

Mandato de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias

Ref.: AL ESP 4/2023
(por favor, utilice esta referencia en su respuesta)

18 de mayo de 2023

Excelencia,

Tengo el honor de dirigirme a Usted en mi calidad de Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, de conformidad con la resolución 50/7 del Consejo de Derechos Humanos.

En este contexto, quisiera señalar a la atención del Gobierno de Su Excelencia la información que he recibido en relación con **las consecuencias de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, conocida también como la Ley “solo sí es sí” (SSES) y, en particular, la rebaja de las sentencias penales por violencia basada en género.**

Celebro que el Gobierno de España haya presentado una Ley con el fin de garantizar la protección integral del derecho a la libertad sexual de todas las personas, así como la erradicación de todas las violencias sexuales, reconociendo que afectan a las mujeres de manera desproporcionada.

En mi opinión, la Ley “solo sí es sí” (SSES), incluye varios aspectos positivos. Me gustaría destacar, por ejemplo, los siguientes puntos:

1. Medidas preventivas de gran importancia en todos los ámbitos y actores clave de la sociedad relacionados con estas violencias, así como la consideración de agresión sexual cuando es cometida mediante sumisión química.
2. Reconocimiento de los derechos de las víctimas, acceso a recursos económicos, necesidad de la creación de centros de crisis 24 horas para la atención de las víctimas de violencias sexuales, sin tener en cuenta cuándo se produjeron los hechos, entre otros.
3. Obligación del Estado a prestar asistencia jurídica y psicológica gratuita a las víctimas para recuperarse o para decidir si emprende acciones legales y obliga a que los hospitales recojan los fluidos y muestras necesarias y las conserven, sin que la víctima esté obligada a denunciar.
4. Medidas para garantizar el derecho a reparación por el daño sufrido, que pueden incluir la indemnización económica, recursos para una atención integral, así como garantías de no repetición.

Estos aspectos de la ley demuestran que el Gobierno de su Excelencia está motivado por las recomendaciones hechas por el Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el grupo de trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y niñas. También da seguimiento a las recomendaciones que provienen de mi mandato sobre violencia contra las mujeres y

las niñas, en especial sobre el femicidio.

Con esta carta deseo al mismo tiempo destacar algunas áreas en las que, en mi opinión, la Ley SSES resulta preocupante y otras disposiciones que deberían ser ampliadas.

Rebaja de penas de los delitos de carácter sexual: indefensión de las víctimas

La reforma del Código Penal bajo la primera versión de la Ley SSES eliminó la diferencia entre agresión y abuso sexual regulando un único tipo, “agresión”. El Código Penal anterior a la entrada en vigor de la Ley SSES establecía dos tipos penales diferenciados: el de abuso sexual, para delitos en donde no se hubiera empleado o no se hubiera podido demostrar la existencia del uso de fuerza o intimidación hacia la víctima; y el de agresión sexual, cuando estas circunstancias sí hayan estado presentes. En su lugar, la ley SESS supuso la eliminación de esta distinción y unificó los tipos en un solo delito penal: el de agresión sexual, con horquillas de penas más amplias para incorporar los delitos que antes se consideraban abusos, y otros nuevos que incluyó la ley, como el de acoso callejero. La eliminación de la diferencia entre agresión y abuso sexual dio lugar a horquillas más amplias de las penas otorgando un mayor arbitrio a los operadores jurídicos y la rebaja generalizada de los límites máximo y mínimos previstos.

Por ejemplo, según artículo 179 de la Ley SSES, se había establecido una horquilla de 4 a 12 años por crímenes de agresión sexual con penetración. Esta rebaja dio lugar a fecha de 12 de abril de 2023, 943 rebajas de pena considerando los casi 4.000 presos por este tipo de delito en España, además de excarcelaciones en 103 casos en los cuales se rebajó la condena, confirmándose así la advertencia realizada por el Observatorio contra la Violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial. Un informe preliminar de una delegación del Parlamento Europeo que visitó España en el mes de febrero para analizar las políticas contra la violencia de género destaca la "alarma social" generada por la Ley SSES.

