

Los delitos contra la libertad sexual tras la Ley Orgánica 10/2022. Reforma y contrarreforma*

Andrés ROMEO ASTABURUAGA

Investigador predoctoral

de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

Resumen:

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual han sido recientemente sometidos a cambios notables. En efecto, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, operó, entre otras muchas cuestiones, una profunda reforma de los delitos sexuales, instaurando un modelo de consentimiento afirmativo y unificando todos los atentados contra la libertad sexual bajo un mismo tipo del injusto de agresión sexual, suprimiendo así el antiguo delito de abusos sexuales. La aplicación retroactiva de la reforma, ante la ausencia de régimen transitorio alguno que disciplinara su desenvolvimiento inicial, hizo precipitar un torrente de revisiones de condena generando gran conmoción en la opinión pública. Lo anterior forzó la temprana aprobación de la LO 4/2023, de 27 de abril, que, en esencia, ha acometido una contrarreforma y retorno parcial a la regulación primigenia. Con todo, el presente trabajo tiene por objeto abordar el análisis de esta descrita sucesión normativa.

Palabras clave: Libertad sexual, agresión sexual, violación, consentimiento afirmativo, retroactividad favorable, *stealthing*.

* Este trabajo forma parte del trabajo del Grupo de Investigación en Ciencias Criminales IT 1486-22 y del Proyecto PID2020-116407RB-I00DER.

Abstract:

Crimes against sexual freedom have recently undergone notable changes. In fact, Organic Law 10/2022, of September 6, of comprehensive guarantee of sexual freedom, carried out, among many other issues, a profound reform of sexual crimes, establishing a model of affirmative consent and unifying all attacks against sexual freedom under the same crime of sexual assault, suppressing the old crime of sexual abuse. The retroactive application of the reform, in the absence of any transitional provision to discipline its initial development, precipitated a torrent of sentencing reviews, generating great commotion in public opinion. The above forced the early enactment of the Organic Law 4/2023, of April 27, which, basically, has undertaken a counter-reform and partial return to the original regulation. Considering this, the purpose of this work is to address the analysis of this described normative succession.

Keywords: Sexual freedom, sexual assault, rape, affirmative consent, retrospective application of the more lenient criminal law, stealthing.

ÍNDICE DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	5
2. LOS DELITOS SEXUALES ANTES DE LA REFORMA	7
2.1. Bien jurídico	7
2.2. Sujetos activo y pasivo	10
2.3. Agresión sexual.....	11
2.3.1. Tipo básico	11
2.3.2. El delito de violación.....	20
2.3.3. Modalidades agravadas	23
2.4. Abuso sexual	24
2.4.1. Tipo básico	24
2.4.2. Abuso sexual con prevalimiento.....	27
2.4.3. Abuso sexual agravado por acceso carnal	30
2.4.4. Modalidades agravadas	30
2.4.5. Abuso sexual fraudulento o por determinada posición.....	31
2.5. Requisito de procedibilidad.....	31
2.6. Breve alusión a las cuestiones probatorias.....	34
3. LOS DELITOS SEXUALES TRAS LA REFORMA	37
3.1. Causas de la reforma	37
3.2. La LO 10/2022	41
3.3. Nuevo delito de agresión sexual	42
3.3.1. Unificación de los abusos y agresiones: “fusión por absorción”	42
3.3.2. Atenuación facultativa del art. 178.3 CP	51
3.3.3. Agresión sexual con acceso carnal del art. 179 CP: violación	53
3.3.4. Circunstancias de agravación	54
3.3.5. Inconvenientes léxicos del nomen iuris agresión sexual	57
3.3.6. Alteración en la rúbrica del Título VIII y bien jurídico protegido.....	59
3.3.7. Supresión del artículo 182.1 CP	61
3.3.8. Disposiciones comunes a los delitos del Título VIII	62
3.4. El consentimiento	64
3.4.1. Un consentimiento afirmativo	64
3.4.2. Error de tipo y consentimiento	74
3.4.3. Consentimiento viciado por engaño o error.....	77
4. DERECHO TRANSITORIO: LA RETROACTIVIDAD FAVORABLE	81
5. LOS DELITOS SEXUALES TRAS LA CONTRARREFORMA	90
5.1. Consideraciones generales.....	90
5.2. Tipo cualificado: violencia, intimidación o víctima con voluntad anulada.....	93
5.3. Tipo privilegiado: facultad atenuatoria	93
5.4. Tipo cualificado: violación	94
5.5. Modalidades agravadas	94
5.6. Penalidad	95

6. CONCLUSIONES	96
7. ANEXO	100

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo abordar la regulación de los delitos contra la libertad sexual y, en particular, acometer un análisis sobre la reciente sucesión normativa experimentada en sede de estos tipos delictivos como consecuencia de la aprobación consecutiva de la LO 10/2022, de 6 de septiembre¹ y de la LO 4/2023, de 27 de abril².

Siendo así, es posible anticipar a modo de prolepsis que, si la reforma de la LO 10/2022 puede reputarse como subversiva, en el sentido de haber operado una modificación sumamente relevante de los delitos sexuales; la LO 4/2023, de 27 de abril, comporta, en esencia, una contrarreforma y vuelta a la regulación primigenia, de suerte que, la regulación de estos ilícitos ha observado una trayectoria pendular o zigzagueante.

Para la completa inteligencia de esta sucesión normativa es preciso dedicar especial atención al marco legal de partida, toda vez que sus diferentes conceptos y elementos normativos, y consigo los consensos doctrinales y jurisprudenciales construidos en torno a éstos, son extrapolables *mutatis mutandi* a la actualmente vigente regulación de los delitos contra la libertad sexual. Asimismo, ese análisis preliminar nos permitirá construir la atalaya sobre la que advertir las cuestiones más problemáticas que presentaba la regulación anterior a la reforma, las dificultades asociadas a su interpretación y aplicación jurisprudencial, así como los inconvenientes anejos al cambio en la tipificación de estos ilícitos.

Tras sentar los necesarios rudimentos en materia de delitos sexuales, se examinará la reforma operada por la LO 10/2022, sus singulares causas y detonantes, los principales cambios arbitrados y, por supuesto, sus efectos en la *praxis judicial*, fundamentalmente, aquellos derivados de su aplicación retroactiva. Igualmente, se irán apuntando las posiciones doctrinales encontradas, las críticas, recelos y alabanzas cosechadas por ésta, dirigiendo una solícita consideración al modelo de consentimiento afirmativo instaurado. Tras ello, procederá el abordaje de la contrarreforma producida por la LO 4/2023, en la que se destacarán los cambios fundamentales que se introducen, básicamente, los

¹ Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

² Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

asociados a la configuración típica de las modalidades de agresión sexual, en la que se reintroducen los medios comisivos de la violencia y la intimidación para procurar, de nuevo, una regulación diferenciada, matizada y gradual que asocie a las distintas conductas marcos penales más delimitados atendiendo al desvalor de cada una de ellas.

Por otra parte, resulta también necesario acotar la materia de tratamiento en este estudio, circunscribiéndola a los delitos contra la libertad sexual referidos a los mayores de dieciséis años, esto es, los antiguos delitos de agresión y abuso sexual. Pues, de lo contrario, la pretensión de abarcar un terreno excesivamente amplio nos impediría proceder con la necesaria profundidad exigible en un trabajo de investigación de estas características. Ello sin perjuicio de vernos obligados a hacer la oportuna alusión a ciertos aspectos vinculados a menores de dicha edad, como, por ejemplo, la indemnidad o intangibilidad sexual de la que son titulares y respecto a la que se dispensa la debida tutela por parte de estos delitos aquí comentados.

Asimismo, se antoja necesario, ante todo, hacer una advertencia. Resulta notorio para cualquiera la carga ideológica que impregna a la mayoría de las cuestiones aquí comentadas, por lo que, en este estadio inicial debe prevenirse de cualquier lectura en términos políticos, ni mucho menos partidistas. Como no podría ser de otra forma, se ha procurado ofrecer un análisis de la materia lo más aséptico y riguroso posible, rehuendo de argumentos manidos, falsarios o inconsistentes que han ido interesadamente reproduciéndose por parte de todas las posiciones, tanto detractoras como partidarias. La adopción de un enfoque dirigido por el rigor técnico-jurídico no deviene incompatible con la toma de postura, crítica y réplica a las visiones y opiniones observables en el plano académico y jurisprudencial, cuestión que, por otra parte, me es obligada a fin de dotar a la obra de la inexcusable originalidad.

Con todo, la materia que es objeto de estudio se ha caracterizado por ser singularmente fecunda, habiendo suscitado un nutrido cuerpo doctrinal de trabajos académicos, libros o monografías al respecto en los que se acometen análisis indudablemente más valiosos que el presente. Sin embargo, con ocasión de la reforma y contrarreforma recientemente operadas en sede de los delitos sexuales, resulta sumamente oportuno su tratamiento en un trabajo de la presente naturaleza, por cuanto la conmoción jurídica derivada de tales procesos legislativos da origen a un nuevo lienzo en el que cada uno pueda contribuir con su

relativa pincelada a fin de conformar el *status quaestionis*. Seguramente, las de un servidor no gocen del suficiente esplendor y calidad como para ser consideradas frente a otras alternativas, sin embargo, el interés asociado a esta cuestión hace que su abordaje me sea difícil de resistir.

2. LOS DELITOS SEXUALES ANTES DE LA REFORMA

2.1. Bien jurídico

El análisis de los delitos sexuales debe comenzar abordando, en primer término, el bien jurídico tutelado. Para tal menester, sin embargo, no resulta posible soslayar la evolución que éste ha experimentado en el decurso de nuestra historia legislativa, aunque dicha retrospección ha de ser necesariamente sintética pues, pese a su innegable interés, un estudio más exhaustivo desbordaría propiamente el objeto que aquí nos ocupa.

Antiguamente, la concepción moral que la sociedad proyectaba específicamente sobre las mujeres ordenaba que se reservaran castas hasta la consumación del matrimonio y, una vez contraído aquél, el esposo era el titular exclusivo de la sexualidad femenina. Así, el rapto o violación de la mujer soltera mancillaba su honor y manchaba su acendrada virtud, inhabilitándola para la condición núbil e, igualmente, la ignominia del acto también salpicaba a su respectiva familia. En el supuesto en el que la agresión fuese padecida por una mujer casada, el círculo de ofendidos por el delito engrosaba, reservándose la condición de principal ofendido al marido y reputando agraviado no sólo a la mujer víctima y a su relativa familia, sino también a los familiares del esposo, quienes eran también acreedores de resarcimiento por el sufrido ultraje³. Coherentemente con la moral de la época y la desconfianza social hacia la mujer, respecto de la cual se presumía una proclividad disoluta al pecado ínsita en la naturaleza femenina, ante la agresión afrontada por ésta, le era exigible ejercer una oposición o resistencia contundente a fin de preservar su honra⁴; idealmente, incluso hasta la muerte, pues era preferible sacrificar la propia vida para evitar

³ Véase las referencias al Fuero de Ledesma y al Fuero de Soria en RODRÍGUEZ ORTIZ, V. (1997). *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*. Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid, Madrid, España, p. 273.

⁴ A nivel probatorio debía indudablemente acreditarse dicha oposición frente al violador, entendido como un deber de autoprotección de la víctima, cfr. RODRÍGUEZ ORTIZ, V. (1997), *idem*, p. 312; y VIGARELLO, G. (1999). *Historia de la violación. Siglos XVI-XX*, Ediciones Cátedra, Madrid, España, p. 65.

afrenta, a la sazón, tan pecaminosa. En síntesis, mejor morir antes que ser violada y ofender a Dios⁵.

Las primeras experiencias codificadoras dan buena cuenta de esta arcaica moralidad, moldeada notablemente por los dogmas religiosos⁶. El legislador decimonónico, en el primer Código Penal de 1822, acogió así estos delitos como crímenes contra la honestidad. Posteriormente, el Código Penal de 1850 —reforma del de 1848— esbozó la regulación penal de los delitos sexuales cuyo esquema perduraría de forma sustancial hasta la transición española. Repárese, en que su art. 371 *in fine* preveía como causa de extinción de la responsabilidad criminal el hecho de que, con posterioridad a la comisión del delito, el ofensor contrajera matrimonio con la víctima⁷; lo cual resulta sumamente revelador.

