

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

Inmutabilidad de la naturaleza jurídica del delito

Directora: M^o José Romero Rodenas

Becaria: Andrea Cantos

19 de septiembre de 2022

La modificación que aparece en la disposición final primera, punto 21, de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, sólo suprime el término abuso del aún vigente art. 191 del CP. Por lo que continúa la naturaleza semipública para estos delitos sexuales. Es decir, estos delitos son perseguibles por la autoridad previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.¹ En palabras del Magistrado Suárez-Mira: “Tradicionalmente la persecución de los delitos señalados se dejaba en manos de los afectos, proceso que se relativizó a partir de la reforma operaba en 1989, desprivatizando buena parte de las conductas”².

De otro lado, el citado Magistrado indica que la iniciación del procedimiento será través de denuncia por la víctima, salvo que el Ministerio Fiscal, **ponderando los legítimos intereses** a los que haya que hacer frente, “supla la inactividad de la víctima interponiendo querrela”.³ Es decir, el aparato policial y judicial no iniciará su funcionamiento si no (re)acciona la víctima.

A pesar de que el art. 191.2 de nuestro Código incluya la ineficacia del perdón del ofendido para extinguir la acción penal⁴, el hecho de exigir la denuncia de la víctima indica una sedimentación sobre cómo entender (y como ha venido entendiéndose) la violación y la agresión sexual: como delitos de ámbito privado. Parece no ser suficientemente relevante la agresión sexual y la violación, siendo delitos contra las personas y no patrimoniales, para que el ius

¹ Según Diccionario Jurídico de la RAE.

² Suárez-Mira, C. (2020) “Disposiciones comunes a los seis Capítulos del Título VIII” en Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II Pamplona: Aranzadi. p. 284.

³ Suárez-Mira, C. (2020) “Disposiciones comunes a los seis Capítulos del Título VIII” en Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II Pamplona: Aranzadi. p. 284.

⁴ De Vicente nos ilustra con la LO 8/83, de 25 de junio, a partir de la cual sí se suprimió el perdón del ofendido para extinguir la acción penal en el delito de violación, si bien no ocurría lo mismo con el delito de estupro y raptó, en: De Vicente, R. (2018) “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción” en La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España. Valencia: Tirant lo Blanch. p.172. In fine.

puniendi del Estado actúe de oficio. Sucintamente: no es una cuestión de Estado.

Acogiéndose a lo formulado, suscita ideas contradictorias, pues enfrentándose al bien jurídico denominado libertad sexual, donde el honor se dejó de lado; parece que aún rezuma el señalamiento a la víctima, bajo la esfera del proteccionismo⁵. La perseguibilidad del delito debería depender (por enésima vez) de la conducta llevada a cabo por el delincuente, no de la actuación de la víctima. Si se diera un cambio del paradigma actual sobre qué es una agresión sexual, al igual que ocurrió con la violencia de género: donde los mal llamados crímenes pasionales pasaron a denominarse asesinatos machistas, se daría un vuelco epistemológico en esta materia. De modo que se cambiaría el foco de atención, transformando la indulgencia hacia el agresor hacia la unión entre sujeto activo, como única causa de tal atentado, y la violencia ejercida sobre la víctima. Dejarían de entenderse dichas situaciones como enfermedades mentales para los casos más extremos o causa de halago o elogio para los más sutiles⁶. No se prejuzgaría a la propia denunciante ex ante incluso del inicio de las actuaciones procesales pues como indica Lidia Falcón: “cumplir la exigencia de no conculcar el sagrado principio de la presunción de inocencia de los violadores, del que no goza la víctima, ya que siempre es sospechosa de inventar la denuncia”⁷. La víctima pasaría inadvertida, pues la deducción del nuevo marco teórico desembocaría en que

⁵ Explica la profesora Catalina Benavente que la antesala de colocar a la víctima como “llave del proceso penal” para los delitos contra la libertad sexual (STS 576/2019, 20 de noviembre) se fundamentaba en el *strepitus fori*. Según la autora, dicho brocardo es anacrónico y lo que justifica el carácter semipúblico de estos delitos es la no revictimización. Catalina, M.A. (2022) “Los legítimos intereses en presencia como punto central de la perseguibilidad de los delitos de agresión, acoso y abusos sexuales: necesidad de una ponderación adecuada” en Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma. Pamplona: Aranzadi. p.747. In fine