Revisando las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial se observa que en el año 2021, de las 3.259 condenas por delitos de naturaleza sexual, 2.051 fueron condenados con penas de prisión de 0 a 2 años¹. El acceso al derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se ha visto mermada para las mujeres víctimas de violencia sexual con la introducción de la LSES.

La Ley SESS estipulaba que los actos contra la libertad sexual con violencia e intimidación debía ser castigada con penas de 1 a 4 años de prisión y las agresiones sexuales con penetración, de 4 a 12. Con la más reciente reforma por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, se introducen dos subtipos a la Ley SESS: La primera estipula que la agresión sexual sin violencia se mantiene en penas entre 1 a 4 años de prisión; en caso de existir violencia o intimidación, o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, la pena máxima se incrementa en un año (hasta los 5 años de cárcel) (art. 178.3). La segunda reforma incluye en la violación (agresión sexual con abuso de superioridad, o vulnerabilidad de la víctima (art. 179.1) castigo entre 4 y 12 años de prisión; y para violaciones con violencia o intimidación, o sobre

¹ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Delincuentes-Sexuales--explotacion-estadistica-del-Registro-Central-de-Delincuentes-Sexuales-/>

víctimas que tengan anulada la voluntad por cualquier causa, (art. 179.2) de 6 a 12 años. Con esta última reforma por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, las penas vuelven a los niveles que existían en el Código Penal antes de la introducción de la Ley SSES. También, se reintroduce en su articulado la necesidad de valorar la violencia y la intimidación que los agresores ejercen sobre la víctima en los delitos sexuales a la hora de imponer mayor o menor pena suponiendo hechos de mayor gravedad cuando concurre en la agresión sexual la violencia, intimidación o con mujer privada de razón o sentido por suponer no agravantes, sino supuestos de mayor antijuridicidad.

Según se informa, se sigue incluyendo la referencia al consentimiento en la reforma por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, en el art. 178.1 del Código Penal, como ya introdujo la Ley SSES. Dado que el Tribunal Supremo ya había exigido en reiteradas sentencias antes de esta Ley la exigencia del consentimiento de la mujer en los actos de contenido sexual sin el cual se entendía concurrente la agresión sexual.

La más reciente reforma incorpora también nuevas horquillas para los delitos de violación de menores de 16 años: 8-12 años de prisión y 12-15 cuando medien violencia, intimidación, abuso de superioridad, vulnerabilidad de la víctima o anulación de la voluntad de la víctima y elevan estas penas frente a las más bajas que preveía la Ley SSES para estos mismos supuestos con acceso carnal a menores de 16 años, lo que había supuesto excarcelaciones y rebajas de penas a pederastas.

Por tanto, la nueva reforma servirá para los nuevos delitos que se cometan en el tiempo en que entró en vigor, es decir, desde el 28 abril de 2023, con lo cual los daños causados no tienen reparación.

Sobre el ámbito de aplicación y el consentimiento

El articulado entiende violencias sexuales como cualquier acto de naturaleza sexual no consentida o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado incluyendo el ámbito digital (art. 3.1). En todo caso se consideran violencias sexuales delitos como la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Aunque la primera versión de la Ley SESS incluyó las circunstancias del uso de la violencia, intimidación, o anulación de la voluntad como agravantes dentro del artículo 180 de la ley, eran incluidas de tal forma que para demostrar el delito se debía probar si existió consentimiento.

Usar el consentimiento como la prueba de la violencia sexual, supone eliminar importantes avances en la comprensión de ciertos delitos que impactan desproporcionadamente a las mujeres en razón de su sexo, como son precisamente la trata con fines de explotación sexual tanto en la prostitución ajena como en la pornografía. Desde el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949, el Protocolo de Palermo del 2000, y la Recomendación General No 38 de la CEDAW que aclara el artículo 6 de la CEDAW, se hace referencia a la irrelevancia del consentimiento por parte de la víctima y la importancia de castigar la conducta de quien se aprovecha o lucra, aún con el consentimiento de ella.