Asimismo, resulta ocioso apuntar que el marido en el seno del matrimonio no podía incurrir en este delito de violación pues si forzaba a su mujer a practicar actos sexuales no se lesionaba el bien jurídico protegido⁸, sino que merecía la consideración de un proceder legítimo —honesto— a fin de satisfacer uno de los deberes conyugales (el débito carnal). Esta secularizada comprensión de los delitos sexuales perduró hasta la aprobación de la Constitución Española de 1978. A partir de entonces, se destierra la idea de salvaguardar una moral sexual determinada asumiendo la libertad sexual del individuo como bien jurídico a proteger⁹. Tras unas primeras reformas de estos delitos acometidas en los albores de la democracia¹⁰, en 1989 se adoptó, por fin, la rúbrica «Delitos contra la libertad sexual» desplazando a la anterior denominación, «Delitos contra la honestidad», como epígrafe del Título IX del Libro II del CP 1973/44¹¹.

⁵ En este sentido, no es escaso el número de Vírgenes y Santas que frente al ataque sexual muestran una oposición y resistencia acérrima saldándose con su muerte como necesario sacrificio que les salve del pecado, v. g. Santa María Goretti o la Virgen Anna Kolesárová. Se inculca así la dosis de moralina que distrae la responsabilidad y el juicio de reproche haciéndolo recaer sobre la conducta de la mujer en vez de sobre la del autor (casi siempre varón).

⁶ Véase la evolución de estos delitos en FARALDO CABANA, P. / ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.) (2018). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Tirant lo Blanch, Valencia, España, pp. 31- 69.

⁷ Vid. art. 371 CP de 1850: «En todos los casos del presente artículo el ofensor se libra de la pena casándose con la ofendida, cesando el procedimiento en cualquier estado de él en que se verifique».

⁸ HERREROS HERNÁNDEZ, I. (2021). «Construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico. Una visión desde la perspectiva de género», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 10, pp. 60-69.

⁹ DIEZ RIPOLLÉS, J. L. / ROMEO CASABONA, C. M. (Coords.) (2004). *Comentarios al Código Penal, Parte Especial II*, Valencia, España, p. 214.

¹⁰ Vid. Ley 22/1978, de 26 de mayo y Ley 46/1978, de 7 de octubre.

¹¹ Reforma operada por LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, cuya exposición de motivos reconocía: «es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad».

La asunción jurídica de esta nueva concepción de los delitos sexuales se afianza definitivamente con el Código Penal de 1995, consolidando a la libertad sexual como bien jurídico objeto de protección, si bien, a partir de la reforma obrada en 1999 la unicidad del bien jurídico estructurador del Título VIII se desdobra y junto a la libertad sexual se incorpora la indemnidad sexual, en relación con el carácter intangible de la sexualidad de menores de trece años¹² y personas con discapacidad¹³.

Siendo así, la libertad sexual como bien jurídico se corresponde con la facultad individual de cada persona para autodeterminarse en el ámbito de la sexualidad, concretándose en la posibilidad de participar o verse involucrado en conductas de contenido sexual si uno lo desea y decidiendo en qué condiciones (vertiente positiva). Desde un prisma negativo, siendo un bien jurídico personalísimo y disponible, su titular podrá rechazar o repeler aquellas proposiciones no queridas (vertiente negativa)¹⁴. Con todo, la libertad sexual comporta una subespecie de la libertad personal —*ex art. 17 CE*— que por el carácter tan peculiar que le dota su estrecha vinculación con la esfera íntima y de autorrealización individual adquiere una sustantividad propia. Ello justifica que su regulación jurídico-penal se sustraiga del régimen general de protección de la libertad brindada por las coacciones y amenazas pues, de lo contrario, la singular cualidad y desvalor del injusto no se captaría apropiadamente por aquellos delitos genéricos¹⁵.

En lo tocante a la indemnidad sexual, el legislador consideró que no todas las personas se hallan en condiciones adecuadas para desenvolverse en contextos de naturaleza sexual (provisional o definitivamente), debiendo quedar al margen plena o parcialmente de tales prácticas, en esencia: los menores de una determinada edad¹⁶ y quienes padezcan algún

¹² En un primer estadio, el legislador orgánico consideró que la edad de consentimiento sexual debía fijarse en los doce años, posteriormente, con la reforma de 1999 se elevó a trece y, finalmente, a partir de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se elevó a los dieciséis años manteniéndose en ese nivel hasta hoy.

¹³ Véase la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal.

¹⁴ ORTS BERENGUER, E. en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (2022). *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia España, p. 223

¹⁵ DIEZ RIPOLLÉS, J. L. / ROMEO CASABONA, C. M. (Coords.) (2004). *Comentarios al Código Penal, Parte Especial II... Op. cit.*, pp. 223 y ss. Los delitos de coacciones y amenazas tutelan, como es sabido, la libertad de obrar general o libertad personal actuando cada cual como tipo «subsidiario» o «de recogida».

¹⁶ Actualmente, la edad de consentimiento sexual se sitúa en los dieciséis años, habiendo experimentado como se alude *supra* una progresiva escalada, muchas veces desconociendo la realidad social del colectivo adolescente y obedeciendo a un ánimo moralista o punitivista. Lo aborda en mayor profundidad MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho Penal. Parte Especial*, 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, España, pp. 238 y ss.

tipo de discapacidad psíquica¹⁷. La intangibilidad de su sexualidad obedece al propósito de asegurar un normal desarrollo personal libre de interferencia alguna que pudiere generar trastornos psicológicos derivados de la incomprensión de esta clase de comportamientos o perturbar el apropiado proceso de formación sexual de estos sujetos¹⁸. El carácter intangible de este bien jurídico se concretiza en la indisponibilidad por parte de su titular, quien pese a prestar su consentimiento no impedirá apreciar el carácter delictivo de la conducta al no gozar de capacidad para consentir por su insuficiente nivel de madurez¹⁹, lo cual comporta una presunción *iuris et de iure*²⁰. Asimismo, desde una dimensión constitucional, se considera que la indemnidad sexual sería un bien jurídico dimanante del derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado por el art. 10.1 CE²¹, coonestándolo, igualmente, con el deber de protección de la infancia atribuido a los poderes públicos en el art. 39 CE y, en lo que atañe a las personas que padecen algún tipo de discapacidad, se liga con el recientemente reformado art. 49 CE²².

2.2. Sujetos activo y pasivo

Los delitos contra la libertad sexual referidos a mayores de edad pueden responder a la acepción del delito común, esto es, no se exige la presencia de ninguna condición, atributo o cualidad especial en la persona del sujeto activo —«*el que atente [...]*»—; tampoco en la del sujeto pasivo. Consecuentemente, en esta clase de delitos, cualquiera podría ocupar la posición tanto de sujeto activo como la de víctima, con la salvedad obvia del acceso carnal por vía vaginal, caso en el que la víctima necesariamente tendría sexo femenino²³. En este sentido, no existe óbice alguno para apreciar un delito contra la libertad sexual en

¹⁷ Un estudio más exhaustivo sobre la incidencia de la edad del menor en su tutela penal en DE LA MATA BARRANCO, N. J. (2019). «Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21.

¹⁸ Véase MUÑOZ CONDE, F. (1988-1989). «Los delitos contra la libertad sexual», *Estudios penales y criminológicos*, nº 13, pp. 267-296 (p. 272).

¹⁹ El consentimiento sí podrá operar válidamente excluyendo la antijuridicidad de la conducta cuando sea aplicable la denominada «cláusula Romeo y Julieta» del antiguo art. 183 *quater* CP—ahora art. 183 *bis* CP— en los supuestos en los que entre el menor y el autor exista una proximidad en edad y madurez.

²⁰ Lo viene declarando así la Sala Segunda del TS, cfr., entre otras, STS 811/2022, de 13 de octubre, FD 1º.

²¹ Cfr. STS 297/2024, de 3 de abril, FD 2º.

²² El art. 49 de la CE, en virtud de la reforma constitucional operada el 15 de febrero de 2024, ha sido sometido a una revisión de su redacción en la que, principalmente, se ha suprimido la expresión «disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos».

²³ *Vid.* ORTS BERENGUER, E. en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.) (2022). *Derecho Penal. Parte Especial... Op. cit.*, p. 230.

relaciones heterosexuales, homosexuales, aquellas cometidas en el seno de una relación conyugal²⁴ e, inclusive, en el ámbito de la prostitución²⁵.

Aun con todo, la realidad pone de manifiesto que en la inmensa mayoría de ocasiones la víctima de estos delitos es mujer y su agresor hombre. Los datos estadísticos resultan incontestables y es que, de conformidad con cifras del Ministerio del Interior, en torno al 90% del perfil de victimizaciones se corresponden al sexo femenino, y en el caso del perfil de agresores, el 94% son varones²⁶. Todo ello revela una violencia sexual específicamente dirigida hacia las mujeres.

2.3. Agresión sexual

2.3.1. Tipo básico

El tipo básico del delito de agresión sexual se recogía por el art. 178 CP cuyo tenor estipulaba:

«El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años».

De su redacción se desprenden los dos elementos objetivos principales del tipo. Uno, nuclear, referente a la conducta, la cual debe constituir un atentado contra la libertad

²⁴ Véase la STS 254/2019, de 21 de mayo, FD 3º, en la que se apunta que «negar la posibilidad conceptual de una violación en el seno de la institución matrimonial supone tanto como afirmar que el matrimonio es la tumba de la libertad sexual de los contrayentes. [...] la libertad sexual de la mujer casada, o en pareja, emerge con la misma libertad que cualquier otra mujer».

²⁵ La jurisprudencia tiene señalado que «la imposición violenta del acto carnal a una persona que ejerce la prostitución constituye delito de agresión sexual, ya que la persona afectada [...] conserva la autonomía de su voluntad en orden a disponer libremente de su cuerpo y de la sexualidad que le es propia». Cfr., entre otras, STS 365/2012, de 15 de mayo, FD 7º.

²⁶ En relación con los delitos de agresión y abuso sexual sin acceso carnal el 87% de las víctimas son mujeres, en el caso de que ocurran con acceso carnal el porcentaje escala hasta el 90%. Sólo se advierte un mayor equilibrio entre víctimas mujeres y hombres en aquellos delitos en los que el sujeto pasivo es menor de edad o menor de 16 años. Así, en lo que atañe a los delitos de corrupción de menores los varones representan el 29% de las víctimas y en el caso del delito de pornografía infantil asciende a 41% las víctimas masculinas. Cfr. MINISTERIO DEL INTERIOR (2022). *Informe sobre delitos contra la libertad sexual, año 2022*. Secretaría de Estado de Seguridad, pp. 16 y 28. Disponible en: <https://acortar.link/gWr66D>. [Última consulta: 12 de junio de 2024].

sexual de otro sujeto y, por tanto, no debe haber existido consentimiento pues de lo contrario sería un comportamiento inofensivo, atípico o lícito. El otro elemento, viene referido a los medios de los que se hace valer el autor para cometer dicho atentado y son la violencia o intimidación. Siendo así, pasemos a exponer ambos dos.

2.3.1.1. *Concepto de «atentado contra la libertad sexual»*

El primer elemento del tipo objetivo es que la conducta comporte un atentado contra la libertad sexual de alguna persona. En este sentido, se atentará contra dicho bien jurídico cuando se obligue a otro a involucrarse, realizar o tolerar algún acto de naturaleza sexual en contra de su voluntad, sin su consentimiento. De lo antedicho, ya se advierte el gran elenco de conductas que pueden integrar esta figura delictiva y, por consiguiente, en aras de superar el juicio de tipicidad, se antoja imprescindible analizar cada concreto acto a fin de constatar tal connotación.

La significación sexual de la conducta resulta ostensible cuando el contacto se produce en la zona genital o cuando aquella se proyecte sobre determinadas zonas erógenas del cuerpo o sus proximidades, verbigracia, ciertos besos²⁷, tocamientos en glúteos o senos, entre otras.

Para supuestos de equivocidad acerca del carácter sexual de la acción, venía siendo tradición por parte de la jurisprudencia exigir la concurrencia de un elemento subjetivo de tendencia, el ánimo libidinoso o lúbrico. Este elemento subjetivo, no contemplado expresamente en el CP, estriba en la finalidad o deseo por parte del autor de obtener algún tipo de placer o satisfacción sexual mediante su conducta²⁸. Con ello se pretendía confirmar o desechar el carácter venéreo del comportamiento enjuiciado, diferenciando así una conducta lícita (v. g. exploración ginecológica o urológica) de un delito sexual²⁹ e incluso descartando aquellos actos realizados con fines jocosos, injuriosos o de burla³⁰. No

²⁷ Lo recuerda la reciente STS 428/2023, de 1 de junio, FD 2º.

