



Perspectiva de género y derecho penal: Consideraciones a propósito de la Ley del “sólo sí es sí”

Gender perspective in criminal justice system: An analysis over ‘only yes means yes’ sexual consent law

Alejandro Manzorro Reyes

Magistrado Juez de Juzgado de Primera Instancia
alejandro.manzorro@justicia.es
Ministerio de Justicia

Resumen

La idea de que el Derecho tiene género (evidentemente masculino) permite concluir que el Derecho no es neutro, que las mismas prácticas significan cosas diferentes para hombres y para mujeres y que lo que se presenta como neutral esconde, en la mayoría de las ocasiones, un mecanismo de dominación masculina. Dado que el Derecho está atravesado por estructuras androcéntricas, resulta obligado realizar un análisis críticamente desde una perspectiva feminista de la nueva Ley del “sólo sí es sí” en el ámbito jurídico, con las repercusiones y debate jurídico político que ha despertado la misma llegando a partir de dicho examen, a una serie de conclusiones dignas de tener en cuenta si se pretende enfrentar de forma científica el conflicto que se demanda. Este trabajo es fruto de una comunicación en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla los días 16 y 17 de marzo de 2023, y circunscribiéndose a esta, por lo que en este texto no se aborda la llamada “contrarreforma” a través de la cual se vuelve a valorar a nivel legal los medios comisivos violencia/intimidación para el establecimiento de los marcos penales.

Palabras clave: mujeres maltratadas; violencia sobre la mujer; Ley del consentimiento; perspectiva de género; sólo sí es sí.

Abstract

The idea that the Law has a gender (obviously masculine) allows us to conclude that the Law is not neutral. Same practices mean different things for men and women and that what is presented as neutral hides, in most cases, a mechanism of male domination. Given that the Law is permeated by androcentric structures, it is necessary to critically analyze from a feminist perspective the new Law of “only yes is yes” in the legal field, with the repercussions and political legal debate that it has awakened. Precisely in view of this scenario, one of the main objectives of this article is to try to shed light on this complex issue, not only reconciling the human conflict with a legally acceptable response, but also trying to achieve uniformity of criteria for applying the Law. This work is the result of a communication at the Pablo de Olavide University of Seville on March 16 and 17, 2023, limited to this, so this text does not address the so-called “counter-reform” through which it becomes to assess at a legal level the means of violence/intimidation for the establishment of criminal frameworks.

Key words: Battered women; violence against women; sexual consent law; gender perspective; only yes mean yes; .

Cómo citar este trabajo: Manzorro Reyes, Alejandro. (2024). Perspectiva de género y derecho penal: Consideraciones a propósito de la Ley del “sólo sí es sí. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4), 139–158. <https://doi.org/10.46661/respublica.9364>

Recepción: 11.11.2023

Aceptación: 12.02.2024

Publicación: 04.04.2024



Este trabajo se publica bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.

1. Introducción a una reforma penal fruto de la presión social

Con anterioridad a la entrada en vigor a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, comúnmente conocida como Ley del “sólo sí es sí”, nos encontrábamos ante un panorama donde las soluciones promovidas tanto por la doctrina científica como las adoptadas por los Juzgados y Tribunales no eran uniformes, sino divergentes, siendo que cuando el ordenamiento jurídico no otorga una regulación satisfactoria al conflicto que la demanda y se manifiesta incapaz de resolverlo, no sorprende en absoluto que los Jueces sigan tal disparidad de criterios.

Es por ello, que la nueva Ley del “sólo sí es sí” ha supuesto una nueva óptica en el ordenamiento jurídico

La aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, responde, tal y como en su preámbulo se indica, a una serie de movilizaciones y acciones públicas promovidas por el movimiento feminista que, en consideración del legislador penal español, han dado mayor visibilidad a las violencias sexuales contra las mujeres. Esta ley ha supuesto una reforma en profundidad de los delitos sexuales.

Pocas leyes han dado más de sí que la popularmente conocida como “Ley del sólo el sí es sí”. Nacida con la finalidad de dar respuesta a las reivindicaciones sociales que, tras el caso de la Manada, exigían una mayor protección de las víctimas de delitos sexuales, parece haberse convertido en el gran “caballo de batalla” político.

Las novedades introducidas con la nueva normativa, a estas alturas ya conocidas por la totalidad de la ciudadanía, se centran en la desaparición de la distinción entre “los abusos y las agresiones sexuales”; la ubicación del “consentimiento de la víctima” como eje central de los delitos contra la libertad sexual; así como, un aspecto, a mi modo de ver,

especialmente destacable, que parece haber pasado totalmente desapercibido, esto es, toda una batería de medidas con las que se pretende equipar en protección, tanto a víctimas de violencia de género, como a víctimas de delitos contra la libertad sexual.

2. El género como factor de discriminación contra las mujeres

La violencia basada en el género tiene naturaleza de especificidad, según establecen las investigaciones y, por tanto, y según línea académica, no puede quedar reducida al *desenfreno individual producto de energía incontenible que implican otras violencias o delincuencias*.

Podríamos afirmar que el Derecho se asienta en un marco de referencia sostenido por costumbres y creencias que perpetúan microculturas, siendo una de las más visibles la relacionada con el género.

En efecto, la violencia basada en el género es entendida, según amplia doctrina, como una violencia que tiene fuertes componentes estructurales en función de cómo se han ido tejiendo las relaciones de género. Por tanto, los actos de violencia sobre la mujer, en un contexto de viogen, no son únicamente actos individuales.

Son actos que inciden, que sobrevienen por enlace de la desigualdad de género, creando subordinación femenina sistémica. Y los esfuerzos por descubrir los factores asociados a esta violencia se han de ubicar en el contexto social más amplio de las relaciones que crean este poder. Son necesarios cambios catárticos de género y esfuerzos epistemológico-jurídicos, apunta la corriente académica.

La delimitación del concepto de género no es una tarea exenta de dificultades. El género se constituye en el resultado de un proceso de construcción social en el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que

cada cultura atribuye a sus varones y mujeres¹.

Sin embargo, el género no es sólo un constructo que aporta representaciones culturales sobre lo femenino y lo masculino, sino que también es una forma primaria a través de la que se articula el poder como instrumento de dominación sobre las mujeres². Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que les han sido asignados bajo la etiqueta o el estereotipo de género, pero que son articulados a través de estructuras jerárquicas y de subordinación que generan desigualdad³.

En este contexto general de discriminación sistémica, el género adquiere una importancia clave como causa que explica las diferentes manifestaciones de violencia contra las mujeres, aunque no es la única⁴.

Resultan especialmente importantes, como coeficientes multiplicadores que generan *discriminación múltiple o doble discriminación*⁵, la pertenencia de la mujer a una minoría étnica o religiosa, ser inmigrante o discapacitada, tener diversa orientación sexual, ser víctima de violencia de género o de explotación sexual o estar interna en un centro penitenciario⁶.

Han transcurrido casi tres décadas desde que LARRAURI PIJOAN planteara el interrogante de si el Derecho penal crea, reproduce o combate la desigualdad por razón de género⁷. Después de todo este tiempo (y a pesar de reconocer que algo se ha avanzado, aunque quizás no siempre en la dirección correcta) podemos afirmar que el Derecho Penal sigue recreando esta desigualdad en ámbitos como el de la creación de la norma⁸, su interpretación (particularmente interesante

¹ Así se deduce del concepto de género recogido en el artículo 3 del Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), de 2011, firmado por España en 2014, al establecer que por *género* se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.

² ERICE MARTÍNEZ, Esther., (2018). “Perspectiva de género y derecho penal”, en *Boletín Penal Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de enero*, p. 23.

³ MAQUEDA ABREU, María Luisa., (2006). “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 8.

⁴ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS., (2006). “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia sobre la mujer”; en este estudio se concluye que no hay una causa única que explique adecuadamente la violencia contra las mujeres, sino que es producto de la convergencia de varios factores en un contexto general de desigualdad; LAURENZO COPELLO, Patricia., (2008). “La violencia de género en el Derecho Penal: un

ejemplo de paternalismo primitivo”, en *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, . MAQUEDA ABREU, María Luisa., (2008). “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, p. 390.