Sería importante ir más allá en la definición de trata de personas, excluyendo los medios comisivos (uso de fraude, engaño, fuerza, posición de poder o abuso de

vulnerabilidad) para que la carga de la prueba no caiga en la víctima y no se dé lugar al equívoco de que una persona podría consentir su propio abuso sexual y con ello se borraría el delito por parte del perpetrador. Muchas violencias sexuales machistas producen trauma en las víctimas y esto, sumado a la falta de opciones, puede parecer en apariencia como consentimiento (desde la violación marital, hasta el acoso sexual y la prostitución o pornografía). Por esto mismo es fundamental concentrarse en la conducta de abuso o agresión para castigar y aclarar la irrelevancia del consentimiento de la víctima para poderla proteger y reparar.

Aunque se menciona de manera importante la prostitución y la pornografía en las medidas preventivas, no se incluye con claridad como una violencia sexual contra la mujer y una discriminación basada en sexo (párrafo 10, RG 38 CEDAW). Sin detrimento de otras leyes que profundicen en la trata y la explotación sexual, toda la ley aplicaría a las mujeres, niñas y niños que son abusadas y agredidas sexualmente en la prostitución y la pornografía, lo cual es muy positivo.

Apoyo económico a través de un fondo de compensación

Me preocupa que la ley no esté acompañada de una dotación económica importante, ni de mecanismos de control del uso de esta dotación, que logre los objetivos positivos propuestos por esta ley.

La obligación de conceder reparaciones a las mujeres víctimas de la violencia se expone claramente en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, que impone al Estado el deber de establecer sanciones para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia, pero también expresa que debe darse a estas mujeres acceso a los mecanismos de la justicia y a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan sufrido. Además, el artículo 6 del Convenio de Estambul establece en su articulado la obligación de las Partes dedicar recursos financieros y humanos adecuados para la correcta aplicación de políticas integradas, medidas y programas dirigidos a prevenir y combatir todas las formas de violencia incluidos los que realicen las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil. De la misma manera Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que las víctimas tengan derecho a solicitar una indemnización por parte de los autores de todo delito previsto en este Convenio.

Por su parte, la 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

Según se informa, se estima que un tercio de las víctimas de delitos sexuales no cobra nada y casi la mitad no recibe la cantidad total de la indemnización fijada en la sentencia. Respecto a los fondos para la reparación de las víctimas establecidos en el art. 56 de la Ley LSSES, recomiendo al Gobierno de España adoptar un mecanismo que garantice que los fondos se destinen efectivamente a la reparación de las víctimas, ya que se ha publicado una muy preocupante información en un artículo² reciente, sobre la opacidad del destino del fondo de 1000 millones de euros aprobado en 2017 para la lucha contra la violencia machista durante los cinco años siguientes. Según el

² <https://www.cronicalibre.com/investigacion/donde-y-en-que-se-han-invertido-los-1-000-millones-del-pacto-de-estado-contra-la-violencia-de-genero/>

informe final de impacto de 2020, tan solo un 4% se destinaron a asistencia y ayuda a víctimas.

Proceso de desarrollo de la ley SESS

El artículo 2h) de la SSES pone importancia sobre la participación de víctimas y de grupos representantes a ellos y a organizaciones feministas. De acuerdo con la recomendación general 35 del Comité de la CEDAW, los Estados deben desarrollar y evaluar todas las leyes, políticas y programas en consulta con las organizaciones de la sociedad civil, en particular las organizaciones de mujeres. La necesidad de consultar con víctimas y la sociedad civil está reflejado también en artículo 66 del Convenio de Estambul firmado por España.

Sin embargo, durante el desarrollo de la ley, múltiples expertos y juristas, incluso el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal, han advertido sobre la rebaja de las penas. Según la información recibida, estos expertos constataron que, según el procedimiento penal español, no se puede aplicar ningún agravante si este no se prueba. Por tanto, la Ley SESS introdujo una dificultad añadida a la hora de que la víctima pudiera demostrar la gravedad de la agresión sufrida. Estos expertos señalaron que, aunque el gobierno alega que será suficiente con afirmar que no ha habido consentimiento, esto no será el caso, ya que la carga probatoria sobre el consentimiento corre de parte del presunto agresor con el resultado que la Ley SSES impondrá solo las penas mínimas, que además han sido rebajadas considerablemente.