²⁸ RAGUÉS I VALLÈS, R. en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.) y otros (2019). *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., Editorial Atelier, Barcelona, España, p. 132.

²⁹ BOLDOVA PASAMAR en BOLDOVA PASAMAR en ROMEO CASABONA, C. M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2016). *Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Comares, Granada, España., p. 195. En todo caso, tales problemáticas quedarían remediadas en el juicio de antijuridicidad, toda vez que concurriría una causa de justificación —obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, ex art. 20.7 CP— que impedirían apreciar el carácter delictivo de la conducta. Siendo así, el ánimo libidinoso podría incluso constituir una tautología innecesaria desde el plano subjetivo del injusto.

³⁰ En este sentido se manifiestan, entre otros, MUÑOZ CONDE, F. / LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2017). *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, España, p. 195; o BOIX REIG, J. (Dir.) (2016). *Derecho Penal. Parte Especial, Vol. I.*, 2ª ed., Editorial Iustel, Madrid, España, p. 360. Respecto a aquellos actos con un significado sexual realizados de forma

obstante, el TS, desde hace tiempo, ha desterrado la exigencia de ese elemento subjetivo específico adicional (véase *infra* apdo. 2.3.1.3). Adicionalmente, conforme a los principios de ofensividad y de intervención mínima resulta razonable exigir que la conducta sexual presente una gravedad y trascendencia suficiente³¹.

Por otra parte, la redacción típica no exige, en modo alguno, un contacto corporal entre sujeto activo y pasivo. En efecto, también pueden reputarse delictivos aquellos actos en los que el autor obliga a otro sujeto en contra de su voluntad a mantener algún acto sexual con un tercero e inclusive a realizarlos sobre sí mismo (masturbarse, introducirse objetos o miembros corporales por vía vaginal o anal)³². Considerando lo anterior, debe descartarse la conceptualización tradicional de estos ilícitos como «delitos de propia mano», siendo aquellos en los que tan sólo puede ser reputado autor quien realiza la conducta inmediata y personalmente, lo cual lo haría inconciliable con la autoría mediata, toda vez que no resulta posible realizar el hecho por medio de otro del que servirse como instrumento³³.

Nótese también, que el carácter sexual de la acción ha de evaluarse desde parámetros objetivos³⁴, no debiendo descansar en el criterio subjetivo del autor ni de la víctima. Es preciso, por consiguiente, recurrir a un juicio de peligrosidad *ex ante* de la conducta conforme a la teoría de la imputación objetiva³⁵. Así, la conducta desde una perspectiva *ex*

jocosa, se podría pensar en ciertas situaciones, especialmente en adolescentes entre los que exista algún vínculo de amistad o confianza —p. ej. me viene a la mente una cuadrilla de chicos haciendo el tonto—, en las que un amigo propina un beso en la boca a otro, o le golpea la bragueta en un contexto de broma. En estos casos, conforme a las pautas sociales medias, deberían considerarse intrascendentes desde una perspectiva penal. En estas concretas situaciones de ostensible levedad, podría rechazarse su carácter típico por no alcanzar un mínimo umbral de gravedad o incluso, aunque resulte más discutible, entendiéndolo que supone un riesgo socialmente aceptado.

³¹ Véase, nuevamente, MUÑOZ CONDE, F. / LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2017). *Derecho Penal. Parte Especial... Op. cit.*, p. 195.

³² Hoy día nos son imaginables supuestos de agresión sexual cometidos a distancia por medio de canales tecnológicos y digitales en los que, huelga decir, es imposible satisfacer el necesario contacto físico e inmediato que ha de producirse entre autor y víctima en los delitos de propia mano. Sirva de ejemplo la SAP de Barcelona 140/2021, de 26 de febrero. Aquí el sujeto amenazó con revelar imágenes comprometidas de la víctima a su círculo familiar y de amistad si no atendía sus designios, de manera que a lo largo de varios meses obligó a la víctima a masturbarse delante de la cámara e incluso a ingerir su propio semen a través de la *webcam* Skype. Se aprecia, naturalmente, un delito continuado de agresión sexual con intimidación.

³³ Así, entre otros, MIR PUIG, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, España, p. 398; GIMBERNAT ORDEIG, E. (2012). *Autor y cómplice en Derecho Penal*, 2ª ed., Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, pp. 242 y ss.; o MAQUEDA ABREU, M. L. (1992). *Los delitos de propia mano. Críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal*, Tecnos, Madrid, España, pp. 110 y ss. En este sentido, debe consignarse, además, que un aporte o contribución de carácter esencial durante la ejecución dará lugar a coautoría; el mismo aporte, pero durante la preparación dará lugar a la cooperación necesaria *Vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, J. (1996). *Autoría y participación*, Ediciones Akal, Madrid, España, p. 66; también véase BACIGALUPO ZAPATER, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, p. 517.

³⁴ En semejanza ORTS BERENGUER, E. (2013). «Abusos sexuales, exhibicionismo y corrupción de menores en el Código penal y en el Proyecto de 2013», *Estudios Jurídicos*, p. 3.

³⁵ *Vid.* ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, España, pp. 359-360 y 366-367.

ante debe aparecer como idónea para realizar el tipo³⁶; ello ocurrirá cuando adoptando la posición de un espectador objetivo (de inteligencia media) quepa advertir una inequívoca significación sexual del acto. Con ello, sería posible descartar la tipicidad de actos que, aun cuando puedan ser comprendidos subjetivamente por el autor como sexuales — piénsese en sujetos que padezcan algún fetichismo, excitándose con palpar pies, por ejemplo—, no serían objetivamente peligrosos para el bien jurídico protegido³⁷; esto es, si para cualquier observador retrotraído al momento de la acción se le antojan como absolutamente inadecuadas para producir la lesión que la norma sanciona. Ello sin perjuicio de que tales actos sí pudieran integrar un delito de coacciones.

Por último, de forma implícita en el precepto mentado subyace la falta de consentimiento, sólo así podrá la conducta adquirir el calificativo de «atentado», pues, resulta evidente que, si los actos de significación sexual se ejecutan con el consentimiento libre de la otra persona, éstos se desenvolverían en un espacio de perfecta licitud e intrascendencia penal; inclusive cuando se ejercen acompañados de ciertas dosis de violencia siempre que haya acuerdo de voluntades³⁸. El consentimiento opera, así, como una causa de exclusión de la tipicidad³⁹, al ser éste un elemento negativo del tipo penal.

2.3.1.2. *Medios comisivos: violencia e intimidación*

El delito de agresión sexual, con anterioridad a las reformas cuyo análisis es objeto del presente trabajo, se configura como un delito de medios comisivos determinados, donde

³⁶ MIR PUIG, S. (1983). «La perspectiva «ex ante» en Derecho penal», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 36, Fasc/mes 1, pp. 5-22.

³⁷ Estas conductas no despliegan una carga de lesividad suficiente según ORTS BERENGUER, E. en GONZÁLEZ CUSAC, J. L. (Coord.) (2022). *Derecho Penal. Parte Especial... Op. cit.*, p. 227. En tales escenarios, además, el autor que obra bajo la creencia (subjetiva) de estar realizando un acto de significación sexual, estaría incurriendo en el fenómeno conocido por la terminología doctrinal como tentativa irreal o supersticiosa. Sobre la tentativa irreal o supersticiosa véase ALASTUEY DOBÓN, C. en ROMEO CASABONA, C. M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords.) (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Comares, Granada, España, p. 195. En el ejemplo expuesto referente al fetichismo, se podría llegar a considerar como un delito putativo o error inverso de prohibición, sin embargo, la conducta que el sujeto ilusoriamente piensa que hace, esto es, una acción de naturaleza sexual sin el consentimiento del otro sujeto —o sea, un atentado contra la libertad sexual— sí que sería una conducta prohibida, lo cual no encaja con el llamado delito putativo referido a aquellas situaciones en las que el comportamiento realizado con conciencia y voluntad no se halla previsto y penado por la ley como delito, v. g. pensar que el adulterio es delito.

³⁸ Piénsese, en particular, en aquellas prácticas de sadomasoquismo en las que se emplean ciertas dosis de violencia o fuerza para ejercer sumisión o humillación, las cuales siempre que sean consentidas deberían quedar extramuros del ámbito de lo penalmente relevante. En este sentido, respecto a las posibles lesiones, éstas únicamente podrían quedar impunes si concurre el consentimiento del lesionado en las condiciones que exige el art. 156 CP. En el resto de casos podrían ser constitutivas de un delito de lesiones, si bien mereciendo un reproche atenuado conforme al art. 155 CP, pero, en todo caso, de mediar consentimiento, deviene impracticable la apreciación de un delito contra la libertad sexual. *Vid.* LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.) (2016). *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 1ª ed. Editorial Dykinson, Madrid, España, p. 169.

³⁹ En este sentido, sobre el consentimiento como casusa de atipicidad o de exclusión de la tipicidad véase LUZÓN PEÑA, D. M. (2016). *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, España, p. 320.

el propio tipo del injusto especifica de forma precisa los medios de los que se ha de valer el autor de los hechos para que la conducta quede incardinada bajo este injusto penal, a saber, la violencia o la intimidación. Es necesario, por tanto, que el autor se prevalga de alguno de estos medios comisivos para vencer la voluntad contraria de la víctima y así someterla a la satisfacción de su avidez sexual. En estos escenarios la mayor energía criminal desplegada por el sujeto activo imbuye en la conducta un contenido más disvalioso, lo cual justifica que sea merecedor de un castigo más severo.

En primer término, respecto a la violencia o *vis* física, la jurisprudencia la viene definiendo de forma constante como «acometimiento, coacción o imposición material», que implique «una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima»⁴⁰. Lo anterior no exige, en modo alguno, que la violencia ejercida se materialice necesariamente en lesiones o secuelas físicas⁴¹, pues, de producirse éstas, conducirá a la apreciación del correspondiente delito de lesiones en concurso ideal o medial con el de agresión sexual⁴². Siendo así, el TS tiene dicho respecto a las lesiones psíquicas —estrés postraumático, cuadros depresivos o estados de angustia— que éstas ya habrían sido contempladas por el legislador a la hora de tipificar la conducta y asociarle la dosis de reproche penal, por lo que dichas lesiones ordinariamente ya quedarían consumidas de el delito de agresión sexual⁴³. Ello también es predicable en relación con las lesiones leves⁴⁴ o aquellas que son propias o consecuencia forzosa del acceso carnal violento⁴⁵, que al no desbordar el contenido de ilicitud abarcado por este delito no adquirirían una sustantividad suficiente

⁴⁰ STS 1546/2002, de 23 de septiembre, FD 1º.

⁴¹ Con todo, resulta innegable que la causación de contusiones, magulladuras u otros signos de violencia, constatadas en un parte médico de lesiones, comportan siempre un refuerzo sumamente relevante desde el plano probatorio.

⁴² En este sentido, lo apunta RAGUÉS I VALLÈS, R. en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.) (2019). *Lecciones de derecho penal. Parte especial...* Op. cit., p. 132.

⁴³ Cfr. Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 10 de octubre de 2003. Este criterio goza, sin embargo, de excepciones «para aquellos supuestos en que los resultados psíquicos de la agresión, abuso o acoso sexual superen la consideración normal de la conturbación anímica y alcancen una naturaleza autónoma como resultados típicos del delito de lesiones psíquicas, adquiriendo una magnitud desproporcionada a la que puede haber sido tomada en cuenta al penalizar el acto contra la libertad sexual y merecedora de reproche penal específico», (STS 721/2015, de 22 de octubre, FD 18º). A la hora de apreciar el delito de lesiones psíquicas la jurisprudencia mentada equipara el tratamiento psicológico al tratamiento médico, siempre y cuando haya sido dispensado por un médico, psiquiatra o no, como objetivamente necesario para su curación, (vid. STS 1017/2011, de 6 de octubre, FD 8º).

⁴⁴ La jurisprudencia entiende consumidas en el delito de agresión sexual lesiones de carácter leve como erosiones superficiales, arañazos, excoriación, eritemas, lesiones superficiales no sangrantes, entre otras. Véase, por ejemplo, las tratadas por la STS 501/2018, de 24 de octubre, FD 3º o en la STS 1277/2012, de 22 de noviembre, FD 6º.