⁵ ESPAÑA. LEY Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, publicado en BOE número 71 de 23 de marzo de 2007. Vigencia desde 24 de marzo de 2007.

⁶ SERRA CRISTOBAL, Rosario., (2011). “Mujer y doble discriminación”, incluido en la obra *Mujer y Derecho, Jornadas de Igualdad de la Facultad de Derecho, Universitat de* , Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 88 y ss.

⁷ LARRAURI PIJOAN, Elena., (1992). *La mujer ante el Derecho Penal*, pp. 291 y ss.

⁸ Así, frente a la pretendida neutralidad que el legislador confiere a la redacción de los tipos penales, en principio creados para ser aplicados con independencia del género, lo cierto es que hay instituciones como la legítima defensa, tipos delictivos o circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los que el género influye. Así, por lo que respecta a la legítima

por lo que respecta a la permeabilidad de los estereotipos en la respuesta penal y procedimental frente a la violencia sexual), pero también en la esfera de la ejecución penal, a tenor de los obstáculos a los que se enfrenta la mujer presa para su reinserción. Todo ello supone un refuerzo normativo de los estereotipos de género y de su efecto discriminatorio.

De este modo, la violencia institucional se convierte en una cuestión clave para entender los mecanismos de la violencia contra las mujeres⁹. La violencia institucional, prohibida expresamente en el artículo 5 del Convenio de Estambul¹⁰, incluye no sólo las manifestaciones de violencia contra las mujeres en las que el Estado es directamente responsable, sino también actuaciones que evidencian una pauta de discriminación en el ejercicio de sus derechos¹¹, particularmente cuando es víctima de un delito.

Al daño que genera a la víctima el delito se le añaden indirectamente otra serie de perjuicios, provocando que en ocasiones el sistema se vuelva contra ella, revictimizándola¹².

3. Contexto social de la violencia de género

La globalización, la sociedad de la información y las nuevas tecnologías han cambiado la realidad de nuestro tiempo y las formas de relación entre las personas. Internet, las redes sociales y los medios digitales proporcionan importantes herramientas para el contacto

humano a la vez que suponen nuevos riesgos antes inexistentes. Precisamente, los especialistas de todo el mundo han comenzado a interesarse por cómo estas nuevas formas de relación social online están afectando y modificando los comportamientos y prácticas habituales existentes previamente en la sociedad y, a la inversa, estudian cómo las estructuras de relación social propias de las relaciones offline de la vida cotidiana se están trasladando al ámbito digital de Internet y las redes sociales.

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, respecto a las relaciones de pareja, operó la más importante modificación en cuanto al círculo de las posibles víctimas, que ha permanecido invariable, como ámbito propio y específico de la violencia de género, tras la promulgación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, al suprimir, en las relaciones análogas de afectividad a la conyugal, la exigencia de estabilidad, y añadir que se extiende a ellas, aunque no medie entre el sujeto activo y el sujeto pasivo la relación de convivencia.

Esta reforma, como apuntó la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, contribuiría a consolidar uno de los hoy en día principales núcleos de controversia en esta materia: precisar cuáles son las relaciones incluidas en este ámbito específico de protección, a partir de la asunción de la inclusión de las relaciones de

defensa, pone de manifiesto la dificultad de apreciar esta exigencia cuando la autora es víctima de violencia de género, atendiendo a los requisitos de la actualidad de la agresión y de la necesidad racional del medio empleado.

⁹ BODELÓN, Encarna., (2008). "La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo", en *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, p. 295.

¹⁰ CONVENIO del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica firmado por España en el año 2014.

¹¹ BODELÓN, Encarna., (2014). "Violencia institucional y violencia de género", incluido en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, p.133.

¹² COOK, Rebecca y CUSAK, Simone., (2010). *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Profamilia, Bogotá, p. 25.

noviazgo en el ámbito de protección reforzada de la violencia de género.

Respecto a este contexto social, podríamos traer a colación distintos estudios victimológicos que han demostrado variaciones significativas ante determinados delitos según las características de las víctimas. Así los jóvenes también son víctimas de la violencia de género en el ámbito de la pareja con frecuencia, pero menos frecuentemente denunciados.

Así mismo, en el contexto social, podríamos observar nuevas formas de ejercer la violencia como consecuencia del uso de las nuevas tecnologías que tienen una especial incidencia en la juventud, así entre ellas el ciberacoso o *stalking*, entendido como una forma de invasión en el mundo de la víctima de forma repetida, disruptiva y sin consentimiento usando las posibilidades que ofrece Internet, como el reenvío de fotos o vídeos íntimos sin consentimiento, o con un consentimiento viciado. Este nuevo entorno, junto a todas las ventajas que plantea, se presenta como un medio ideal para la comisión de delitos. No solo los denominados delitos informáticos en sentido estricto, sino también los delitos clásicos cobran vida en el entorno tecnológico, como ya pusiera de manifiesto ORTS BERENGUER¹³.

Ciertamente, las mismas conductas que tradicionalmente se producen en el denominado *entorno analógico* pueden ser llevadas a cabo en el *espacio digital*, incluso, como se explica posteriormente, con mayor facilidad que en el medio común no tecnificado, lo que no es más que una consecuencia lógica del espejo social en qué consisten las actuaciones delictivas que, sin embargo, todavía no han encontrado un reflejo suficientemente claro en el texto punitivo ni siquiera en el proyectado recientemente, en el que sigue sin existir una referencia expresa a los que voy a denominar

delitos tecnológicos, incluyendo entre ellos a todos aquellos que se realicen tomando como instrumento algún elemento digital relevante.

Por otra parte, redundando en el contexto social podríamos incidir en el carácter cíclico de la violencia masculina, a pesar de todas las medidas que toma la mujer para evitar que se vuelva a producir, y que van desde la oposición inicial hasta la sumisión y dependencia hacia el agresor de las fases tardías, sin que ninguna de ellas tenga un efecto duradero, hacen que la mujer termine por no saber qué hacer para que esto finalice.

Si no existe un objetivo claro en la conducta del hombre, ni una etiología definida, ¿cómo se va a solucionar o cómo se pueden adoptar medidas para su evitación? Inevitablemente la situación persiste y la persistencia aumenta la gravedad, tanto en términos de riesgo para la víctima como de daño psíquico y de adopción de posibles medidas violentas reactivas por su parte.

La aún falta de concienciación social y la consecuente responsabilización de la víctima unida a la falta de apoyo, véase todo el rechazo generado y el debate suscitado con el consentimiento de la Ley del "sólo sí es sí", agrava aún más el problema psicológico que viene padeciendo por la propia inercia de la situación.

En determinadas actuaciones llevadas a cabo a través de redes sociales o incluso de plataformas de telefonía, el autor puede valerse de perfiles falsos que dificulten la prueba y por lo tanto, que le generen una mayor sensación de seguridad al cometer el delito, utilizando por el contrario, signos o gestos que permitan ser identificado por la víctima pero no por el resto de ciudadanos o justiciables.

Así, por ejemplo, se puede usar un perfil falso en una red social para amenazar a la mujer y de este modo ocultar la verdadera identidad,

cometidos a través de la informática, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 13 - 14.

¹³ ORTS BERENGUER, Enrique., ROIG TORRES, Margarita., (2001). *Delitos informáticos y delitos*

utilizando los mismos ritos y mensajes que son solo conocidos por la pareja o quien haya tenido una relación de afectividad con el autor de los mismos, y que incluso pueden resultar inocuos para terceros, pero sí generar inseguridad y miedo en la mujer que los recibe, que los reconoce como parte del ritual maltratador.

Supone que el medio escrito favorece las conductas de ataque, en la medida en que el sujeto cuando escribe no se enfrenta a la posibilidad de que su ataque sea repelido. Por lo demás, la seguridad que proporciona realizar manifestaciones en el entorno del hogar o del trabajo a través del ordenador o del teléfono móvil, donde el autor se siente seguro y protegido, hace que se emitan con mayor transparencia y sin ningún tipo de límite, todo aquello que se siente¹⁴.

