser más grave que la que se lleva a cabo sobre una persona desconocida, precisamente porque además del atentado contra la

³¹ Con este argumento: “pero incluso en este supuesto, hay que tener en cuenta que nunca el desvalor de esa acción, agresión sexual cometida por el propio esposo de la víctima, por grave que obviamente resulta y así viene ya sancionada con una pena elevada, puede considerarse superior al que, por ejemplo, concurriría en la misma acción llevada a cabo por una persona completamente ajena a la víctima, a la que ésta no conociera o con la que, aun conociéndola, no han existido relaciones sexuales consentidas previas. No se trata, por supuesto, de desconocer en absoluto la referida importancia penal y la seriedad de la necesidad de reproche frente a una conducta semejante, sino tan sólo de ponderar hasta qué punto una circunstancia de naturaleza anfibiológica como la de parentesco, que puede actuar tanto como agravante como atenuante, según y cada uno de los delitos en los que la relación de esa naturaleza concurra, en casos como el presente, de atentados contra la libertad sexual del cónyuge, y cuando no había existido prácticamente convivencia previa alguna, ha de permanecer como circunstancia neutra, sin efectos atenuatorios ni agravatorios de la conducta”.

libertad sexual que sufre la víctima, se afecta lo esencial de las relaciones de pareja, que no es otra cosa que los vínculos de solidaridad, socorro mutuo y cuidado que exige el Código civil. Si lo que ha querido no obstante expresar el Tribunal ha sido que más que el desvalor de acción, es el desvalor de resultado el que le parece menor en los casos de violación en el matrimonio que fuera de ella, lo podía haber dicho, al coste de poder calificar de machista – cinco hombres ponentes de la sentencia – el razonamiento que en el fondo viene a decir que el consentimiento de la mujer en el matrimonio es genérico para la práctica de actos de contenido sexual y que el hecho de que otras veces lo haya prestado y en esa ocasión no, puede estar poniendo de manifiesto su capricho o incluso su arbitrariedad, olvidando que la libertad sexual es un bien jurídico de pertenencia individual que ha de actualizarse en cada caso y que no es objeto de compraventa en el contrato matrimonial.

Nótese qué distinta hubiera sido la respuesta jurisdiccional si por coherencia con el art. 1 LOPIVG, la propia LOPIVG hubiera incluido dentro de los delitos contra la libertad sexual, una circunstancia de agravación de la pena específica como por ejemplo ha hecho en el delito de lesiones del art. 148. Claro que llegar a sexualizar otra vez la letra de la ley, en un delito como el de violación, respecto al que durante tantos años el movimiento feminista en España ha luchado por objetivizar su letra, de forma que saliera a relucir el bien jurídico libertad y no la moralidad sexual, no hubiera sido tan pacífico.

4. La sensibilización jurídica y social en materia de género

A lo largo de las páginas anteriores se ha puesto de manifiesto la necesidad de que se introduzcan algunas aclaraciones dentro de los Códigos penales italiano y español. Respecto al italiano es urgente aclarar que se trata de conductas que atentan contra el bien jurídico libertad sexual, y desde allí proceder a interpretar cada uno de los elementos típicos de los delitos que hoy están dispersos en las secciones I y II del Capítulo III de su Título XII que solo nos da la pauta certera de que se trata de “delitos contra las personas”, lo que es importante pero insuficiente, al margen ya de comprobar si la aplicación por parte de los tribunales del delito de violenza sessuale del art. 609 bis ha planteado algún problema a la hora de concretar la pena de reclusión a imponer entre los 5 y los 10 años, en la medida en que no se hace distinción alguna a la clase de actos sexuales que van a ser castigados con esa pena (que van desde un beso, al tocamiento del cuerpo de la víctima, hasta la penetración); en este sentido, si bien en el Código penal español es criticable que el legislador deje cerrada la valoración por parte del juez de todos los datos que acompañen al acto sexual practicado sin consentimiento de la víctima, en el Código penal italiano parece que se decanta por la vía contraria: esto es, dejar en manos

del juez la concreción de la letra de ley porque a priori queda demasiado abierta. Por eso, como se decía anteriormente, parece que hay que buscar una fórmula que mantenga en equilibrio, las garantías inherentes al principio de legalidad y taxatividad, evitando simultáneamente la revictimización.