⁴⁵ Esto último referido a las lesiones consustanciales al yacimiento forzoso, como erosiones en la zona genital, si bien ligado al delito de violación que se abordará *infra* en el apdo. 2.3.2; en este sentido, véase la STS 537/2020, de 22 de octubre, FD 3º; también STS 794/2015, de 3 de diciembre, FD 4º.

como para aplicar separadamente un delito de lesiones; lo contrario, podría quebrar el *non bis in idem*.

En lo atinente a la modalidad intimidatoria, en términos generales, se entiende por intimidación o *vis* psíquica o compulsiva, infundir miedo en un sujeto mediante la conminación o amenaza de un mal real e inminente. El sujeto activo pretende así mancipar la voluntad de la víctima inhibiéndole de cualquier resistencia que pudiera ejercer para neutralizar el ataque. En este sentido, adviértase que la intimidación constituye un concepto puramente normativo, no teniendo por qué corresponderse con la concepción social que se tenga al respecto. Ello es importante por cuanto en el imaginario colectivo, una acción sexual no consentida lleva ínsita este componente intimidatorio, percibiéndose con tal cualidad para la víctima a la que se dirige. En suma, la persona que padece estas acciones, seguramente, se va a sentir asustada, cohibida, amedrentada y sobrecogida por la situación, pero ello no significa que concurra la intimidación típica que exige la agresión sexual⁴⁶.

El mal con que se intimida a la víctima, proyectando aquí lo referido a los delitos de amenazas, puede ser ilícito, como generarle algún menoscabo en su vida, integridad física o libertad; pero también el mal puede ser lícito, como la revelación y divulgación de aspectos de la esfera privada e íntima de la víctima, por ejemplo, la confesión de la infidelidad a la pareja de ésta⁴⁷. En todo caso, debe tratarse de un comportamiento que produzca un constreñimiento psicológico de tal entidad que inhiba su voluntad ante el temor de padecer un daño mayor. Jurisprudencialmente se exige que el mal pueda reputarse como «inminente y grave, personal y posible, verosímil, racional y fundado»⁴⁸, para lo cual deberá venir acompañado de indicios que revelen la posibilidad cierta de que se pueda pasar inmediatamente a iniciar la realización del mal, de forma que, en tal tesitura se aboque a la víctima a no oponerse y quedar a merced de los deseos del agresor. No es

⁴⁶ Una interpretación contraria hubiera supuesto dejar prácticamente inoperativo el delito de abuso sexual, toda vez que, salvo los supuestos en los que la víctima se halla inconsciente, el atentado sexual desencadenará la generación de un sentimiento de intenso sobrecogimiento en aquella, que si se entiende como intimidación conduciría irremediamente al delito de agresión sexual.

⁴⁷ Así se apreció en la STS 32/2015, de 3 de febrero, en la que se consideró como constitutivo de intimidación el hecho de que el sujeto activo obligara a una chica a mantener sucesivas relaciones sexuales amenazando con revelárselo al novio y familia de ésta.

⁴⁸ *Vid.* STS 228/2024, de 7 de marzo, FD 3º.

necesario, sin embargo, que la intimidación cobre una entidad irresistible, invencible o de gravedad inusitada, simplemente ha de ser suficiente y eficaz para el fin propuesto⁴⁹.

Llegados a este punto, debe abordarse aquellos supuestos en los que la amenaza de ese mal no se explicita ni se anuncia o cuando menos no se advierte de forma patente, en lo que se vienen denominando «contextos intimidatorios difusos». Constituye éste, uno de los aspectos más resbaladizos y problemáticos que la anterior regulación suscitaba, singularmente, por su cercanía con algunas situaciones de prevalimiento propias del anterior delito de abuso sexual, lo cual será objeto de tratamiento *infra* en el apdo. 2.4.2. Sea como fuere, cualquiera puede imaginarse situaciones en las que se puede percibir un clima u atmósfera intimidatoria de la que quepa inferir objetivamente la eventual causación de un mal en caso de ofrecer oposición o resistencia. A fin de determinar estos escenarios, deberá atenderse a aquellos factores circundantes del desenvolvimiento de la acción criminal, como el lugar y momento en el que se perpetra la acción⁵⁰, la diferencia de edad entre víctima y victimario, episodios acaecidos con anterioridad a los hechos⁵¹ o la concurrencia de varias personas en la posición activa del delito. A este respecto, los tribunales han apreciado intimidación de tipo ambiental, en relaciones intrafamiliares o en el seno del hogar, donde la víctima tiene una singular dificultad de escapatoria o cuando se conoce la irascibilidad o violencia cotidiana del sujeto en cuestión⁵². También desde hace bastante tiempo, se reconoce esta modalidad de intimidación cuando los atacantes son varios y concurren en grupo, pues la mera presencia de una superioridad numérica de sujetos puede generar ese efecto intimidativo⁵³.

Lo antedicho no impide el reconocimiento de una jurisprudencia algo vacilante al respecto, pues en situaciones análogas entre sí a veces se ha decantado por apreciar intimidación, conduciendo al delito de agresión sexual, mientras que en otras semejantes se ha

⁴⁹ Vid. STS 953/2016, de 15 de diciembre, FD 7º. Lo anterior también es válido en lo tocante a la violencia.

⁵⁰ Piénsese en cubículos, espacios angostos, cerrados o sin escapatoria, lugares oscuros, solitarios o apartados de la mirada de terceros, zonas de densa vegetación sin visibilidad; o cuando se realizan a horas intempestivas de la noche.

⁵¹ Si la víctima ha presenciado previamente episodios de violencia por parte del sujeto activo, puede tener serios motivos para intuir que de no acceder a la relación sexual pueda ser objeto de dicha violencia. Sin ir más lejos, la STS 436/2008, de 17 de junio, consideró agresión sexual con intimidación sobre la base de que el acusado tuviera comportamientos violentos cuando bebía alcohol y que este carácter agresivo del autor fuera conocido por quien era su esposa, lo cual generó una sensación de amedrantamiento en ella para aceptar el mantenimiento de relaciones sexuales.

⁵² En este sentido lo considera la STS 282/2019, de 30 de mayo, FD 7º.

⁵³ Lo reconoce así, por vez primera, la STS 622/1994, de 22 de febrero, FD 1º. Se indica aquí que «el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que *la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental*» [énfasis añadido].

inclinado por apreciar una situación de prevalimiento en vista de ser éste un concepto, en ocasiones, rayano con la intimidación⁵⁴.

Por otra parte, venía siendo habitual exigir que la víctima hubiera ofrecido una mínima resistencia a efectos de apreciar la intimidación y sobre todo la violencia típica, como requisito para subsumir la conducta en la agresión sexual. La jurisprudencia de antaño consideraba que la presencia de resistencia hacía cobrar relevancia típica a la violencia o intimidación como medios para vencer el obstáculo material interpuesto por la víctima⁵⁵. Pero, desde luego, no resultaba exigible una resistencia heroica o extraordinaria propia de épocas pretéritas⁵⁶, sino que se reclamaba, cuando menos, una resistencia pasiva consistente en un «no dejarse hacer», mediante rigideces corporales, tensión muscular, no facilitación de movimientos y conductas similares que impidieran o entorpeciesen notablemente la consecución del propósito del agresor. A partir de ahí, la resistencia podía alcanzar una dimensión activa si la víctima se defiende empleando legítimamente la violencia física para procurar su huida. Por fin, tal concepción quedó superada, teniendo dicho el TS desde hace tiempo que «no es exigible ni siquiera que se resista o que manifieste una actitud pasiva de no colaboración, pues incluso puede darse la intimidación con la presencia de una actitud activa, cuando la conducta sexual se impone mediante actos tendentes a vencer la negativa de la víctima [...]. Lo esencial será constatar la ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo de elegir y practicar la opción sexual que prefiera en cada momento»⁵⁷.

Lo cierto es que parece bastante discutible exigir la concurrencia de una actitud de resistencia cuando, en rigor, nada dice el precepto al respecto. El hecho de que puedan emplearse estos medios comisivos para vencer la oposición o resistencia mostrada por la víctima no significa que deba exigírsele a ésta que resista, combata o se defienda de la acción a efectos de satisfacer la tipicidad. Máxime, cuando en estos delitos la víctima puede adoptar una actitud de sumisión o sometimiento al autor, que nunca debe confundirse con que esté consintiendo o accediendo voluntariamente al acto sexual. Fenómenos

⁵⁴ En este sentido, para apreciar estas vacilaciones puede poner en contraste las sentencias: STS 436/2008, de 17 de junio y STS 841/2007, de 22 de octubre.

⁵⁵ DIEZ RIPOLLÉS, J. L. / ROMEO CASABONA, C. M. (Coords.) (2004). *Comentarios al Código Penal, Parte Especial II... Op. cit.*, p. 290.

⁵⁶ *Vid.* STS 662/1993, de 2 de marzo, FD 1º.

⁵⁷ Véase, entre otras, STS 105/2005, de 29 de enero, FD 4º.

conductuales como la inmovilidad tónica, la parálisis, la ausencia de reacción corporal o la adopción de una suerte de estado catatónico suelen producirse en quienes experimentan esta clase de delitos tan traumáticos, quedando así el ofendido a merced del agresor, dócil y maleable; no como signo de anuencia sino como mecanismo de autodefensa⁵⁸.

Por último, no exige mayores esfuerzos argumentales apuntar que estos medios comisivos deben concurrir en relación típica con el ataque a la libertad sexual, esto es, deben emplearse a lo largo de la dinámica comisiva de la agresión sexual⁵⁹.

2.3.1.3. Tipo subjetivo

Sentado lo anterior, desde el prisma subjetivo, el delito de agresión sexual y, en general, los delitos contra la libertad sexual, únicamente se contemplan en su modalidad dolosa. Siendo desde el prisma de la tipicidad subjetiva únicamente requerido el dolo en su acepción clásica, entendido como conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo del injusto, esto es, en particular, que el autor obre conociendo la trascendencia y significación sexual de la acción, con ausencia del consentimiento de la otra persona y la utilización de violencia o intimidación.

Como ya se ha expuesto, este delito no precisa ningún requisito de carácter subjetivo distinto del dolo, aunque tradicionalmente se venía exigiendo la concurrencia de un ánimo lascivo o libidinoso, como elemento de tendencia interna en virtud del cual el sujeto activo atribuyera a la acción típica un determinado sentido subjetivo⁶⁰. En este caso, tal sentido viene determinado por lograr la excitación o el deleite de un impulso sexual propio o ajeno⁶¹. Actualmente, la Sala Segunda defiende, sin embargo, que estos delitos contra la libertad sexual «no exigen ningún ánimo libidinoso que se deba sumar al dolo»⁶².

⁵⁸ La psicología y el psicoanálisis dan buena cuenta de estas reacciones o actos reflejos ante eventos traumáticos, singularmente en violaciones o agresiones sexuales. *Vid.* MÖLLER, A. / SÖNDERGAARD, H. P. / HELSTRÖM, L. (2017). «Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression», *Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica*, vol. 96 (8), pp. 932-938. Véase también otro interesante estudio clínico en torno a las reacciones de víctimas de agresiones sexuales en GBAHABO, D. D. / DUMA, S. E. (2021). «"I just became like a log of wood ... I was paralyzed all over my body": women's lived experiences of tonic immobility following rape», *Heliyon*, 7, pp. 1-9.

⁵⁹ Pues si primero se produce el atentado a la libertad sexual y, posteriormente, se lesiona o intimida a la víctima —y, amenazándole para que no lo denuncie— no se satisface esa relación medio-fin que exige el tipo objetivo, impidiendo conforme al principio de legalidad penal apreciar este delito, sin perjuicio de que la utilización consecutiva de violencia o intimidación pueda valorarse a efectos de individualizar la pena.

⁶⁰ *Vid.* MIR PUIG, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, p. 288.

⁶¹ *Vid.* Díez RIPOLLÉS en Díez RIPOLLÉS, J. L. / ROMEO CASABONA, C. M. (Coords.) (2004). *Comentarios al Código Penal, Parte Especial II...* *Op. cit.*, p. 335.