A esta situación, se suma el procedimiento de urgencia elegido para aprobar la ley, que ha impedido un trabajo sosegado y profundo de las expertas que evitase las consecuencias que están causando: La revictimización a las supervivientes de delitos de carácter sexual.

Claridad sobre la palabra género

En los Principios Rectores (art. 2) se inicia con la garantía de derechos humanos y fundamentales, por lo cual invito a usar un lenguaje en línea con el derecho internacional de los derechos humanos evitando confusiones o ambigüedades que se derivan de usar una misma palabra con significados diferentes, o definiciones que no tienen definiciones claras, objetivas y comprobables, de manera que puedan aplicarse en la ley.

Al respecto, celebro el hecho de que en casi toda la ley se utilice “género” para referirse a los estereotipos que sustentan las violencias sexuales. Sin embargo, al explicar el enfoque de género, se obvia la palabra relaciones “desiguales” de género que deben eliminarse. No se refiere a cualquier tipo de relaciones, sino a que los roles estereotipados producen relaciones desiguales de poder entre mujeres y hombres, y la consecuente discriminación y subordinación de la mujer.

Por ejemplo, aunque la ley prohíbe la discriminación basada en el sexo en su artículo 2, no reconoce la violencia contra las mujeres y niñas como la forma extrema de discriminación contra ellas, lo cual ha sido ampliamente desarrollado en las recomendaciones generales no. 12, 19 y 35 del Comité de la CEDAW y en la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1992.

En el principio de prohibición de discriminación, por ejemplo, se separa sexo de género, cuando el género refiere al rol asignado a un sexo. En todo caso es suficiente decir discriminación basada en sexo, o sexo y género. La expresión “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” incluye cualquier otro tipo de discriminación, para el caso de términos que no se han definido con claridad, como lo es la identidad sexual. Por ello es mejor excluir términos que no son claramente entendidos.

Sin perjuicio de mis comentarios, la Ley incluye muchos elementos positivos que mejorarían la protección de las mujeres y las niñas. Mi opinión es que la Ley podría fortalecerse aún más para proteger y cumplir el derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia de una manera más integral.

En relación con las alegaciones arriba mencionadas, sírvase encontrar adjunto el **Anexo de referencias al derecho internacional de los derechos humanos** el cual resume los instrumentos y principios internacionales pertinentes.

Es mi responsabilidad, de acuerdo con el mandato que me ha sido otorgado por el Consejo de Derechos Humanos, intentar clarificar las alegaciones llevadas a mi atención. En este sentido, estaría muy agradecido/a de tener su cooperación y sus observaciones sobre los asuntos siguientes:

1. Sírvase proporcionar cualquier información y/o comentario que pueda tener sobre la información mencionada anteriormente en relación con la ley.
2. Sírvase indicar las medidas que se están adoptando para garantizar la protección integral del derecho a la libertad sexual de todas las personas, así como la erradicación de todas las violencias sexuales, de conformidad con las salvaguardias constitucionales de España y las normas internacionales referidas.

Esta comunicación y toda respuesta recibida del Gobierno de su Excelencia se harán públicas a través del sitio [web](#) de comunicaciones en un plazo de 60 días. También estarán disponibles posteriormente en el informe que se presentará al Consejo de Derechos Humanos. Asimismo, quisiera informarle que tengo la intención de expresar públicamente mis preocupaciones en un futuro cercano.

A la espera de su respuesta, le agradecería que me proporcionara información sobre las medidas que el Gobierno de su Excelencia ha tomado o piensa tomar para poner en práctica las recomendaciones de los mecanismos internacionales de derechos humanos mencionados anteriormente, y encaminadas a garantizar que su legislación sea conforme con las obligaciones que ha asumido a la luz del derecho internacional. Asimismo, le agradecería que su Gobierno me facilitara también información actualizada sobre la ley y su implementación.

Acepte, Excelencia, la expresión de mi más distinguida consideración

Reem Alsalem

Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias

Anexo

Referencias al derecho internacional de los derechos humanos

En relación con las alegaciones presentadas y, sin implicar, de antemano, una conclusión sobre los hechos me gustaría llamar la atención del Gobierno de su Excelencia sobre los estándares y normas internacionales aplicables a los asuntos expuestos con anterioridad.