Con carácter general, existe una percepción en el colectivo social de que no existen riesgos en la práctica de algunas acciones que se llevan a cabo en el seno de la pareja. Se considera que es normal, y hasta sano, controlar las horas de conexión de la pareja, pedirle el móvil para comprobar con quién ha *guasapeado* o la contraseña de las redes sociales o del correo electrónico para analizar quiénes son sus amigos y con quién entabla contacto.

Esa idea instalada sobre todo en los y las adolescentes de que el control y los celos son una prueba de amor, y que no pasa nada por verificar cada movimiento que hace el otro si

no tiene nada que ocultar, favorecen conductas que derivan en violencia y a su vez, constituyen indicadores de la misma¹⁵.

Obligatorio, al menos mencionar, la importancia del daño colateral que la COVID-19¹⁶ ha supuesto para la violencia de género, donde las peticiones de ayuda a los servicios de asistencia victimológicos de viogen del 14 de marzo al 15 de mayo de 2020, sumando las llamadas al 016 y el servicio de Whatsapp se elevaron hasta las 18.700 desde el inicio del confinamiento, lo que supone un aumento del 61,56% respecto al mismo período del año anterior.

Sin embargo, las denuncias descendieron en un 10,3% con respecto a 2019, suponiendo el segundo trimestre de 2020 la cifra más baja registrada, rompiendo la trayectoria creciente. Estas cifras tan dispares entre las consultas y las denuncias se explican si tenemos en cuenta que en una situación “normal” ya es difícil tomar una decisión relacionada con la solicitud de ayuda o la denuncia de una pareja, por lo que dicha situación se torna aún más complicada, si cabe, en una situación de confinamiento en la que la víctima se podía llegar a ver obligada para el caso de ver desestimada su denuncia a continuar conviviendo con su agresor.

Tomando como referencia los principales elementos que caracterizan la violencia de género cuya finalidad son controlar y aislar a la mujer, el confinamiento fue un *parque de atracciones* para los maltratadores. Durante

¹⁴ LLORIA GARCÍA, Paz., (2014). “Violencia de género en el entorno digital”, en *Crímenes y castigos, miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 547 y ss.

¹⁵ En este sentido, ALCÁZAR y GÓMEZ-JARABO ponen de manifiesto que determinados comportamientos de maltrato psicológico son aceptados socialmente como pautas de comportamiento normal. p. 35. Igualmente, LORENTE ACOSTA, advierte que el fin último de la violencia de género es el control sobre la mujer y

no el agredirla. La agresión constituye el castigo por no someterse al control del hombre. *Vid.*, LORENTE ACOSTA, Miguel., (2001). *Mi marido me pega lo normal*, Barcelona.

¹⁶ Enfermedad respiratoria muy contagiosa causada por el virus SARS-CoV-2. La OMS tuvo noticia por primera vez de la existencia de este nuevo virus el 31 de diciembre de 2019, al ser informada de un grupo de casos de «neumonía vírica» que se habían declarado en Wuhan (República Popular China).

esos meses de infierno esas mujeres se vieron privadas del apoyo que los servicios sociales les vinieran prestando, de la ayuda de su entorno (familiares, amigos o vecinos), sin un solo minuto de respiro.

Esta situación ha dado como resultado que, durante la pandemia¹⁷, especialmente durante el segundo trimestre del año, cuando el confinamiento era estricto, se redujeron los homicidios, hasta el punto de alcanzar la cifra más baja desde que se comenzó a registrar. Esto no significa una disminución de la violencia, si no que se facilitaban las situaciones de control sobre las víctimas por el aislamiento y el control de la movilidad, así como la disminución de oportunidades de las mujeres a acceder a un trabajo y a los servicios sociosanitarios.

La pandemia¹⁸ ha golpeado con gran fuerza numerosos elementos emocionales como la autoestima, las expectativas de vida, de futuro, etc. Distintos estudios en el ámbito de la psicología refieren un aumento de la angustia, la ansiedad y la depresión general de la población. El sentimiento de ahogo, de estar atrapado en una casa no siempre cómoda, la ruptura de las rutinas, la intriga de qué nos deparará el futuro a nivel profesional y personal, son temas que todos hemos sufrido. Maltratador y víctima también, con lo que tenemos que entender que el maltratador ha descargado todas estas frustraciones en su víctima, y está ha tenido que lidiar con sus propias fobias, más la situación de encierro en el hogar del terror, más las frustraciones de su pareja.

4. Breve análisis del debate sobre reducción de penas, ¿jueces con perspectiva de género machista?

El derecho penal tiene una serie de principios intangibles que no pueden ser ignorados ni sorteados, sin grave quebranto del principio de legalidad y seguridad jurídica que constituyen la médula del Estado de derecho. El principio de legalidad que se contiene en todos los tratados internacionales que proclaman la primacía de los derechos humanos, exige y así se recoge en el artículo 1 de nuestro Código Penal, que no será castigada ninguna acción u omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración.

Como es lógico, un código penal puede experimentar modificaciones a lo largo de su vigencia, teniendo en cuenta que su función es dar una respuesta sancionadora a conductas y acontecimientos que se instalan, en un momento determinado en la realidad social y política de un país.

Por razones de política criminal y con el propósito de adecuar nuestro Código Penal a los convenios internacionales y a las tendencias del derecho comparado, el legislador ha llegado a la conclusión de unificar las conductas atentatorias contra la libertad sexual bajo la única denominación de agresiones sexuales. Consecuentemente hay que ampliar la horquilla punitiva de que disponen los jueces, rebajando las penas mínimas.

La Constitución establece en el artículo 9.3, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales como garantía de la seguridad jurídica. En pura lógica, las disposiciones sancionadoras que favorezcan

¹⁷ LORENTE ACOSTA, Miguel., (2020). “Violencia de género en tiempos de pandemia y confinamiento”, en *Revista española de medicina legal*, volumen 46, número 3, pp. 139 – 145.

¹⁸ HAWIE LORA, Illian., (2021). “La doble pandemia: violencia de género y COVID 19” en *Revista Advocatus*.

al reo tendrán efecto retroactivo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable será oído el reo. Así lo establece taxativamente el artículo 2.2 del Código Penal.

La situación que se preveía hasta ahora en el Código Penal era la diferencia entre dos figuras.

Por un lado, la agresión sexual, entendida como actos de naturaleza sexual no consentidos empleando además violencia o intimidación para ejecutarlos (por ejemplo, un hombre acorrala a una mujer y la somete a tocamientos mientras la amenaza con una navaja).

Y por otro, con penas más leves que los delitos anteriores, el abuso sexual: estos mismos actos de naturaleza sexual sin consentimiento, pero sin violencia ni intimidación. Aquí se incluían casos como los de la sumisión química, es decir, drogar a una persona para luego abusar de ella sexualmente. Era clamoroso que el hecho de usar sustancias para incapacitar a la víctima supusiera una pena menor.

Aquí entra la idea inicial de la modificación: el consentimiento está en el centro, es decir, cualquier acto sexual no consentido es agresión, con independencia de que haya o no violencia o intimidación, porque la sola ausencia del consentimiento ya supone una violencia implícita. Además, se prevé el castigo de situaciones que hasta ahora no estaban ni previstas, como el acoso callejero. La idea, hasta aquí, era buena. Por tanto, se refundieron los dos tipos penales, pero, ahora bien, se ha de tener en cuenta que el Código Penal nunca dispone una pena concreta a cada delito, sino que establece una horquilla, por ejemplo, una pena de prisión de 6 a 10 años.

¿Cómo se concreta? No es al libre arbitrio de los jueces, o no del todo. Este código también contiene una serie de normas para su concreción: por ejemplo, cuando concurre

una causa atenuante se aplicará la mitad inferior de la pena (art. 66.1.1ª), es decir, si de 6 a 10 años van 4 años, la mitad inferior de esta pena es de 6 a 8 años. Así se acota el poder de graduación de los jueces, de modo que en este ejemplo concreto la decisión pasa de una horquilla de 4 años de diferencia a sólo 2.