⁶² Véase STS 610/2017, de 12 de septiembre, FD 6°. También desde el ámbito académico desde hace tiempo consideran a este elemento subjetivo adicional no exigible, siendo un requisito distorsionador y superfluo. *Vid.* p. 27 en ASUA

Con todo, la existencia de ánimo lúbrico sigue empleándose en la práctica forense como un criterio complementario para aquellos supuestos de equivocidad en los que la acción desplegada goza de escasa gravedad y no permite de forma indubitada inferir el carácter venéreo de la conducta⁶³.

A los efectos de discernir cuándo existe un único dolo y cuándo un dolo renovado y, consiguientemente, una nueva agresión sexual, debe aludirse al agotamiento de este delito. La jurisprudencia considera que el agotamiento se corresponde aquí con la satisfacción de la apetencia libidinosa del autor, lo que se identifica con el orgasmo o eyaculación; de suerte que, es este dato fáctico el que revelaría el agotamiento de un delito y el nacimiento de un dolo renovado para la comisión de un nuevo ilícito⁶⁴.

Es corolario de todo lo anterior, que este tipo de delitos dada su naturaleza y estructura típica, considerando el sustrato intencional o deliberado que subyace en esta tipología delictiva haga que se repela la modalidad imprudente⁶⁵. Ello determina que la generación de un error de tipo, sea vencible o invencible, comportará la impunidad del comportamiento⁶⁶.

2.3.2. El delito de violación

El art. 179 CP disponía:

«Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años».

BATARRITA, A. (1998). «Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico», en Análisis del código penal desde la perspectiva de género. Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, pp. 47-101.

⁶³ Especialmente para aquellos supuestos de escasa trascendencia que se hallarían a caballo entre el abuso sexual y la antigua falta de vejaciones injustas (antiguo art. 620.2 CP). Y, tras la derogación de las faltas en 2015, serviría para distinguir un abuso sexual de un posible delito de coacciones leves (art. 172.3 CP) o una conducta atípica. En el sentido apuntado, véase PÉREZ ALONSO, E. (2019). «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, p. 12.

⁶⁴ Cfr. STS 560/2014, de 9 de julio, FD 2º. La eyaculación no tiene ninguna implicación en la tipicidad a efectos de entender consumada la agresión sexual, pero resulta relevante para poder conocer el agotamiento del delito y la renovación del dolo. En este sentido, también se apunta en CARUSO FONTÁN, V. en FARALDO CABANA, P. / ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.) (2018). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Tirant lo Blanch, Valencia, España, p. 232.

⁶⁵ CARMONA SALGADO, C. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.) (2005). *Derecho penal español. Parte especial... Op. cit.*, p. 250.

⁶⁶ Art. 14.1 CP: «El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente».

Así, se desprende que el delito de violación se configuraba como una modalidad agravada de agresión sexual en la que el atentado a la libertad sexual encaja en alguna de las conductas que el precepto describe, bien como acceso carnal o penetración vaginal, anal o bucal; bien, como introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal⁶⁷. El legislador, consecuentemente, aprecia en estos singulares actos un especial desvalor y lesividad del bien jurídico que sanciona acorde a su gravedad, asociándole penas de prisión comprendidas entre los seis y doce años; con lo que se llega al punto de invadir el espacio de penalidad propio del homicidio doloso.

La redacción hace presumir que el legislador se representa como acceso carnal por antonomasia situaciones en las que el varón introduce su miembro viril por alguna de las cavidades indicadas, con lo que en la configuración típica del delito de violación sigue subyaciendo un criterio falocrático⁶⁸. De esta manera, otros contactos sexuales de gran gravedad quedan extramuros de la tipicidad del delito de violación, el cual se circunscribe al acceso carnal violento⁶⁹.

Por su parte, la jurisprudencia ha proclamado que «es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder»⁷⁰, de tal manera que también podrán ser subsumibles en el delito de violación supuestos en los que se obliga o compele (huelga decir que mediante violencia e intimidación) al sujeto pasivo⁷¹ a acceder⁷². En síntesis, el delito del art. 179 CP lo puede cometer tanto quien penetra como quien se hace penetrar⁷³.

⁶⁷ Nótese a este respecto que en la redacción original del CP 1995 también se castigaba como agresión sexual con acceso carnal la introducción de objetos por vía bucal, lo cual fue suprimido en la reforma operada por LO 11/1999, de 30 de abril, por las problemáticas que en la realidad práctica pudiera generar, ya que la introducción de un objeto por la boca no reviste de la idoneidad exigible para atentar contra el bien jurídico de la libertad sexual.

⁶⁸ Alude a esta característica ASUA BATARRITA, quien considera que la descripción cerrada de lo que legalmente constituye violación impide acoger en su redacción casos de desvalor semejante a la penetración, por ejemplo, citando a ORTS BERENGUER, «obligación de exposición ante terceros mostrando zonas genitales, [...] o utilización de animales sobre el cuerpo de la víctima». *Vid.* ASUA BATARRITA, A. (1998). «Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico...» *Op. cit.*, p. 93; y ORTS BERENGUER, E. (1995). *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, p. 73.

⁶⁹ Véase, en este sentido, ACALE SÁNCHEZ, M. «El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.) (2020). *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, p. 37.

⁷⁰ Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 25 de mayo de 2005. Esta postura ha sido objeto de críticas y posiciones contrarias a tal interpretación, existiendo numerosos votos particulares en sentencias del TS, como puede ser el formulado, conjuntamente, por los magistrados José Antonio MARTÍN PALLÍN y Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ a la STS 1295/2006, de 13 de diciembre.

⁷¹ Entiéndase sujeto pasivo del delito, puesto que en estos casos estaría adoptando la posición o rol activo del acto sexual.

⁷² Véase, entre otras, la STS 699/2014, de 28 de octubre, en la que la Sala Segunda considera acceso carnal el caso de un padre que introdujo el pene de su hijo de cuatro años de edad en su boca, practicándole una felación.

⁷³ STS 1295/2006, de 13 de diciembre, FD 4º. En esta sentencia, la Sala Segunda condena como reos de violación a cuatro sujetos varones que inmovilizaron a un hombre previamente esposado y le practicaron sendas felaciones hasta que la

Tampoco es necesario que se introduzca el miembro viril a efectos de esta modalidad delictiva, siendo también posible la introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal⁷⁴. A estos efectos, por miembro corporal serviría cualquier apéndice o parte del cuerpo humano susceptible de penetrar en las cavidades descritas (como un dedo, mano, pie, lengua, etc.); lo determinante será, conforme a una interpretación teleológica, que el órgano opere funcionalmente como si de un objeto o de un miembro viril se tratase respecto a su aptitud de introducción⁷⁵. De otro lado, por objeto, habrá de entenderse cualquier elemento material —natural o artificial— que se observe como sustitutivo del órgano genital masculino o de algún miembro corporal (consoladores u objetos fálicos, entre otros)⁷⁶.

Desde el punto de vista de la consumación de este delito, la jurisprudencia mantiene, respecto a la vía vaginal, que no es necesaria una penetración íntegra ni tampoco eyaculación⁷⁷, entendiéndose consumado el delito tan pronto se materializa el ajuntamiento carnal o la conjunción de los órganos genitales de varón y hembra (*conjunctio membrorum*)⁷⁸, y también en los supuestos de «coito vestibular», nada más penetrar la esfera genital externa anterior al himen⁷⁹. Por lo que atañe a la vía bucal, la consumación se produce cuando el órgano sexual masculino atraviesa la línea de los labios del sujeto

víctima eyaculó. Se entendió aquí que las acciones comportaban acceso carnal. Véase el voto particular concurrente aludido *supra*.

⁷⁴ Originariamente la redacción inicial del precepto tampoco aludía a miembros corporales, sólo a objetos, que si se introducían por la vía vaginal o anal daban lugar a la apreciación de esta modalidad agravada de agresión sexual. El problema radicaba en que la jurisprudencia circunscribía el término de objetos a las cosas inanimadas o inertes, por lo que no englobaba ni los dedos ni la lengua, lo que comportaba que la penetración digital o lingual por vía vaginal o anal se castigase en virtud del tipo básico de agresión sexual. La STS 128/1999, de 5 de marzo, recuerda este asentado criterio refrendado, inclusive, por la Circular FGE 2/1990, de 1 de octubre, que entiende a su vez por objetos las cosas inanes, excluyendo la penetración digital o lingual. Repárese, también, en la STS 1728/1999, de 5 de abril (penetración digital) o en la STS 1214/2002, de 1 de julio (penetración lingual) que rechazan apreciar acceso carnal en los supuestos respectivos. Finalmente, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo la expresión «miembros corporales» para subsanar esta cuestión.

⁷⁵ Vid. MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R. en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) *et al.* (2016). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, España, p. 316. Ello, sin perjuicio de que a efectos de verificar el agotamiento del delito pueda considerarse el orgasmo o la eyaculación como circunstancia fáctica que marque el momento en el que un delito se agota y otro se inicia; *vid.* STS 994/2011, de 4 de octubre, FD 7º.

⁷⁶ Vid. BOLDOVA PASAMAR en ROMEO CASABONA, C. M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2016). *Derecho Penal. Parte Especial... Op. cit.*, p. 196.

⁷⁷ Tanto la jurisprudencia como la doctrina han venido declarando que para la consumación del delito basta la “*conjunctio membrorum*”, siendo completamente intrascendente la eyaculación “*inmissio seminis*” o que la “*inmissio penis*” sea completa; *cfr.* STS 1297/1982, de 28 de octubre. Ahora bien, ciertamente, en alguna ocasión desde el prisma probatorio se ha requerido la “*inmissio seminis*”. Vid. MONGE FERNÁNDEZ, A. en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (Dir.) (2022). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), España.

⁷⁸ Vid. STS 804/2006, de 20 de julio, FD 5º.

⁷⁹ Vid. STS 348/2005, de 17 de marzo, FD 1º.

pasivo⁸⁰. Y, en fin, en lo que respecta al coito anal, se producirá la consumación del delito cuando el pene se introduzca por el orificio anal⁸¹.

La realización imperfecta del delito conllevará la apreciación del delito de agresión sexual del art. 179 CP (violación) en grado de tentativa, siendo imponible la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado de conformidad con el art. 62 CP⁸².

2.3.3. Modalidades agravadas

El art. 180.1 CP enumeraba un catálogo de circunstancias agravatorias susceptibles de aplicarse tanto al tipo básico de la agresión sexual (art. 178 CP) como al delito de violación (art. 179 CP), asociándole respectivamente penas de prisión comprendidas entre los cinco a diez años en el primer caso; y entre los doce a quince en el segundo. Dichas circunstancias eran las siguientes:

«1.^a Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

2.^a Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

3.^a Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

4.^a Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima⁸³.

⁸⁰ No es necesario, en este sentido, que traspase los dientes, entendiéndose también consumado el acceso carnal bucal cuando el miembro viril se introduce entre los labios y los dientes; cfr. STS 834/2002, de 13 de mayo.

⁸¹ En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que, para entender consumado el acceso carnal en la agresión sexual por vía anal, es suficiente que quede acreditado el comienzo de la penetración en la cavidad anal; con independencia de que se hubiere introducido o no en forma plena. Siempre y cuando, la conducta no consista en un mero roce o tocamiento superficial. Cfr. STS 418/2019, de 24 de septiembre, FD 5º.

⁸² En este sentido, puede resultar interesante la lectura de la STS 1521/2004, de 14 de diciembre, en la que se conocen unos hechos acaecidos en julio de 2003 —esto es, antes del cambio legislativo que introdujo, como se ha dicho con anterioridad, la expresión «miembros corporales» para tipificar la penetración digital o lingual— en los que el acusado con el ánimo de yacer y acceder carnalmente a la víctima tan sólo llega a introducir los dedos por vía vaginal y, finalmente, la intención se frustra por causas ajenas a la voluntad del autor.

⁸³ Nótese además esto otro, la dicción del precepto cuya literalidad alude exactamente a «ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines» impide dar acogida en este subtipo a las relaciones de parentesco colateral, como la existente entre primos o tío-sobrino. Sobre este particular, resulta de interés dar lectura a la STS 384/2018, de 25 de julio, (especialmente a su FD 4º). Lo anterior se subsana tras la reforma operada por la LO 4/2023, de 27 de abril, que se comentará con más detenimiento *infra*, la cual da una redacción más genérica aludiendo simplemente a cuando medie una relación «de parentesco» (lo recoge así el nuevo art. 180.1.5ª CP).