El problema que se ha suscitado recientemente en España con el delito de violación no es nuevo, y viene reclamando la atención del legislador desde que la LOPIVG viera la luz, pues aunque ya entonces se consideraron como una modalidad de violencia de género los atentados contra la libertad sexual en el ámbito de la pareja (art. 1.3), sin embargo en ese momento no vieron modificada su letra. Posteriormente, el Convenio de Estambul definió como una de las formas de violencia específica que sufren con especial intensidad niñas y mujeres la violencia sexual, dentro de la cual se incluye la violación, obligando a las Partes a adoptar las medidas legislativas – o de otro tipo – que sean necesarias para castigar como delito cuando se cometan dolosamente “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”. En España, todas esas conductas estaban ya castigadas antes de la aprobación de ese Convenio, por lo que no resultó necesaria la modificación del Código penal. No obstante, pasó desapercibido el hecho de que el número 2 del art. 36 del mismo ponía ya el énfasis en el “consentimiento”, que “debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”, más que en los medios comisivos. Y esta es la cuestión que en estos momentos se cuestiona, en la medida en que el Código penal español impone distintas penas a comportamientos sexuales realizados sin consentimiento de la víctima, según que el autor haya recurrido a la violencia o intimidación (agresiones sexuales), a la falta de consentimiento (abusos sexuales), al prevalimiento (también abusos sexuales) o al engaño (estupro).

En otras palabras: poner el acento en la falta de consentimiento de la víctima no debe hacerse sin ofrecer al aplicador del derecho datos en los que esa falta de consentimiento se materialice, que es lo que ocurre cuando se llevan a cabo actos de contenido sexual, por ejemplo, con violencia, con intimidación, abusando de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Equilibrando de esta forma la respuesta penal, se evitará la vulneración del principio de legalidad y la revictimización de la víctima, en la medida en que si no se pudiera probar fácilmente la violencia o la intimidación, todavía sería posible probar de una forma menos traumática la existencia de una situación de prevalimiento objetivo y/o subjetivo, evitando técnicas invasivas de la privacidad (M. Virgilio, 1997, 77-8). En definitiva,

más que la singular prueba del elemento preciso usado por el autor para realizar el acto de contenido sexual, lo que verdaderamente debería ser objeto de prueba es que ese acto se llevó a cabo sin voluntad por parte de la víctima.

Pero por muchas reformas que se lleven a cabo en ambos países, no será posible luchar contra los atentados a la libertad sexual que sufren desproporcionadamente las niñas y las mujeres, si simultáneamente no se ponen en marcha medidas y políticas no penales que tiendan a concienciar a los hombres sobre la capacidad de las mujeres para determinarse en materia sexual. En esta tarea debe involucrarse toda la sociedad y todos los estamentos sociales. Por ejemplo, tras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra que ha condenado a los miembros de la *Manada* por un delito continuado de abuso sexual a una pena de prisión de 9 años, sus familiares, amistades y personas conocidas del pueblo siguen insistiendo en que son unos hijos, maridos, hermanos, amigos y compañeros ejemplares. Ya es hora de que se dejen de encubrir socialmente estas conductas y a estos autores, de que se haga sentir a los condenados el rechazo social hacia la violencia sexual contra las mujeres, porque se trata de la forma violencia de género más primaria: el discurso masculino en torno al uso del cuerpo de las mujeres como objetos de placer ajeno.

Terminaremos este estudio sobre el tratamiento penal de la violencia sexual de género recordando el alegato final de uno de los abogados intervinientes en el proceso seguido contra los miembros de la *Manada*, momento que aprovechó para decir que los hoy condenados por abuso “no son modelo de nada, incluso pueden ser verdaderos imbéciles, con comportamientos en sus mensajes patanes y primarios, interesados por el fútbol, la pertenencia al grupo y mantener relaciones sexuales con muchas mujeres. Pero también son buenos hijos”³². Loofbourouw ha analizado los casos de acoso sexual en Hollywood en un excelente trabajo titulado “The myth of the male bulbler”³³: “la primera etapa de este fenómeno será siempre caracterizar a los hombres acusados como excepciones, como manzanas podridas (...). Pero la segunda es la que cada uno intentará naturalizar el acoso sexual. Si hay hombres que hacen estas cosas, ¡entonces seguramente es que los hombres son así! Este argumento llegará. Hay una conclusión que se sobreentiende: ellos no pueden ayudarse a sí mismos. Ellos son torpes”. Frente a este tipo de argumentos, parece que no hay Derecho penal que valga porque no se puede castigar lo inevitable e irremediable. Parece que da a entender que la torpeza masculina puede hacerles perdonar esa orgía.

³² Vid. el artículo de N. Ramírez (2017).

³³ Publicado en *The Week*, 15 de noviembre de 2017. Véase los comentarios que de este artículo realiza Noelia Ramírez “*La Manada o el mito de perdonar al hombre imbécil*”.

Desmontar el mito del hombre torpe pasa por reconocer la existencia en una parte de nuestra sociedad de una especie de machismo medular que todo lo desenfoca, lo tergiversa e impide valorar en su completa intensidad la gravedad de estos atentados, de forma que se huya de la trivialización y de la normalización; esta es una tarea que incumbe a toda la sociedad y que reclama la participación de todos y de todas: especialmente de los centros educativos y de los medios de comunicación, que pongan en marcha campañas de educación no discriminadoras basadas en el principio de co-educación, que se dirijan singularmente a los sectores de nuestra sociedad que en tantas ocasiones demuestran su mala educación. Si no es así, difícilmente podrá más tarde el Derecho penal hacer otra cosa que no sea imponer más y más penas.