Pero, además, esa graduación se debe razonar, porque si no se justifica correctamente, da la posibilidad de recurrir. Siguiendo nuestro ejemplo, ante un hecho que tiene prevista esta pena de 6 a 10 años de prisión donde concurre una sola atenuante y ninguna agravante, y donde se entiende que no existe ningún hecho adicional que permita agravar la pena prevista, se establecería la pena mínima de la mitad inferior, es decir, 6 años.

Lo que ha ocurrido al refundir dos delitos en uno es que las horquillas quedaban excesivamente amplias. Por ejemplo: el abuso sexual "simple" iba desde una multa económica a los 3 años de prisión, mientras que la agresión sexual "simple" tenía prevista una pena de 1 a 4 años de prisión. La diferencia entre una pena de multa y los años de prisión previstos era tan grande que se decidió acotar estas horquillas.

El problema ha venido al tocar tanto los límites máximos como mínimos, sin prever la posibilidad de introducir una disposición transitoria.

Aquí entra el segundo concepto: la revisión de las penas. Para esto es necesario explicar cómo funcionan las Secciones de Ejecución dentro de los juzgados de lo penal. Éstas son equipos de funcionarios encargados de controlar el cumplimiento de las penas impuestas: desde el embargo de bienes cuando no se paga una multa, hasta la emisión de las órdenes de busca y captura para que se localice a alguien que deba entrar en la cárcel. Y claro, también los plazos de cumplimiento de las penas.

Por ejemplo, si se despenaliza una conducta en concreto (como pasó en 1976 con el

adulterio) automáticamente tienen que revisarse todas las condenas por el delito en concreto y poner en libertad inmediatamente a quienes las estuviesen cumpliendo.

¿Por qué? Pues porque en derecho penal existe un principio: *in dubio pro reo*, es decir, en caso de duda (o de cambio) siempre se interpretará o se aplicará la norma más favorable al reo. Y esta norma se aplica de oficio, por eso no es necesario siquiera que el propio reo lo solicite, aunque por supuesto los abogados están iniciando ya el procedimiento, sin esperar a que lo haga el Tribunal.

Pero, ahora bien, entonces ¿se podría haber evitado de alguna forma la reducción de penas?

Sí, todo esto se podría haber evitado introduciendo una cláusula llamada “de derecho transitorio”, es decir, una norma que regula las situaciones ya existentes justo en el momento en que cambia la ley: las que se cometieron bajo la vigencia de la ley anterior que no se han juzgado aún, o las cometidas y juzgadas y que se hallan en pleno cumplimiento de la condena.

Este tipo de normas de derecho transitorio suelen prever que en caso de que la pena que ya se estuviese cumpliendo se encuentre dentro de la horquilla de penas que establece la nueva norma, se mantenga, sin aplicar rebajas automáticas.

Parece ser que la introducción de esta cláusula se le olvidó a todo el mundo: a comisiones interministeriales, grupos parlamentarios, CGPJ, Consejo Fiscal. Y es perfectamente posible que haya pasado esto, aunque el olvido no pierde ni un ápice de gravedad.

Por pocas sentencias que se vayan a revisar a la baja, la sensación de desprotección de las víctimas y de las mujeres en general es total. Aquellas mujeres que han tenido que enfrentarse a un hecho profundamente traumático, a un proceso penal que en muchas ocasiones las revictimiza y a unos periodos de tiempo larguísimos hasta que se consigue (a veces, no siempre) una condena,

ven ahora como a sus violadores se les rebaja la pena.

Por tanto, no, no estamos ante jueces machistas, de hecho, el Consejo General del Poder Judicial, en un informe emitido con anterioridad a la aprobación de la Ley Orgánica, ya advirtió de la necesidad de incorporar una disposición transitoria toda vez que las reducciones de condena tienen efecto retroactivo si benefician a condenados.

El Consejo General del Poder Judicial, en ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 599.1.12ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, emitió el 25 de febrero de 2021 el correspondiente informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que fue aprobado por unanimidad.

El informe, que fue remitido al prelegislador, constataba que el cuadro penológico contemplado en el anteproyecto para los delitos de agresiones sexuales tipificados en los capítulos I y II del título VIII del Código Penal suponía una reducción del límite máximo de algunas penas y concluía que “la reducción de los límites máximos de las penas comportará la revisión de aquellas condenas en las que se hayan impuesto las penas máximas conforme a la legislación vigente».

Es más, este tipo de actuaciones minan la confianza de las víctimas en las Administraciones y, singularmente, en la Justicia, aumentando su desprotección.

El informe, que fue remitido al prelegislador, constataba que el cuadro penológico contemplado en el anteproyecto para los delitos de agresiones sexuales [...] suponía una reducción del límite máximo de algunas penas y concluía que la reducción de los límites máximos de las penas comportará la revisión de aquellas condenas en las que se hayan impuesto las penas máximas conforme a la legislación vigente.

En un ejemplo práctico esto quiere decir que si un hombre había sido condenado a 10 años por una agresión sexual con agravante puede pedir una bajada de dos años porque la

horquilla se ha reducido de dos a ocho años. Su pena ha quedado fuera del umbral y el juez no tendrá más remedio que concedérsela.

5. Estereotipos de género y revictimización

Toda la violencia e intimidación se desarrolla a través de una situación de dominación-sumisión en la que alguien más poderoso y fuerte intenta someter a alguien más débil a la fuerza. En el caso de la violencia e intimidación contra las mujeres, la desigualdad de éstas con respecto a los hombres está en el origen del problema.

Nuestra sociedad está estructurada según las distintas funciones atribuidas a uno y otro sexo: las del hombre, basadas en la fuerza, la virilidad, el poder y la ambición; y las de la mujer, centradas en aspectos que no llevan ni al éxito ni al poder y que son socialmente consideradas inferiores a las masculinas.

Este reparto de funciones nos conduce a una sociedad patriarcal, donde el hombre disfruta de todas las esferas de la vida, tanto de la pública como de la privada, mientras que la mujer se ve limitada al ámbito privado o doméstico. La consecuencia más inmediata es la consideración de la mujer como un objeto propiedad del hombre.

Este planteamiento de desigualdad y dominación se va construyendo a lo largo del proceso de socialización, que comienza cuando somos menores; los hombres se han visto obligados a "hacer valer su superioridad" a demostrar su fuerza y a gobernar, desde el ámbito más privado, su hogar, al público; por el contrario, si no han hecho valer su virilidad han sido ridiculizados por la sociedad y considerados "pocohombres". Las mujeres se ven obligadas por los mandatos de género a ser complacientes, a cuidar a los demás, a

renunciar a sus expectativas en función de las de otros, a transigir...

Estos valores patriarcales nos han transmitido que las mujeres y los hombres tienen diferentes características y, por tanto, diferentes papeles en la sociedad; en el momento en el que el sujeto pasivo, es decir, la mujer, intenta romper con esta situación preestablecida, el hombre responde con la violencia para seguir manteniendo su estatus y su sentido de la propiedad hacia la mujer. En ese momento se produce la violencia contra las mujeres.

Como señalan COOK y CUSAK¹⁹, una de las más significativas características de los estereotipos de género es su resiliencia; son dominantes y persistentes. Son dominantes socialmente cuando se articulan a través de los sectores sociales y culturales, y son socialmente persistentes en cuanto permanecen a lo largo del tiempo, integrándose en el imaginario colectivo hasta el punto de no tener conciencia de ello.

Resulta especialmente interesante señalar cuáles son los estereotipos asociados a mujeres víctimas de la violencia machista o de género y de violencia sexual.

Dentro de un contexto de violencia de género, LARRAURI PIJOAN describe excepcionalmente cuáles pueden ser estos modelos estereotipados²⁰: así, es habitual que en el imaginario colectivo se categorice a la víctima como mujer irracional (que retira la denuncia), instrumental (que denuncia para quedarse con el piso), mentirosa (que denuncia falsamente), punitiva (que provoca a su pareja para que se le acerque, incumpliendo con ello la orden de alejamiento impuesta) y vengativa (que busca ante todo conseguir el castigo).