5.ª Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas».

Finalmente, el ordinal segundo del art. 180 CP preveía una hiperagravación para cuando concurren dos o más de las aludidas circunstancias agravatorias que contempla en su primer apartado, obligando en tal caso a imponer las penas indicadas en su mitad superior.

2.4. Abuso sexual

2.4.1. Tipo básico

El art. 181.1 CP recogía la modalidad típica básica del derogado delito de abuso sexual, como se consigna a continuación:

«El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses».

Como se desprende de su redacción, el delito de abusos sexuales consistía esencialmente en la realización de actos de carácter sexual contra una persona sin su consentimiento y sin que medie violencia ni intimidación. De suerte que, era este último elemento, la ausencia de los medios comisivos de la violencia y la intimidación, lo que le distinguía respecto al delito de agresión sexual al que complementaba para tutelar la libertad sexual. Siendo así, todo lo dicho respecto a la agresión sexual en relación con los actos típicos y su significación lasciva es igualmente sostenible en este campo de los abusos.

La ausencia de consentimiento prestado por el sujeto pasivo puede deberse a que no concurra porque la víctima se oponga al mantenimiento de la relación sexual, bien porque no preste su anuencia o no se halle en condiciones de prestarla; e, igualmente, puede que concurra el consentimiento de la víctima, pero carezca de validez o esté viciado, escenario en el que, en puridad, tampoco existiría un consentimiento idóneo a los efectos de excluir la tipicidad de la conducta.

En esencia, el tipo básico de los abusos sexuales del art. 181.1 CP funcionaba como un tipo residual o de recogida que daba cabida a todas las modalidades de atentados a la libertad sexual de una persona en las que no concurrían los medios comisivos típicos de la agresión sexual (ni violencia ni intimidación). A partir de ahí, el propio art. 181.2 CP establecía una serie de supuestos en los que *ex lege* se niega la existencia de consentimiento⁸⁴. Tal es el caso de cuando se ejecutan actos de naturaleza sexual «sobre personas que se hallen privadas de sentido», dada la imposibilidad de que puedan prestar su aprobación, por ejemplo, por hallarse dormidas o inconscientes, bien por encontrarse sedadas, en coma o en estado de intoxicación por alcohol y/o drogas. En idéntico sentido ocurre, si se abusa de su «trastorno mental» —persistente o transitorio⁸⁵—, como casos en los que la víctima padezca oligofrenia, enajenación mental u otra patología semejante que, en todo caso, le impida comprender la trascendencia y repercusión sexual del acto⁸⁶. También si se cometen «anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto», escenarios en los que se engloban métodos como el suministro subrepticio de compuestos farmacológicos que induzcan a la víctima a estados de inconsciencia o somnolencia, p. ej., la conocida burundanga, técnicamente denominada como escopolamina⁸⁷. Estos últimos casos, conocidos como *sumisión química* han sido criticados por no considerarse equiparables a la violencia a los efectos de integrar el delito de agresión sexual⁸⁸, como por otra parte sí sucede en los delitos patrimoniales respecto del robo violento⁸⁹. La consideración legal

⁸⁴ GARCÍA RIVAS, N. / TARANCÓN GÓMEZ, P. en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.) (2021). *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial (I). Delitos contra las personas*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, España, p. 1160.

⁸⁵ Obviamente, si los trastornos se dan de forma discontinua o transitoria, deberá coincidir el brote o episodio con el aprovechamiento de tal situación por parte del autor. Cfr. DIEZ RIPOLLÉS en DIEZ RIPOLLÉS, J. L. / ROMEO CASABONA, C. M. (Coords.) (2004). *Comentarios al Código Penal, Parte Especial II... Op. cit.*, p. 315.

⁸⁶ Vid. STS 538/1999, de 9 de abril, FD 3º.

⁸⁷ Vid. STS 983/2022, de 21 de diciembre, en la que se condena por un delito de abusos en la modalidad de la anulación de la voluntad de la víctima del art. 181.2 CP a un sujeto que suministró a su expareja distintas benzodiazepinas y ansiolíticos de forma encubierta en las comidas, haciéndole caer en un estado de profunda somnolencia para realizarle actos de contenido sexual, tocamientos y penetraciones varias.

⁸⁸ En el argot anglosajón se alude a estos supuestos como *drug facilitated sexual assault* (DFSA), concepto en el que se engloban tanto los casos de sumisión como los de vulnerabilidad química, se habla también de “puñetazo químico”; véase sobre esta referencia GARCÍA RIVAS, N. / TARANCÓN GÓMEZ, P. en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.) (2021). *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial (I). Delitos contra las personas... Op. cit.*, p. 1166. Nótese, además que con anterioridad a la reforma de la LO 5/2010, cuando el agente suministraba de forma inadvertida una droga para procurar un estado de indefensión en la víctima, se podía aquél enfrentar bien a un delito de abusos sexuales, por comprenderlo como un supuesto de privación de sentido; o bien, a un delito de agresión sexual por entender la concurrencia de violencia “impropia”. Sin embargo, el legislador del 2010 zanjó esta cuestión añadiendo un inciso al art. 181.2 en el que se recogía específicamente estos supuestos de sumisión considerándolos abusos. Vid. CARUSO FONTÁN, V. (2013). «La utilización de psicóticos y narcóticos como medio comisivo del delito de robo con violencia o intimidación», *Diario La Ley*, nº 8061.

⁸⁹ La STS 3545/1992, de 16 de noviembre, FD 1º, proclama a este respecto que «[e]l propinar un narcótico que la inmoviliza (tanto o más que si se le atara) y ejercer efectos en todo su organismo, más o menos graves según dosis, edad, contraindicaciones, etc., es una agresión lesiva no inferior al forcejeo, ligaduras, empujones, etc.». Véase también sobre esta

de la sumisión química como un mero delito de abusos, era uno de los aspectos más criticados por la doctrina de la anterior regulación, reclamándose un tratamiento penal de estos fenómenos delictivos más severo, entendiéndolos como supuestos de agresión sexual, por el componente alevoso del medio y por resultar desde una óptica valorativa semejable al despliegue de violencia *stricto sensu*⁹⁰.

Suscita un significativo interés los supuestos en los que la privación de sentido responde a la ingesta voluntaria de alcohol u otras drogas tóxicas por parte de la propia víctima, dando lugar a estados de *vulnerabilidad química*. Circunstancia de mayor susceptibilidad que es aprovechada por otro agente para abusar de una persona que como consecuencia de su estado de (semi)inconsciencia carece de plena capacidad para reconocer la realidad circundante de cuanto sucede. En estos supuestos, se alude frecuentemente al alcance de la «auto puesta en peligro de la víctima», dado que la ingesta deliberada de alcohol o drogas y los efectos desinhibidores anejos son habitualmente buscados en contextos festivos para ganar confianza o facilitar entablar relaciones interpersonales⁹¹. Resulta un tanto disparatado, en estos casos, distraer la responsabilidad desde quien obra de forma antijurídica hacia la propia víctima por su actuación precedente a los hechos punibles. Lógicamente, que una persona —hombre o mujer— en un contexto de ocio nocturno consuma bebidas alcohólicas u otras drogas no puede comportar, en modo alguno, patente de corso que habilite o legitime a cualquier sujeto a aprovecharse sexualmente de su estado letárgico.

Asimismo, también sería discutible si la víctima aceptando el consumo de drogas o sustancias con conocimiento de sus efectos, consiente el inicial comportamiento sexual, entendiéndose implícitamente que ello le otorga a su pareja una facultad libérrima de disposición sobre su cuerpo; pues, evidentemente, el consentimiento de las relaciones sexuales no solamente debe producirse antes del inicio del concreto acto sexual sino que debe persistir a lo largo de su desarrollo, pues la voluntad es susceptible de modificación en el

cuestión BARRUTIA OLIVERI, B. (2015). «Estudio de la sumisión química», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciaria*, nº 117.

⁹⁰ Vid. SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (2019). «El concepto de violencia y el problema de la “sumisión química” en los delitos sexuales (a propósito de la discusión en España)», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, pp. 18 y 19. También alude a ello JERICÓ OJER, L. en MONGE FERNÁNDEZ, A. (Dir.) (2019). *Mujer y derecho penal, ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, J. M. Bosch, Barcelona, España, p. 327.

⁹¹ Sobre esta cuestión se discute en la SAP de Burgos 340/2018, de 2 de octubre.

decurso del acto sexual y, consigo, el consentimiento es, en todo caso, revocable. Siendo así, tan pronto se advierte la situación de inconsciencia de la persona, un comportamiento diligente obligaría al autor del hecho a cesar con su actuación, al no tener la certeza de que la otra persona conviene en sus deseos⁹².

2.4.2. Abuso sexual con prevalimiento

Respecto al *abuso sexual con prevalimiento* contemplado en el art. 181.3 CP el precepto castigaba con la misma pena «cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima». La penalidad asociada, idéntica a la modalidad básica de abusos del art. 181.1 CP, ha sido objeto de crítica en tanto en cuanto se considera que estas conductas son merecedoras de mayor reproche penal⁹³.

En estos casos, a diferencia de los anteriores, sí concurre consentimiento, pero éste se encuentra viciado o corrompido por hallarse el agente en una situación de prepotencia con respecto a la víctima⁹⁴. En efecto, aquí la conducta sexual no se impone, sino que el autor consigue influir decisivamente en la formación de la voluntad de la víctima embaucándola hacia sus designios⁹⁵. Así, la voluntad en el abuso con prevalimiento estará coartada, pero no anulada completamente.

El concepto de prevalimiento viene referido a una situación de notorio desnivel o asimetría de poder entre el sujeto activo y la víctima por encontrarse aquél en una posición de superioridad de cualquier clase: laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole⁹⁶. La inferioridad relativa de la víctima es lo que, precisamente, le aboca a consentir, al verse restringida de modo relevante su libre capacidad decisional⁹⁷.

⁹² Si prosigue dando continuidad a los actos o se extralimita de los inicialmente realizados (el besuqueo inicial consentido, una vez producido el efecto de inconsciencia da paso a tocamientos y, posteriormente, incluso a acceso carnal) el autor obra representándose como probable la ausencia de consentimiento respecto a esos otros actos sexuales —cualitativamente diversos—, y lejos de abandonar sus propósitos prosigue, asume el eventual atentado a la libertad sexual de su par, obrando al menos bajo dolo eventual.

⁹³ Lo expone BOIX REIG, recordando que estas conductas típicas en el pasado se contemplaban en los delitos de violación, castigándose con la misma pena que la prevista para los atentados sexuales con violencia e intimidación. Cfr. BOIX REIG, J. (Dir.) (2016). *Derecho Penal. Parte Especial, Vol. I...* Op. cit., p. 377.

⁹⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, F. / LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2017). *Derecho penal. Parte especial...* Op. cit., p. 207.

⁹⁵ Vid. RAMÓN RIBAS, E. (2003). «El concepto de intimidación en los delitos de agresiones sexuales. Comentario de la STS 1396/1999, de octubre (RJ 1999,7597)», *Revista de derecho y proceso penal*, nº 10, pp. 263-284.

⁹⁶ Cfr. STS 1102/2009, de 5 de noviembre, FD 3º.

⁹⁷ Cfr. STS 935/2005, de 15 de julio, FD 5º.

De lo anterior se percibe con facilidad, la cercanía conceptual que el prevalimiento guarda con la intimidación. Así es, lo cierto es que resulta compleja la concepción de un prevalimiento que, por mínimo que sea, no posea un sentido intimidatorio, en tanto en cuanto tal proceder está asociado siempre a ciertas dosis de intimidación⁹⁸. Tal planteamiento se ve abonado por la consideración doctrinal del prevalimiento como una intimidación de segundo grado o atenuada⁹⁹ que no suprime absolutamente su libertad, pero que la disminuye drásticamente¹⁰⁰.

En general, en aquellos supuestos en los que se anule la libertad de la víctima mediante la conminación de una amenaza, deberán reputarse como agresiones sexuales, ante la presencia de intimidación; mientras que, si la libertad de la víctima únicamente ha sido sometida a un constreñimiento o mengua, nos hallaremos ante prevalimiento y, por tanto, ante un delito de abuso sexual. En síntesis, ante el prevalimiento, la víctima todavía mantendría un reducto de libertad para optar entre oponerse al atentado a la libertad sexual, exponiéndose a los perjuicios de su resistencia, o bien decidir soportarlo; mientras que cuando existe intimidación, la libertad de la víctima queda suprimida completamente por lo que no cabe oposición posible¹⁰¹.