⁶ RTVE (2019) Una sentencia en Italia absuelve a dos acusados de violación. [Archivo de vídeo] <https://www.rtve.es/play/videos/telediario/sentencia-italia-absuelve-dos-acusados-violacion-porque-victima-era-demasiado-fea/5054540/>

⁷ Falcón, L. (2021) El consentimiento. Diario 16

lo personal también es político⁸. Abanderarse con la intimidad para eclipsar el funcionamiento de la justicia institucional es homogeneizar el fundamento del *strepitus fori*.

Nuevamente, se presenta a la víctima en el primer plano para el inicio de la investigación delictual⁹. Tal y como fundamenta Suárez-Mira la supresión de la eficacia del perdón del ofendido: "La razón (...) hay que buscarla en el intento de evitar posibles coacciones sobre el sujeto pasivo..."¹⁰. Sin embargo, en vez de ver la agresión sexual como un delito de forma objetiva, de modo que se tienda a la averiguación de la verdad material, se predispone a que dicho suceso se quede en ámbito privado, sin mayor trascendencia.

Es decir, si actúa la víctima se tiende a estigmatizarla a ella, (vr.gr: "¿Por qué no denunció antes?") y si por el contrario no interpone la denuncia, nadie lo persigue. Con la salvedad de la hipotética actuación por parte de la Fiscalía¹¹. Lo que aparentemente es ventajoso o incluso una posición privilegiada se traduce en la adjudicación del espacio privado¹² a los atentados contra la

⁸ Alario, M. (2021) Política sexual de la pornografía. Madrid: Cátedra p.174. En el mismo sentido De Miguel, A. (2008) La violencia contra las mujeres. Tres momentos en la construcción del marco feminista de interpretación. ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política. I (38) p. 133

⁹ Es más, la propia SSTS 567/2019, de 20 de noviembre, deja clara el impetuoso papel que tiene la víctima en el procedimiento, fundamentando que: "No afectan al delito cometido, sino a su persecución y es manifestación del protagonismo de la víctima y de su dignidad en la medida en que se antepone su espacio de dignidad frente a la actuación el ius puniendi."

¹⁰ Suárez-Mira, C. (2020) "Disposiciones comunes a los seis Capítulos del Título VIII" en Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II Pamplona: Aranzadi. p. 284.

¹¹ N. de la A: Se reseña el término hipotética actuación, ya que de conformidad con lo establecido por la profesora Catalina: "en la práctica, el fiscal no está llevando a cabo la ponderación de los intereses en presencia que le exige la ley". De hecho, referencia a su vez a Cano Cuenca, quien explica que desde el CP del 95 en vigor: "no he conocido caso alguno en que el MF, después de ponderar los intereses en presencia, haya presentado querrela por delito de agresión, acoso o abuso sexual cometido en persona mayor de edad, cuando esta última no desea presentar denuncia". Catalina, M.A. (2022) "Los legítimos intereses en presencia como punto central de la perseguibilidad de los delitos de agresión, acoso y abusos sexuales: necesidad de una ponderación adecuada" en Los delitos con p. 788.

¹² Sobre la dicotomía del espacio público y privado y sus connotaciones históricas: Antigüedad griega, romana y Modernidad. De Miguel, A. (2015) Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección. Madrid: Cátedra. p. 217 y p. 233.

dignidad (desde una nueva reformulación). De este modo, refugiando en lo privado estas conductas delictivas alienta a un mayor sentimiento de impunidad para aquellas personas que ejerzan violencia sexual.

Quizás el estudio de la naturaleza jurídica semipública de estos delitos pueda ser la serendipia por la que entender que ésta sea la piedra angular, es decir, la que sustenta el resto del arco. A lo mejor, desestabilizando la reminiscente idea del encaje en un ámbito privado para los delitos sexuales, se desalentará el sentimiento de impunidad para quienes comentan delitos contra la actual libertad sexual y la víctima, por fin, podrá dejar de ser el verdadero sujeto de estudio.