Todo ello desemboca indudablemente en el hecho de que la víctima sea cuestionada

¹⁹ COOK, R y CUSAK, S., *op.cit.*, p.25.

²⁰ LARRAURI PIJOAN, Elena., (2009). "Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas

respuestas desde el feminismo oficial", en *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 312-324.

(muchísimo más que en otros delitos), lo que genera su posterior revictimización. Sin embargo, estos estereotipos no sólo forman parte del imaginario colectivo, sino que también están presentes en las decisiones judiciales²¹.

Los estereotipos calan en la justicia y, consecuentemente, la respuesta judicial aparece impregnada por ellos. Creo que esta transferencia en cierta manera se puede explicar si atendemos al hecho de que todo operador jurídico se forma en una sociedad que es prejuiciosa y que ninguno permanecemos inmune a la influencia de estos estereotipos.

No es extraño, por lo tanto, que estos sesgos se adentren de forma distorsionadora en las actuaciones dando lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y categorías predeterminadas que dejan su impronta, siendo especialmente relevantes las consecuencias, sobre todo, en las decisiones judiciales.

Ante esta situación, no es insólito que la víctima reaccione al prejuicio modificando su actuación en un intento de protegerse frente a la respuesta hostil que le da el sistema²².

Lo explica convincentemente LARRAURI PIJOAN, en referencia a la violencia de género. Esta autora parte del presupuesto de que tanto el proceso de violencia que se ejerce sobre la mujer como el que la propia víctima inicia para liberarse de él son graduales. Frente a esta realidad, el sistema penal opera con sus principios, unos principios que no están pensados para resolver problemáticas amplias, lo que genera que se impacienta con estas mujeres.

Es el propio sistema quien las etiqueta negativamente, porque es incapaz de empatizar con sus reticencias y se irrita

porque perturban su buen funcionamiento. Esto provoca que el propio sistema acabe generando discursos negativos y que se culpabilice a la mujer si no puede obtener condenas, revictimizándola una vez más.

La Ley del sólo sí es sí incorpora una perspectiva “victimocéntrica” que ha pasado de soslayo y que requiere, cuanto menos, de una mínima atención.

En efecto, la nueva norma incorpora todo un sistema de medidas de protección integral de las víctimas de delitos sexuales que, en idéntico sentido al previsto en el marco de las víctimas de violencia de género, pretende ayudar a las mismas a superar la situación de victimización, atendiendo, básicamente, a sus necesidades.

La diversidad de la naturaleza de las medidas en la misma contempladas, no sólo de protección (económicas, sociales, laborales, judiciales, atención psicológica y psiquiátrica, formación especializada a operadores que trabajen en ese ámbito, etc.), sino también de prevención y sensibilización, permite diseñar políticas públicas victimales enfocadas a una mejor y más adecuada tutela de las víctimas, en cuanto instrumento exclusivo de protección, ayuda y asistencia de las mismas.

Lamentablemente, el bronco debate político surgido al albur de las reformas penales ha invisibilizado uno de los aspectos más destacados de la presente norma que, en ese punto, sí se alinea con los objetivos del Convenio de Estambul, cuando insta a los Estados a proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia y a concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra las mujeres.

²¹ BODELÓN, E., op.cit., p. 141.

²² VALLEJO TORRES, Carla., (2018). “El género en el Derecho y su perspectiva en el proceso penal”, *Boletín Penal Jueces y Juezas por la Democracia de*

10 de enero, p. 48, como, por ejemplo, no denunciando los hechos, ocultando datos que pueden ser percibidos como vergonzantes, bloqueando vivencias o resistirse a declarar.

6. Perspectiva de género y derecho penal

La perspectiva de género parte de la idea de que la realidad no se puede analizar de forma aparentemente neutra²³, sin que esa neutralidad, ante situaciones de desigualdad, derive en consolidar y perpetuar esa inequidad²⁴. Porque lo que no se puede negar es que siempre se mira desde algún lado, siempre hay una óptica o una perspectiva desde la que se analiza todo el conflicto. Será necesario, por lo tanto, adoptar una nueva perspectiva que se aleja de la propia, generalmente contaminada por la sociedad prejuiciosa²⁵ y que busque un enfoque nuevo tendente a la consecución de la igualdad material.

El cambio de paradigma de una justicia patriarcal hacia una justicia que incorpore los ojos de género es, por lo tanto, una exigencia que viene legitimada en clave del respeto a los derechos humanos. Porque de lo que se trata no es de reconocer como antaño el papel de la mujer como principal artífice de la paz familiar²⁶, sino de reivindicar la importancia del principio de igualdad real y efectiva entre las personas.

El Derecho penal, como parte integrante del ordenamiento jurídico, tampoco es neutro en cuanto al género y si así fuera, nos encontraríamos ante el único grupo normativo que no se ve afectado por las

discriminaciones que la sociedad ha generado y sigue generando con relación a las mujeres²⁷. Dado que el machismo sigue imperando en todos los ámbitos de la sociedad, será necesario que el enfoque de género se aplique también de forma transversal a todos los sectores del Derecho²⁸, incluido el ámbito penal.

Uno de los objetivos principales de la perspectiva de género en el ámbito penal radica, primeramente, en descubrir las reglas de derecho que crean, legitiman y perpetúan la discriminación²⁹, desmontando con ello la falaz neutralidad del Estado.

La perspectiva de género supone también reconocer herencias culturales sobre la base de la inferioridad y sometimiento de la mujer respecto del varón. Resulta insuficiente invocar el principio de igualdad formal³⁰ (que, por cierto, ya se alcanzó hace tiempo) propio de corrientes feministas de claro tinte liberal, puesto que esto no es útil para deconstruir los esquemas patriarcales sobre los que se asienta la sociedad de hoy en día.

La perspectiva de género debe poner el foco en la búsqueda del desarrollo de una igualdad material o real entre mujeres y hombres presentando estrategias que eliminen las situaciones de injusticia para lograr una equiparación final de lo que en el punto inicial

²³ BARONA VILLAR, Silvia., (2018). *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 62 y ss.

²⁴ VARELA CASTEJÓN, Xermán., FERNÁNDEZ SUÁREZ, Natalia., (2018). "Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género", *Boletín Penal Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de enero*, p. 9.

²⁵ ORTEGA LORENTE, José Manuel., (2018). "Breves reflexiones sobre necesidades formativas de juezas y jueces", *Boletín Penal Jueces y Juezas por la Democracia*, pp. 3 y ss.

²⁶ Generalmente, desde el reconocimiento de su abnegación y de sus derechos conforme al rol asignado.

²⁷ ERICE MARTÍNEZ, Esther., *op.cit.*, p.25.

²⁸ GISBERT GRIFO, Susana., (2018). *Balanza de género*, Editorial Lo que no existe, Madrid, p. 191.

²⁹ RAMÍREZ ORTIZ, José Luis., (2018). "El testimonio único de quien afirma ser víctima desde la perspectiva de género", *Boletín Penal Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de febrero*, p. 9.

³⁰ BARONA VILLAR, Silvia., *op.cit.*, p. 61.

es desigual³¹. Se pretende con ello superar argumentaciones que no van más allá de expresiones como *me da igual que sea un hombre o una mujer, lo que importa es la persona o yo no soy feminista ni machista, yo creo en la igualdad*, para convertirse en un auténtico mandato de anti-subordiscriminación, entendida esta como discriminación estructural de carácter grupal.

Sin embargo, debemos asumir planteamientos realistas y ser conscientes que el equilibrio de posiciones en aras de la igualdad entre hombres y mujeres no se va a lograr incluso incorporando la visión de género en la esfera penal³². El objetivo debe ser modesto, puesto que el Derecho penal no puede liderar la erradicación de estereotipos, pero sí que le puede exigir en su labor de redacción normativa que se adecuen sus normas a la realidad y evolución de la sensibilidad social³³.

De ahí que, se ha de aspirar a que el sistema de justicia no refuerce, a través de la falsa neutralidad, esa relación de poder consolidando jurídicamente esa discriminación³⁴.