El TS entiende que así como el prevalimiento se apoya en la existencia de una situación de superioridad capaz de coartar la libertad de la víctima —pero sin ser necesario actos amenazantes de males futuros—, la intimidación, por el contrario, supondría, en un grado superior, la proyección de un mal, identificado y de posible realización, como un componente que llega a suprimir o, cuando menos, a reducir muy notablemente la capacidad decisional de la víctima, la cual es enfrentada a una situación que no le ofrece alternativa posible. La amenaza de dos males coloca a la víctima ante la disyuntiva o «necesidad racional de optar por lo que considera en esos momentos el mal menor, lo que no puede entenderse como su consentimiento al mismo»¹⁰². Concordando con esta idea, también se

⁹⁸ Esta idea se toma prestada de QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (2015). *Derecho penal español. Parte especial*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, España, p. 217.

⁹⁹ Comparte esta interpretación del prevalimiento como una intimidación de segundo grado RAMÓN RIBAS; muy en contra se muestra CUERDA ARNAU. Véase respectivamente RAMÓN RIBAS, E. (2003). «El concepto de intimidación en los delitos de agresiones sexuales. Comentario de la STS 1396/1999, de octubre (RJ 1999,7597)... *Op. cit.*, p. 269; y, también, CUERDA ARNAU, M. L. en FARALDO CABANA, P. / ACALE SÁNCHEZ, M. (Dir.) (2018). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España...* *Op. cit.*, p. 125.

¹⁰⁰ *Vid.* STS 305/2013, de 12 de abril, FD 3º.

¹⁰¹ *Vid.* JERICÓ OJER, L. en MONGE FERNÁNDEZ, A. (Dir.) (2019). *Mujer y derecho penal, ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?... Op. cit.*, p. 307.

¹⁰² *Vid.* STS 9/2016, de 21 de enero, FD 1º, con cita de otros muchos pronunciamientos precedentes.

sostiene que, en el prevalimiento, «la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación, pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente»¹⁰³.

Lo anterior se traduciría en canalizar por vía del prevalimiento hacia los abusos aquellos supuestos en los que la intimidación generada no alcanzaba la entidad suficiente que exigía la intimidación típica de las agresiones sexuales¹⁰⁴, de manera que, al subsumir supuestos de intimidación atenuada en el delito de abusos con prevalimiento, la calificación jurídica resultante determinaba que la víctima consintió —aunque de forma viciada—, incluso sugeriría que conservando un ápice de libertad podía haber repelido el ataque a su libertad sexual, lo que, a la postre, revictimiza a quien fue intimidada¹⁰⁵.

En mi opinión aquí radica cierta confusión, recuérdese que la intimidación típica de la agresión sexual es un concepto normativo que no tiene por qué corresponderse con el significado vulgar socialmente atribuido al término. En este caso, el prevalimiento incorpora un componente de intimidación innegable desde una perspectiva social, pues si el proponente de la iniciativa sexual detenta una posición de superioridad o dominación respecto de la víctima, ésta puede fácilmente percibir los eventuales perjuicios que para ella se derivarían de su oposición, sintiéndose así incomodada, inquietada o amedrentada y, de esta forma, transige el acto libidinoso. ¿Significa ello que consiente? No. Es verdad que el tenor literal comprende que en tal tesitura se otorga un consentimiento, pero no entendido como producto de la querencia, apetencia o libre deseo sexual de la víctima, sino como resultado de la resignación forzada que ésta adopta ante la superioridad de su agente. De esta forma, el consentimiento al que se refiere el precepto aludiría a

¹⁰³ *Vid.* STS 542/2013, de 20 de mayo, FD 5°.

¹⁰⁴ Esto es, cuando el mal no alcanzaba el nivel de gravedad suficiente o se refería a una amenaza de males futuros remotos o alejados en el tiempo inidóneos para integrar la intimidación propia de las agresiones sexuales. Por ejemplo: un jefe le insinúa a su subordinada que no será ascendida o promocionada en la empresa, de no atender su propuesta sexual. Realmente, como consigna ASÚA BATARRITA, esta modalidad de abuso estaba concebida para acoger los supuestos más graves de acoso sexual; y, asimismo, se pretendía contemplar un tipo intermedio adecuado para la tutela de casos fronterizos, en los que, con anterioridad a la previsión del abuso sexual por prevalimiento, conducía a un escandaloso número de absoluciones. Cfr. ASUA BATARRITA, A. (1998). «Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico... *Op. cit.*, (nota al pie nm. 64.).

¹⁰⁵ JERICÓ OJER, L. en MONGE FERNÁNDEZ, A. (Dir.) (2019). *Mujer y derecho penal, ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?... Op. cit.*, p. 309.

condescender¹⁰⁶ o resignarse, que según el DLE equivale a «someterse o entregarse a la voluntad de alguien».

2.4.3. Abuso sexual agravado por acceso carnal

Por su parte, el art. 181.4 CP contemplaba un tipo cualificado atendiendo a la mayor gravedad de los actos de naturaleza sexual que supongan penetración o acceso carnal en semejanza a lo prevenido por el art. 179 CP para las agresiones sexuales. En este sentido, cuando el acto sexual ejecutado hubiera consistido en acceso carnal o conductas asimiladas se imponían penas de prisión de cuatro a diez años¹⁰⁷. Sobre estas cuestiones resulta igualmente propugnable lo antedicho a colación de las agresiones sexuales (véase *supra* apdo. 2.3.2).

2.4.4. Modalidades agravadas

El art. 181.5 CP remitía a las circunstancias agravatorias 180.1.3^a y 4^a del CP, que de concurrir en sede de abusos sexuales, conducían a la imposición de las penas correspondientes a los abusos en su mitad superior.

La circunstancia tercera, recuérdese, hacía alusión a «cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia». Por su parte, la circunstancia cuarta refería a que el autor «se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco [...]». Así, como se podrá observar, las circunstancias que servían para agravar la conducta delictiva coincidían *grosso modo* con la conducta típica de abusos con prevalimiento, por lo que una doble apreciación de cada misma circunstancia podía comportar un *bis in idem*¹⁰⁸. En la práctica, su aplicación era casi inoperante, el precepto remitente a tales agravaciones ha resultado ser “letra muerta”¹⁰⁹.

¹⁰⁶ La primera acepción de consentimiento dice: «Permitir algo o *condescender* en que se haga». Como se observa no se alude a que se permita o condescienda libremente o por propia voluntad, dando cabida así a casos en los que tal permisón está forzada o impuesta.

¹⁰⁷ Repárese en que el tipo básico de abuso sexual, esto es, sin acceso carnal, lleva aparejadas penas de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses (cfr. art. 181.1 CP anterior a la reforma LO 10/2022).

¹⁰⁸ En el caso de la circunstancia cuarta podría apreciarse si la relación de superioridad o parentesco no haya servido para construir el prevalimiento del tipo básico del 181.3 CP. Se podría aplicar si, por ejemplo, el autor le ha suministrado alguna droga o sustancia para anular su voluntad y, además, resulta ser pariente ascendente de la víctima. Sin embargo, la praxis revela la difícil aplicabilidad de estas agravantes en relación con los abusos sexuales.

¹⁰⁹ Lo apunta así CARMONA SALGADO, C. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.) (2005). *Derecho penal español. Parte especial...* Op. cit., p. 281.

2.4.5. Abuso sexual fraudulento o por determinada posición

Por último, el art. 182.1 CP contemplaba una modalidad de abusos fraudulentos¹¹⁰ o con abuso de posición reconocida de confianza en los que el agente para mantener actos de naturaleza sexual utiliza cualquier mecanismo engañoso¹¹¹ o se sirve de la relación de confianza, autoridad o influencia que media entre aquél y la víctima, cuya edad debe estar comprendida entre los dieciséis y los diecisiete años¹¹². En el primer caso, el sujeto activo emplea alguna estratagema o ardid fraudulento que induce un error en la víctima. Este engaño debe ser el que conduzca a la víctima a consentir los actos sexuales¹¹³, aunque de nuevo aquí ese consentimiento se presta de forma viciada. En la segunda modalidad comisiva, «abusar de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima», ciertamente se superpone al delito de abusos con prevalimiento y su inclusión resultaba disfuncional a juicio de parte de la doctrina¹¹⁴. Estas conductas tenían asociadas penas privativas de libertad de entre uno a tres años, y en caso de constituir el acto sexual acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena a imponer era de entre dos a seis años de prisión; elevándose a su mitad superior cuando concurriera la circunstancia 3ª, o la 4ª, de las contempladas en el art. 180.1 CP.

2.5. Requisito de procedibilidad

El art. 191.1 del CP exigía —y exige— como requisito de procedibilidad para la persecución de los delitos de agresión, abuso y acoso sexual la previa interposición de denuncia

¹¹⁰ La contemplación del abuso fraudulento es una reminiscencia del viejo delito de estupro fraudulento concebido para sancionar aquellos casos en los que bajo la falsa promesa de matrimonio una mujer convenía a tener relaciones sexuales con su supuesto prometido, quien ulteriormente incumplía su compromiso ya que en realidad sólo pretendía la satisfacción de sus impulsos sexuales. Cfr. GARCÍA RIVAS, N. / TARANCÓN GÓMEZ, P. en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.) (2021). *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial (I). Delitos contra las personas...* Op. cit., p. 1171.

¹¹¹ Vid. CARMONA SALGADO, C. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.) (2005). *Derecho penal español. Parte especial...* Op. cit., pp. 282 y ss. Si bien en esta citada obra se abordan los abusos sexuales fraudulentos referidos a menores de entre trece y dieciséis años, cuando se castigaba esta modalidad fraudulenta en el art. 183 CP. A partir de la reforma de la LO 5/2010 el delito pasó a englobarse en el art. 182 CP, hasta la reforma operada por la LO 1/2015, la cual hizo que la tutela de la indemnidad sexual de los menores con edad inferior a los dieciséis años pasara a regularse en el Capítulo II bis del Título VIII.

¹¹² Antes de la reforma del 2015 se tutelaba a los menores de edad de entre trece y dieciséis años.

¹¹³ Cfr. BOIX REIG, J. (Dir.) (2016). *Derecho Penal. Parte Especial, Vol. I...* Op. cit., p. 380.

¹¹⁴ Esta otra modalidad comisiva se introdujo por la reforma arbitrada por la LO 1/2015, motivada a su vez por el art. 3.5.i) de la Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011. Véase respecto a su inconveniencia los comentarios de SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.) (2015). *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, España, pp. 605 y 606; también, aunque entiende que no es exactamente equiparable al prevalimiento del 181.3 CP, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L. en MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.) (2015). *Estudios sobre el Código Penal reformado, (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, España, pp. 444 y 445.

por parte de la persona agraviada o de su representante legal, si bien cabe querrela del Ministerio Fiscal.

En principio, por tanto, los delitos de agresión y abuso sexuales (ahora, todo agresión sexual) se configuran como delitos semipúblicos, en los que su perseguibilidad queda subordinada a la voluntad de la pretendida víctima, quien deberá comunicar la *notitia criminis* a través de la denuncia¹¹⁵. Esto es, la iniciación y consiguiente precipitación del proceso penal queda en manos del titular del bien jurídico agraviado por ser quien ha de, eventualmente, soportar la afectación que la investigación y enjuiciamiento de los hechos generará sobre su intimidad¹¹⁶. Su fundamento reside precisamente en la intensa imbricación del bien jurídico de la libertad sexual con la esfera íntima de su titular¹¹⁷, siendo así que el legislador permite evitar al sujeto pasivo del delito los fenómenos de victimización secundaria originados durante el proceso penal, como la constante rememoración de los traumáticos episodios padecidos¹¹⁸ o la publicidad de los hechos en su entorno social y familiar¹¹⁹.