Referencias

- ACALE SÁNCHEZ María (2006), *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, Reus, Madrid.
- ACALE SÁNCHEZ María (2017), *El género como factor condicionante de la victimización y de la criminalidad femenina*, en “Papers”, 102, 2, pp. 1-30.
- ACALE SÁNCHEZ María (2018a, 28 de abril), *Ser o no ser (de la manada): esa es la cuestión*, en “Nueva Tribuna”, <https://www.nuevatribuna.es/articulo/sociedad/ser-ser-manada-es-cuestion/20180428190127151339.html>, fecha de la última consulta 23 de mayo de 2018.
- ACALE SÁNCHEZ María (2018b), *Terrorismo y tratamiento punitivista: más allá de la prisión*, en PÉREZ CEPEDA Ana Isabel, *El terrorismo en la actualidad. Un nuevo enfoque político criminal*, a cargo de, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 435-65.
- CARMONA SALGADO Concepción (1981), *Los delitos de abusos deshonestos*, Bosch, Barcelona.
- COBO DEL ROSAL Manuel (1963), *El bien jurídico en el delito de adulterio*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, XVI, pp. 510-30.
- COBO DEL ROSAL Manuel (1967), *Sobre la naturaleza pluripersonal del delito de adulterio (artículo 449 del Código Penal)*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, XX, pp. 147-57.
- CUGAT MAURI Miriam (1993), *La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación*, en “Jueces para la Democracia”, 20, pp. 73-83.
- EMMENEGGER Silvia (1999-2000), *Perspectiva de género en Derecho*, en HURTADO POZO José, “Derecho penal y Discriminación de la mujer, Anuario de Derecho penal 1999-2000”, a cargo de, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pp. 38-47.
- EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY (2017), *Glossary of definitions of rape, femicide and intimate partner violence*, Lituania.
- FLORA Giovanni (2018), *La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di Cupido nell'era postmoderna*, en “Criminalia, Annuario di Scienze Penalistiche (Discrimen)”, 25 de octubre, pp. 1-6.

María Acale Sánchez

- GIMBERNAT ORDEIG Enrique (1990), *La mujer y el Código penal español*, en el mismo, "Estudios de Derecho penal", Tecnos, Madrid.
- HUNTER Rosemary (2010), *An account of feminist judging*, en HUNTER Rosemary, McGLYNN Clare, RACKLEY Erika, *Feminist judgments. From theory to practice*, Hart Publishing, Oxford-Portland, pp. 30-43.
- LOOFBOUROW Lili (2017, 15 de noviembre), *The myth of the male bumbler*, en "The Week".
- MACRI Francesco (2010), *Verso un nuovo diritto penale sessuale*, Firenze University Press, Firenze.
- MALETZKY Barry (2016), *Sexual abuse and the sexual offender. Common man or monster?*, Karnac, London.
- MAQUEDA ABREU María Luisa (2016), *El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015*, en "Cuadernos de Política Criminal", 118, pp. 5-42.
- MARTÍN PALLÍN José Antonio (1999), *Derechos humanos y mujeres maltratadas*, en MARTÍN ESPINO José Domingo (coord.), *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar*, Colex, Madrid, pp. 45-62.
- MUÑOZ GARCÍA María José (1994), *El proceso histórico de la codificación penal española*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez.
- QUINTANO RIPOLLÉS Antonio (1972), *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, I, EDERSA, Madrid (2^a ed.).
- RAMÍREZ Noelia (2017, 30 de noviembre), *La Manada o el mito de perdonar al hombre imbécil*, en "El País", fecha de la última consulta: 7 de diciembre.
- RODRÍGUEZ GALLARDO Francisco (1995), *El 'ius puniendo' en delitos de adulterio (análisis histórico-jurídico)*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", 5, pp. 881-930.
- TRIOLO Dario Primo (2017), *I reati contro la libertà sessuale*, Key Editore, Milán.
- VIRGILIO María (1995), *Diritto penale sul corpo delle donne: le proposte delle donne parlamentari contra la violenza sessuale*, en "Critica dal Diritto", 3, pp. 196-202.
- VIRGILIO María (1997), *Violenza sessuale e norma. Legislazione penali a confronto*, Quaderni di Critica del Diritto, Ancona.
- ZAFFARONI Ernesto Raúl (2000), *El discurso feminista y el poder punitivo*, en BIRGÍN Hugo (2000), *Las trampas del poder punitivo: el género en Derecho penal*, Bilbos, Buenos Aires, pp. 29-35.