La inclusión de la perspectiva de género no solo es una realidad en el plano normativo, sino que podemos afirmar que, paulatinamente, también el TS está adoptando este enfoque en múltiples resoluciones.

El TS incorporó por primera vez el concepto de perspectiva de género en la STS 247/2018, de 24 de mayo³⁵, en un delito de asesinato en grado de tentativa. Frente a la condena inicial por delito de homicidio, el TS aplicó la agravante de alevosía al entender que la indefensión de la víctima mujer (no podía escapar del intento de asesinato) y su especial situación frente al agresor (en el domicilio conyugal y ante la presencia de la hija menor de edad) la colocaron en una posición de inferioridad en un *escenario del miedo* que aprovechó el agresor para cometer el ilícito penal.

Aclara el TS que la agravante de alevosía no debe operar de forma automática, sino que se deberán ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso³⁶.

No es poco frecuente encontrar por parte de la doctrina, el rechazo a la existencia del patriarcado, bajo el argumento de que la CE garantiza el derecho a la igualdad en su artículo 14 o que la inclusión de la perspectiva de género sería contraproducente puesto que intentaría compensar un desequilibrio que es inexistente.

Estas corrientes neomachistas se caracterizan, entre otras cosas, porque minimizan los efectos del patriarcado y de la desigualdad (*también debería existir un día del hombre*), se oponen a leyes como la Ley de Igualdad, pretender arrasar e invisibilizar cualquier tipo de referencia a la violencia de género, incluso

³¹ ESPAÑA. SENTENCIA del Tribunal Constitucional 31/2018, de 10 de abril, BOE número 124, de 22 de mayo de 2018, pp. 53548 a 53638.

³² ERICE MARTÍNEZ, Esther., *op.cit.*, p.24.

³³ ASÚA BATARRITA, Adela., (2008). *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, p. 135.

³⁴ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José., (2018). "La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer", *Boletín Penal Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de enero*, p. 27.

³⁵ ESPAÑA. SENTENCIA del Tribunal Supremo 247/2018, de 24 de mayo de 2018, número de recurso de casación 10549/2017. Ponente Sr. Vicente Magro Servet.

³⁶ Por lo que respecta a la progresiva adopción de la perspectiva de género en la jurisprudencia, véase ampliamente MAGRO SERVET, Vicente., (2018). "La perspectiva de género en los delitos cometidos sobre la víctima mujer", *Revista de Jurisprudencia Le Febvre-El Derecho*, pp. 1 y ss.

nominalmente sustituyéndola por violencia doméstica o intrafamiliar, victimizan a los hombres (*también hay violencia de género contra los hombres o existen muchas denuncias falsas*) y culpabilizan a las mujeres a quienes les reprochan su falso victimismo.

Todo ello, como acertadamente apunta Vallejo Torres, habla muy bien de la eficacia que durante siglos ha tenido el patriarcado inoculando sus premisas que son aceptadas de forma natural por una gran masa social³⁷.

La perspectiva de género y la igualdad real, son conceptos recientes en nuestra sociedad y en nuestro acervo cultural, pero su integración en todas las disciplinas, especialmente en el Derecho y el proceso penal, constituye una obligación de todos los poderes públicos proclamada en el artículo 9.2 de la Constitución, en la estrategia del Consejo de Europa 2018-2023, y de manera más específica en el artículo 49 del Convenio de Estambul ratificado por España en 2014 o en la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021 en la Estrategia de la Unión Europea para la Igualdad de género que en su apartado 33^o pide a la Comisión:

“medidas más enérgicas en relación con la legislación sobre delitos sexuales, y que el sexo siempre tiene que ser voluntario, pide recomendaciones a la Comisión para que todos los Estados miembros para que modifiquen la definición de violación en su legislación nacional de manera que se base en la ausencia del consentimiento”.

De esta obligación se ha venido haciendo eco de forma expresa nuestro Tribunal Supremo en numerosas sentencias, entre las que cabe destacar la STS 145/2020 de 14 de mayo que expresamente declara:

“la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser

interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin”.

En una sociedad igualitaria y respetuosa con los derechos humanos ninguna mujer debería preocuparse de si provoca o no a un hombre, de si debe ir vestida de una forma concreta y de si su actuar despierta el deseo sexual del hombre.

No se pide mayor punición, se pide colocar a la mujer y al bien jurídico protegido de su libertad sexual en el centro del debate, en el centro de la norma, dando carta de naturaleza a su consentimiento de forma explícita y a una interpretación de ese consentimiento, por quien tiene encomendada la tarea de legislar.

Es por ello en que se insiste en la necesidad de legislar acotando un concepto claro del consentimiento que evite interpretaciones judiciales discriminatorias para las mujeres.

Este nuevo concepto de libertad sexual exige el consentimiento indubitado de la mujer, lo que no sucede con el método tradicional vigente, que deja la interpretación de la existencia del consentimiento al arbitrio de quienes juzgan, lo que lleva en muchas ocasiones a una interpretación judicial realizada bajo un prisma masculino, con sesgos de género del concepto “consentimiento” en este tipo de delitos, lo que limita o impide el acceso a la justicia de las mujeres.

El cumplimiento de esta finalidad, esencial para preservar el bien jurídico que pretende protegerse, no es contrario a la presunción de inocencia. La presunción de inocencia es un derecho fundamental de idéntico rango a la libertad sexual.

Todos los tipos penales han de interpretarse y aplicarse siempre con estricto respeto a los derechos procesales reconocidos en nuestra

³⁷ VALLEJO TORRES, Carla., *op.cit.*, p. 44.

Constitución a cualquier persona acusada de un delito, y esto resulta plenamente predicable de los delitos sexuales tal como se encuentran regulados a fecha de hoy y tal como se habrán de regular en un futuro.

Con la definición del consentimiento sexual no se pretende eliminar o mitigar la eficacia de otros derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, sino visibilizar de manera clara y decidida aquello que constituye la base y el núcleo de la libertad sexual, el consentimiento sexual, cuya concurrencia ha de ser clara y concluyente y no puede dejarse a la interpretación amplia y libre de terceras personas.

El hecho de sentar una posición clara y terminante en este sentido no implica tampoco que se invierta la carga de la prueba toda vez que, por el juego del principio de presunción de inocencia, seguirá siendo la víctima la que habrá que acreditar que conforme a las circunstancias del caso no hubo actos, exteriores, concluyentes e inequívocos que implicaron su consentimiento.

7. Análisis de la intimidación ambiental, una oportunidad perdida en la Ley de garantía integral de la libertad sexual

La *intimidación* ha sido definida por la jurisprudencia como la amenaza de palabra u

obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo³⁸.

O por decirlo con otras palabras, consiste en la presentación de un mal identificado y de posible realización, como elemento que suprime, o reduce muy significativamente la capacidad de decisión de la víctima, que no le deja elección aceptable, es decir, situándola ante la necesidad racional de optar por lo que considera en esos momentos el mal menor, lo que no puede entenderse como su consentimiento al mismo, bastando que concurra la intimidación, el convencimiento de la inutilidad de prolongar su oposición de la que podrían derivarse males mayores³⁹.

Conforme con ello, la intimidación⁴⁰ se identifica con la amenaza de un daño ilícito (y en algunos casos lícito), sometida a una condición ilícita, incluyendo los casos de “*vis física compulsiva*”, en los que el agresor causa violencia física a la víctima, o bien a personas u objetos imprescindibles para que la víctima pueda ejercer resistencia, no ordenada directamente a neutralizar la oposición de la víctima.

Es, por tanto, que ante dicha situación de intimidación, que en este caso se prolonga en el tiempo, ha de ser un elemento a considerar y sopesar ante una legítima defensa extemporánea, dada la situación de injusticia soportada. Habrían de ponderarse los elementos determinantes que colocan a dicha mujer maltratada en situación de tal naturaleza que cree que su vida se encuentra

³⁸ Entre otras, ATS, Sala Segunda, de 2 de julio de 2004; ATS Sala Segunda, de 17 de junio de 2004; STS, Sala Segunda, de 16 de marzo de 2004. STS, Sala Segunda, de 17 de septiembre de 2002: intimidación al coger el autor por los hombros a la víctima y empujarla contra la pared en un sitio oscuro; STS, Sala Segunda, de 19 de febrero de 2002: intimidación creada mediante la ejecución de los actos en el interior de un solitario cuarto de limpieza; STS, Sala Segunda, de 18 de diciembre de 2001: la exhibición de una navaja es suficiente para que cumpla su función intimidatoria; la STS, Sala Segunda, de 18 de julio de 2001: intimidación

en el caso del autor que vence la resistencia de la víctima, valiéndose del temor que le inspira a su hija de trece años.