Quisiera llevar a la atención del Gobierno de su Excelencia artículo 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, el cual define el término "violencia contra la mujer" como "todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada".

En ese sentido, quisiera señalar que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su recomendación general n°19 (1992), establece que la violencia contra las mujeres menoscaba o anula el goce por la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales y constituye discriminación, tal como se entiende en el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (ratificada por el Gobierno de Su Excelencia el 1984), ya sea perpetrada por un funcionario del Estado o un ciudadano particular, en la vida pública o privada. Por lo tanto, el Comité considera que los Estados Partes tienen la obligación de actuar con la debida diligencia para investigar todos los delitos, incluido el de la violencia sexual perpetrada contra mujeres y niñas, para castigar a los culpables y ofrecer una compensación adecuada sin demora.

Asimismo, en su recomendación general n°35 (2017), sobre la violencia por razón de género contra la mujer, el Comité recomendó específicamente a los Estados partes que garantizaran que la violación estuviera tipificada como un delito que afecta al derecho a la seguridad personal y a la integridad física, sexual y psicológica y que la definición de la violación, en particular la violación conyugal, se basara en la falta de libre consentimiento y tuviera en cuenta circunstancias coercitivas. También se indicó que las limitaciones de tiempo, en caso de que existan, deberían tener en cuenta las circunstancias que dificultaban la capacidad de las víctimas para denunciar el delito, y que la violación podía equivaler a tortura.

Del mismo modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció por primera vez con respecto a la violación como una vulneración de los artículos 3 (prohibición de la tortura) y 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y abordó la definición de violación en el emblemático asunto M. C. c. Bulgaria, en 2003. El Tribunal estableció la obligación positiva de los Estados de promulgar disposiciones de derecho penal para investigar y castigar eficazmente los casos de violación. Señaló la existencia de una tendencia universal a considerar la falta de consentimiento como el elemento esencial de la violación y el abuso sexual, e indicó que, si se adoptaba un enfoque estricto del enjuiciamiento de esos delitos, como exigir una prueba de resistencia física, se correría el peligro de dejar impunes ciertos tipos de violación y, por tanto, de socavar la protección efectiva de la

autonomía sexual de la persona. Concluyó que la violación debe definirse como toda penetración sexual sin el consentimiento de la víctima y que el consentimiento debe darse voluntariamente, como resultado de la libre voluntad de la persona, evaluada en el contexto de las circunstancias existentes.

Quisiera hacer referencia al informe presentado por mi predecesor al 42 periodo de sesiones de la Consejo de Derechos Humanos sobre violación como una vulneración grave, sistemática y generalizada de los derechos humanos, un delito y una manifestación de la violencia de género contra las mujeres y las niñas, y su prevención ((A/HRC/42/26). El informe muestra una serie de importantes elementos, que pueden considerarse como contenido esencial de una legislación exhaustiva contra la violencia sexual. El objetivo de este modelo, es servir como guía a los órganos legislativos en la elaboración de leyes que abarquen de manera exhaustiva todas las dimensiones de la violencia sexual y recomienda a todos los Estados que se aceleren ese proceso de armonización e incorporar las normas internacionales de derechos humanos sobre la violación a su legislación nacional sobre la tipificación y el enjuiciamiento de la violación en relación con todos los elementos constitutivos de ese delito, que están interrelacionados y son cruciales para una tipificación y un enjuiciamiento efectivos, de conformidad con las recomendaciones específicas señaladas en el presente informe y desarrolladas y sustentadas en el marco de la legislación modelo sobre la violación. Los Estados deben tipificar la violación mediante una definición que se aplique a todas las personas, que incluya la violación conyugal y todos los actos de penetración de carácter sexual, y que prevea de manera expresa la falta de consentimiento como elemento central. Las circunstancias agravantes y atenuantes deben revisarse y ajustarse a las normas de derechos humanos.

Finalmente, quisiera destacar el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul), adoptado en 2011. En él figura la primera definición jurídicamente vinculante de la violencia sexual, incluida la violación. En virtud del artículo 36, los Estados partes (e incluso España) se comprometen a tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente 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.