³⁹ Así, la STS, Sala segunda, de 27 de febrero de 2018, citada por PÉREZ CEPEDA (GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*. Página 275). Con anterioridad, véase la STS, Sala Segunda, de 25 de junio de 1997.

⁴⁰ En este sentido, la Sentencia de la Sala Segunda del TS de 30 de noviembre de 2016.

en verdadero peligro y entonces le lleva a dicha reacción, ante su creencia de que no hay otra opción y que lo legítimo es rechazar la situación en la que se encuentra. Inclusive puede que el peligro permanente no esté dado por manifestaciones verbales ni físicas, sino en situaciones en las que el maltratador logra establecer un lenguaje no verbal para mantener intimidada a su víctima y hacerle entender con una mirada, un gesto amenazante o una seña que represente una agresión mortal que en cualquier momento el ataque se producirá.

Y en efecto, es el ciclo de la violencia el que permite afirmar que el violento ataque se producirá, tarde o temprano, pero es evidente que se producirá. Ante dichas situaciones, el peligro podría ser asimilable a la inminencia al encontrarnos con una agresión latente, capaz de configurar el requisito de actualidad de la legítima defensa.

La doctrina jurisprudencial ha delimitado el prevalimiento de la intimidación, partiendo de la consideración que tanto uno como otra son intimidación, caracterizándose el prevalimiento por su grado inferior. Conforme con ello, se distingue en que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado.

En numerosas situaciones la intimidación no se verbaliza de un modo directo, ni siquiera se exterioriza físicamente de una manera determinada y explícita. Son numerosos los supuestos en los que el amedrentamiento, incluso preordenado a la consecución de un fin concreto y específico, puede proyectarse de modo consciente, y de manera paralelamente comprensible para el destinatario, sin necesidad de un lenguaje verbal o de un lenguaje gestual manifiesto e incontestable.

En el conjunto de relaciones humanas, en ocasiones, el contexto aporta un significado o un componente material con un contenido comunicacional esencial y determinante, de modo que resultaría absurdo evaluar el comportamiento y la intencionalidad del

emisor del mensaje desde una interpretación aislada de la conducta.

El contexto, y la forma en que se encadena con la actuación humana, son elementos que –considerando las convenciones humanas y la realidad social en el que se desarrollan– pueden interactuar de una forma tan inseparable y sugerente, que ningún observador ecuánime dudaría sobre su significado o sentido.

Se trata de supuestos en los que todos los sujetos que se interrelacionan interpretarían lo que acontece de un modo semejante, permitiendo con ello una perfecta comunicación de mensajes, esto es, que el destinatario o cualquier observador externo descifren el comportamiento con un sentido equivalente al que motivó su emisión.

Si en una hora profunda de la noche y en un parque solitario, cinco desconocidos se acercan a un hombre, mujer o niño que esté en palmaria situación física de inferioridad y, tras rodearle, uno de ellos pide que le entregue las joyas, el reloj o el dinero que pueda llevar, cualquier persona entiende que no se reclama un préstamo, sino que nos enfrentamos a una exigencia de entrega con la conminación de evitar males mayores. Y quien realiza la acción es consciente de que el traspaso responde a esos parámetros y que, en clara relación causa-efecto, es fruto del temor que indiscutiblemente ha impulsado.

La falta de anuncio de daño no siempre es equivalente a ausencia de intimidación, como tampoco desaparece el amedrentamiento cuando no exista una real intención de causar el mal sugerido.

Siempre que el sujeto activo perciba que hay razones objetivas para infundir temor y que esa sospecha es materialmente adecuada para modificar la que sería la libre opción del destinatario, la instrumentalización de esa situación para la consecución de los fines que pretenden favorecerse integra el concepto legal de intimidación. Es a este tipo de intimidación al que podemos denominar *intimidación ambiental*. Actualmente, la

intimidación ambiental es un concepto que ha sido construido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así en Sentencias como la del caso de la Manada de San Fermín, o el caso de la Manada de Manresa, donde para algunos autores, entre ellos, ACALE SÁNCHEZ, si la víctima no se hubiese encontrado en estado de inconsciencia, de la sentencia se desprenden datos suficientes para la aplicación de la intimidación ambiental.

En la práctica se plantean particularmente conflictivos los supuestos en que la víctima desiste de toda resistencia por considerar la agresión inevitable, siendo la intimidación de carácter implícito. Son situaciones en que, no habiéndose proferido una amenaza explícita, la víctima tiene razones para creer que puede sufrir un mal grave si no accede a mantener relaciones sexuales. Se trataría de “contextos intimidatorios difusos” o “intimidación ambiental”.

La intimidación ambiental ha sido definida en numerosas sentencias, entre las que cabe destacar la STS 1291/2005 de 8 de noviembre⁴¹, cuando determina que en las agresiones sexuales múltiples o en grupo se da un cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima, por la presencia de varias personas que actúan en connivencia con quien realiza el acto sexual o que simplemente contemplan a quien consuma materialmente la violación, “ya que la existencia de un grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental”.

La principal diferencia con el prevalimiento es que, aunque en ambas figuras la intimidación es una forma de coerción sobre la voluntad de la víctima que anula o disminuye radicalmente su capacidad de decidir, sin embargo, en el prevalimiento también hay una situación que coarta la libertad de decisión de la víctima, pero es una especie de intimidación de menor

nivel, pues no impide absolutamente tal libertad, sino que la disminuye considerablemente⁴². Por lo tanto, en la intimidación no hay consentimiento de la víctima porque el miedo que le provoca la fuerza física o moral ejercida por el agresor anula su voluntad, mientras que en el prevalimiento existe la voluntad de la víctima (aunque considerablemente reducida) que acepta acceder a la relación sexual, pero lo hace con un consentimiento viciado no fruto de su libre voluntad autodeterminada, sino fruto de una relación de superioridad que opera a modo de coacción psicológica.

En las agresiones sexuales múltiples existe una intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de su capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación, radicalmente incompatible con la complicidad, por ello considero una oportunidad perdida, el no haber delimitado, conceptualizado y regulado la intimidación ambiental en la Ley Orgánica llamada de garantía integral de la libertad sexual.

8. Conclusiones

La ley del solo si es si es idéntica a la ley de violencia de género en cuanto a que ambas son leyes integrales, porque atajan una problemática estructural, como es la violencia de género, el racismo o la violencia sexual contra las mujeres, desde todos los puntos institucionales posibles.

Es decir, estas leyes no solo se limitan a castigar una conducta inadecuada en el Código Penal, que también, sino que además crean recursos de prevención, detección, acompañamiento y reinserción.

La ley, aparte de reformar el sistema de los delitos sexuales del Código Penal, tipifica conductas que hasta ahora quedaban impunes por no estar recogidas en el Código

⁴¹ ESPAÑA. SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 1291/2005, de 8 de noviembre de 2005 (RJ 2006\398).

⁴² ESPAÑA. SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 305/2013, de 12 de abril de 2013 (RJ 2013\3187).

Penal. Así, a modo de ejemplo, podemos destacar el acoso callejero y el reenvío de contenido sexual como ejemplos de nuevos delitos. En el reenvío de contenido sexual antes solo se castigaba al que teniendo acceso directo a los contenidos sexuales los enviase sin consentimiento al grupo de amigos, por ejemplo, pero no castigaba a los amigos que habiendo recibido este contenido a su vez lo reenviasen a otras personas, como un grupo de trabajo.

La nueva ley castiga conductas que hasta ahora no se podían penar, lo que hacía que los procedimientos que se abrían en los juzgados por estas conductas se archivases directamente. Antes de que entrase en vigor esta ley, las víctimas se encontraban en una situación de desconcierto evidente en el momento de decidir denunciar lo que les había ocurrido.

Las agredidas podían acudir una comisaría, al hospital o a los juzgados de guardia. Muchas veces iban a todos porque, por falta de coordinación entre instituciones, unas les enviaban a las otras como requisito previo para atenderlas. La nueva ley, para evitar esto, prevé la creación de un centro de crisis 24 horas en cada provincia de España antes de diciembre de 2023. Estos centros contarán con atención psicológica, jurídica y social para víctimas, familiares y personas del entorno durante 24 horas al día, 365 días al año. Estos centros lo que harán es básicamente unificar la respuesta institucional (psicológica, jurídica y social) en un solo organismo, minimizando así lo máximo posible el desconcierto y la desorientación de la víctima. Los servicios que prestan estos centros de crisis son accesibles para las víctimas incluso sin necesidad de haber denunciado.

Muchas veces la víctima, al interponer la denuncia, por el evidente estado de estrés post-traumático en el que se encontraba, redactaba una denuncia con lagunas, de una forma imprecisa y obviando cuestiones esenciales. Esto hacía que posteriormente en la instrucción del procedimiento, si se aportaba información, testigos o detalles

importantes no mencionados previamente en la denuncia se le preguntase a la víctima, de una forma incriminatoria y poniendo en tela de juicio su testimonio porque no facilitó dichos detalles en un primer momento.

La ley ataja estos problemas haciendo que los centros de crisis acompañen a la víctima desde el primer momento, por lo que las pruebas se aportarán de la forma más idónea y detallada posible desde el principio.

Pero más allá de los presentes planteamientos, si de tutelar eficazmente a las víctimas de delitos sexuales se trata, dos han de ser las perspectivas a futuro. Por un lado, frente a la presente deriva retribucionista, hay que volver a poner el foco no tanto en penas privativas de libertad más severas (o en el recurso, en su caso, a la medida de seguridad de libertad vigilada a través, por ejemplo, de pulseras electrónicas), sino en cómo se materializa el objetivo resocializador de las mismas, previsto en el artículo 25.2 de la Constitución.

No se trata de castigar más sino de que se concrete realmente en la ejecución de la privación de libertad el objetivo resocializador, favoreciendo que, en el tratamiento penitenciario individualizado, se adopten programas, herramientas y proyectos que, a futuro, van a garantizar, no sólo que el agresor se reinserte, sino la propia tutela de la víctima del específico delito. Junto a ello, resulta igualmente imprescindible poner en marcha todo el elenco de medidas de protección, prevención e intervención previstas en el marco de la “Ley del sólo el sí es sí”, que ayude a las víctimas a superar la situación de victimización y permita empoderarlas.

Hay que poner, obviamente, recursos materiales, económicos y personales encima de la mesa para la materialización de esas propuestas. Por lo que, al margen de consideraciones ideológicas o metodológicas creo que en el fondo el rechazo a la incorporación transversal de la perspectiva de género también se articula en clave económica. La implementación de la

perspectiva de género representa hoy por hoy una amenaza (no por lo que respecta a la identidad masculina, sino por lo que supone de riesgo para la *supremacía* masculina), ya que choca con un modelo económico imperante basado en relaciones patriarcales de poder y dominación sobre las mujeres, cuya pervivencia puede llegar a desestabilizarse ante las reivindicaciones antidiscriminatorias y empoderadoras por parte de las mujeres.

El estudio completo y multidisciplinar de esa lacra que es la violencia sobre la mujer y del amplio abanico de tutelas a dispensarla (orgánica, procesales, judiciales, sociales, etc) es un camino largo y cuyo recorrido precisa, de un gran rigor científico y de un gran interés no exento de paciencia, aprehensión, empatía y amabilidad.

Referencias

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS., (2006). *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia sobre la mujer*.
- ASÚA BATARRITA, Adela., (2008). *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, p. 135.
- BARONA VILLAR, Silvia., (2018). *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 62 y ss.
- BODELÓN, Encarna., (2008). “La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, p. 295.
- BODELÓN, Encarna., (2014). “Violencia institucional y violencia de género”, incluido en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, p.133. <https://doi.org/10.30827/acfs.v48i0.2783>
- CONVENIO del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica firmado por España en el año 2014.
- COOK, Rebecca y CUSAK, Simone., (2010). *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Profamilia, p. 25.
- ERICE MARTÍNEZ, Esther., (2018). “Perspectiva de género y derecho penal”, en *Boletín Penal de Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de enero*, p. 23.
- ESPAÑA. LEY Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, publicado en BOE número 71 de 23 de marzo de 2007. Vigencia desde 24 de marzo de 2007.
- ESPAÑA. SENTENCIA del Tribunal Constitucional 31/2018, de 10 de abril, BOE número 124, de 22 de mayo de 2018, pp. 53548 a 53638.
- ESPAÑA. SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 1291/2005, de 8 de noviembre de 2005 (RJ 2006\398).
- ESPAÑA. SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 305/2013, de 12 de abril de 2013 (RJ 2013\3187).
- ESPAÑA. SENTENCIA del Tribunal Supremo 247/2018, de 24 de mayo de 2018, número de recurso de casación 10549/2017. Ponente Sr. Vicente Magro Servet.
- GISBERT GRIFO, Susana., (2018). *Balanza de género*, Editorial Lo que no existe, p. 191.
- HAWIE LORA, Illian., (2021). “La doble pandemia: violencia de género y COVID 19” en *Revista Advocatus*. <https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n3.9.5120>
- LARRAURI PIJOAN, Elena., (2009). “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas desde el feminismo oficial”, en *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 312-324.
- LAURENZO COPELLO, Patricia., (2008). “La violencia de género en el Derecho Penal: un ejemplo de paternalismo primitivo”, en *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch.
- LLORIA GARCÍA, Paz., (2014). “Violencia de género en el entorno digital”, en

- Crímenes y castigos, miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 547 y ss.
- LORENTE ACOSTA, Miguel., (2001). *Mi marido me pega lo normal*. Ed. Crítica
- LORENTE ACOSTA, Miguel., (2020). “Violencia de género en tiempos de pandemia y confinamiento”, en *Revista española de medicina legal, volumen 46, número 3*, pp. 139-145. <https://doi.org/10.1016/j.reml.2020.05.005>
- MAGRO SERVET, Vicente., (2018). “La perspectiva de género en los delitos cometidos sobre la víctima mujer”, *Revista de Jurisprudencia Le Febvre-El Derecho*, pp. 1 y ss.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa., (2006). “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología, núm. 8-02*. <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>
- MAQUEDA ABREU, María Luisa., (2008). “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en *Género, Violencia y Derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, p. 390.
- ORTEGA LORENTE, José Manuel., (2018). “Breves reflexiones sobre necesidades formativas de juezas y jueces”, *Boletín Penal de Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de enero de 2018*, pp. 3 y ss.
- ORTS BERENGUER, Enrique., ROIG TORRES, Margarita., (2001). *Delitos informáticos y delitos cometidos a través de la informática*, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 13 - 14.
- RAMÍREZ ORTIZ, José Luis., (2018). “El testimonio único de quien afirma ser víctima desde la perspectiva de género”, *Boletín Penal de Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de febrero*, p. 9. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22288
- SERRA CRISTOBAL, Rosario., (2011). “Mujer y doble discriminación”, incluido en la obra *Mujer y Derecho, Jornadas de Igualdad de la Facultad de Derecho, Universitat de*, Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 88 y ss.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José., (2018). “La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer”, *Boletín Penal de Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de enero*, p. 27.
- VALLEJO TORRES, Carla., (2018). “El género en el Derecho y su perspectiva en el proceso penal”, *Boletín Penal Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de enero*, p. 48
- VARELA CASTEJÓN, Xermán, FERNÁNDEZ SUÁREZ, Natalia., (2018). “Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género”, *Boletín Penal de Jueces y Juezas por la Democracia de 10 de enero*, p. 9.