No obstante, el precepto faculta igualmente al Ministerio Fiscal a perseguir de oficio estos delitos —sin que medie denuncia del agraviado— si en el caso concreto han de preponderar los intereses públicos sobre los privados¹²⁰. En efecto, en línea con la paulatina “desprivatización” de estos delitos, el Ministerio Fiscal puede promover la acción penal

¹¹⁵ En este sentido, la jurisprudencia del TS por boca de su Sala Segunda ha ido flexibilizando este requisito de perseguibilidad, entendiendo que se colma tal exigencia con la presentación *in voce* de denuncia, sin resultar necesario su recepción formal por escrito (STS 272/2001, de 19 de febrero). Asimismo, también cuando el perjudicado se persona como acusación particular en la causa tras el ofrecimiento de acciones o siendo conocedor de la existencia del proceso, no manifiesta su oposición. Igualmente, «la mera anuencia pasiva a la prosecución del proceso, convalida la inexistencia de denuncia inicial» (STS 1341/2000, de 20 de noviembre).

¹¹⁶ Vid. VIVES ANTÓN, T. S. (1996). *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. 1 (Arts. 1 a 233), Tirant lo Blanch, Valencia, España, pp. 974-975.

¹¹⁷ Vid. DIEZ RIPOLLÉS, J. L. / ROMEO CASABONA, C. M. (Coords.) (2004). *Comentarios al Código Penal, Parte Especial II... Op. cit.*, p. 576.

¹¹⁸ Vid. GOENAGA OLAIZOLA, R. (octubre 1997). «Delitos contra la libertad sexual», *Eguzkilore*, Núm. Extraordinario 10, pp. 95-120, (p. 117).

¹¹⁹ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.) (2012). *Código Penal Comentado, Tomo I*, 3ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, España, pp. 735-736.

¹²⁰ Esta posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda actuar de oficio una vez ponderados los intereses en conflicto hace que, según parte de la doctrina procesalista, estos delitos experimenten una mutación en su naturaleza debiendo considerarse como delitos públicos respecto a los que existen particularidades en su persecución atendiendo a criterios de oportunidad. Véase, en este sentido, VECINA CIFUENTES, J. / VICENTE BALLESTERO, T. (2017). «Las manifestaciones del Principio de Oportunidad en el proceso penal español», *Revista Derecho y Sociedad*, nº 50, pp. 307-323 (p. 315), con cita de GÓMEZ COLOMER, J. L. (1996). *Constitución y Proceso Penal*, Tecnos, Madrid, España (p. 122). A mi parecer, sin embargo, en estos delitos *de lege lata* sigue apreciándose un dualismo o bicefalia público-privada respecto a su naturaleza, con lo que estos delitos deben seguir reputándose como semipúblicos, y ello porque la voluntad de la víctima sigue desempeñando un elemento axial en lo que atañe a su persecución. Si bien debe reconocerse que el carácter semipúblico de estos delitos se halla escorado hacia su vertiente pública ante la posibilidad de que la fiscalía pueda impulsar de oficio su persecución mediante querrela.

motu proprio «ponderando los legítimos intereses en presencia». Así, el juicio ponderativo que ha de preceder a la formulación de querrela por parte del Ministerio Fiscal debe tener en consideración no sólo los intereses particulares del agraviado, en aras de salvaguardar su intimidad y bienestar psicológico, sino también el interés público que aconsejaría la persecución de los hechos, con base en el reproche social y la potencial reincidencia o la peligrosidad del autor¹²¹. A este propósito, el Ministerio Fiscal deberá cursar la correspondiente consulta al agraviado para conocer su avenimiento u oposición en la persecución de estos delitos¹²². De esta manera, a pesar de su naturaleza semipública, en ciertas ocasiones la voluntad de la víctima vence y queda desplazada por la acusación pública ante la concurrencia de un interés general preponderante que justifique la intervención penal¹²³. La voluntad de la víctima resulta así relevante pero no decisiva puesto que el Ministerio Fiscal puede siempre actuar de oficio si tras la ponderación de intereses en discordia lo considera procedente de acuerdo con el principio de oportunidad que le confiere el precepto mentado¹²⁴.

Una vez se inicie el proceso penal, su continuidad se sigue como si fuese un delito público, sin que sea indispensable la personación de la víctima en calidad de acusación particular, cuya presencia será, en todo caso, contingente y no necesaria, y sin que pueda operar el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad criminal (ex art. 191.2 CP). Por otra parte, en aquellos supuestos en los que el sujeto pasivo sea menor de edad, persona con algún tipo de discapacidad necesitada de especial protección o persona desvalida, bastará con la denuncia del Ministerio Fiscal conforme al art. 191.1 *in fine* CP¹²⁵, lo cual no deja de entrañar una manifestación de las funciones tuitivas confiadas a la fiscalía en la defensa del interés público y social.

¹²¹ A tal fin, el Ministerio Fiscal puede practicar diligencias preprocesales para aquilatar los concretos legítimos intereses presentes en el caso al objeto de decidir sobre la interposición preceptiva de querrela, archivando tales diligencias tan pronto tenga constancia de la voluntad contraria de la víctima en la no persecución del delito. Ello es revelador, puesto que delata así la excepcionalidad de que actúe de oficio en contra de la voluntad de la víctima (véase Circular FGE 2/2022, de 20 de diciembre, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal, p. 85).

¹²² MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R. en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) *et al.* (2016). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal...* Op. cit., pp. 408-409.

¹²³ Cfr. STS 917/2016, de 2 diciembre, FD 2º.

¹²⁴ Huelga decir, pese a todo, que *de facto* el Ministerio Fiscal no acostumbrará a promover la acción penal cuando se advierta la contrariedad de la persona ofendida por el delito, pues la renuencia de la víctima comportará una rémora para la obtención de un fallo condenatorio, en vista de las especiales dificultades probatorias inherentes a esta clase de delitos.

¹²⁵ En este tipo de ocasiones, en las que, a pesar de la naturaleza semiprivada de los delitos, se concede legitimación al Fiscal para la iniciación de la persecución penal con base en la especial situación de protección que merece la víctima (por su minoría de edad, discapacidad, etc.), éste no pueda fundar su decisión de denunciar en criterios de oportunidad, sino

2.6. Breve alusión a las cuestiones probatorias

El proceso penal, como es sabido, tiene una dimensión epistémica perfectamente adverteble en las normas procesales que lo gobiernan, con la quimérica aspiración de averiguar la verdad de los hechos y depurar la responsabilidad criminal que se derive de ellos. No obstante, este reto exige la escrupulosa observancia de ciertos principios sagrados como lo son la presunción de inocencia o el de *in dubio pro reo*. El juego de éstos conduce a que sea sobre la acusación donde recaiga la carga de la prueba, y deba ser ésta la que, sirviendo de ese *onus probandi*, despliegue el suficiente arsenal probatorio para desvirtuar la presunción de inocencia de la que goza el acusado por mandato constitucional (*ex art. 24.2 CE*).

En el ámbito de los delitos contra la libertad sexual el nudo gordiano lo encarna su vertiente probatoria, pues como es sabido, en la inmensa mayoría de ocasiones los hechos se perpetran en contextos de intimidad o espacios sin la presencia de terceros, derivando en que únicamente los sujetos del delito —víctima y agresor— vivan y conozcan lo realmente acontecido. Ello se traduce en que, muchas veces, la única prueba de cargo sea la declaración de la víctima, cuya calidad puede además verse comprometida por el estado post-traumático y el nefasto efecto y repercusión que éste origina en el recuerdo, retención y memoria de la vivencia por parte de la víctima.

Sin ánimo de exhaustividad únicamente interesa aludir que el testimonio de la víctima como única prueba de cargo puede perfectamente resultar hábil para enervar la presunción de inocencia del acusado y llevar a la convicción psicológica del juez sobre la culpabilidad de aquél¹²⁶. Ahora bien, para que ello ocurra, la ya inveterada jurisprudencia del TS exige la satisfacción de una serie de requisitos o estándares conocidos conjuntamente como “triple test” y que se consignan a continuación:

a) *ausencia de incredibilidad subjetiva*, derivada de las relaciones entre el acusado y la víctima, que pudieran traslucir la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad,

atendiendo estrictamente a la tutela más adecuada de los intereses del ofendido. En este sentido, MONTERO AROCA, J. (Coord.) (2019). *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, p. 78.

¹²⁶ En efecto, el actual modelo de proceso penal inspirado en un sistema de libre valoración de la prueba ha desterrado el tradicional axioma *testis unus testis nullus* (un testigo solo, testigo nulo) propio de los sistemas de prueba tasada.

venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la necesaria aptitud para generar certidumbre;

b) *verosimilitud* de las manifestaciones de la víctima, es decir, se requiere que éstas hayan de estar rodeadas de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que las doten de aptitud probatoria, constatando la existencia del hecho;

c) *persistencia en la incriminación*, esto es, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones sustanciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima en el curso del procedimiento, tanto en su versión general de los hechos como en sus particularidades y circunstancias más relevantes y significativas¹²⁷.

Siendo así, en muchas ocasiones, tal y como se ha mentado, es evidente que en un primer momento cuando la víctima interponga la denuncia su estado no le permitirá recordar y narrar los hechos con una adecuada clarividencia, que el efecto distorsionador de la memoria se agudice, que en la decodificación del recuerdo se omitan o añadan datos y, *a posteriori*, se rectifiquen —o no—, que se generen lagunas en el recuerdo, que al relatar los hechos la voz adquiera un tono titubeante o dubitativo. De igual forma, la dilatación temporal inherente a todo proceso judicial junto con el carácter traumático de la experiencia seguramente conlleve a que la víctima incurra en ciertas contradicciones o se desdiga en parte a sí misma¹²⁸. Todo ello es natural e incluso dota al testimonio de una mayor credibilidad, pues si las declaraciones prestadas en distintos momentos fueran idénticas, exactas o absolutamente coincidentes podría deducirse que todo responde a un impostado guion previo. En consecuencia, siempre que no se incurra en contradicciones graves o sustanciales, debería darse por cumplimentado el último de los requisitos antedichos¹²⁹.

Ilustrando más este punto, es de consignar que las garantías conferidas respecto a quien se formula la imputación de un hecho delictivo deben respetarse escrupulosamente, sin

¹²⁷ Véase, por ejemplo, la STS 257/2021, de 18 de marzo y la STS 952/2013, de 5 de diciembre.

¹²⁸ La psicología del testimonio, en base a investigaciones clínicas, considera que los recuerdos traumáticos, como las agresiones sexuales, tienden a ser reprimidos por nuestra mente gracias a mecanismos de defensa para evitar el sufrimiento. Cfr. MAZZONI, G. (2010). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, Editorial Trotta, Boloña, Italia, p. 100.

¹²⁹ En todo caso, se deduce con facilidad que en estas condiciones resulta harto dificultoso armar una sentencia condenatoria, pues la fragilidad de la prueba desplegada por la acusación tan pronto se someta a los principios de inmediación y contradicción en el plenario, puede quedar seriamente debilitada por la defensa. Así las cosas, la libre valoración de la prueba por parte del juez bajo su sana crítica puede no permitirle alcanzar la íntima convicción sobre la culpabilidad del acusado, desembocando entonces en su absolución.

perjuicio de que lo anterior no sea incompatible con que los poderes públicos y, particularmente, la Administración de Justicia brinden a la afirmada víctima una atención y apoyo que minimice los inconvenientes o sufrimiento que experimentará a lo largo del trance procesal¹³⁰. La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y, en fin, la caridad humana más elemental, obliga a velar porque la víctima se sienta arropada por los poderes públicos, en primer término, proveyendo su seguridad personal como necesidad más perentoria y, tras ello, dispensándole información, apoyo, asistencia y atención, entre otras cuestiones¹³¹. En el ámbito de los delitos sexuales cobran especial importancia medidas que eviten el contacto visual entre la pretendida víctima y el supuesto autor de los hechos¹³²; la asistencia por profesionales específicamente formados; o la posibilidad de que la declaración prestada en instrucción pueda convertirse en prueba preconstituida a fin de evitar su repetida comparecencia en el acto del juicio oral¹³³.

Aun con todo, que las garantías procesales se conjuguen con la debida asistencia y apoyo de la víctima no quita que el órgano jurisdiccional —ya sea el instructor o el de enjuiciamiento— deba tener siempre en mente que la persona del acusado sigue siendo a ojos de la ley inocente. Lo anterior debe traducirse en lo siguiente: aunque se confíe en la palabra de la víctima, si el arsenal probatorio de cargo resulta ser débil o insuficiente para fundar un fallo condenatorio, deberá dictarse siempre una resolución absolutoria.

¹³⁰ En relación con el trato exigible y las buenas prácticas de actuación judicial en clave de perspectiva de género véase el reciente estudio SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J. (2023). «La perspectiva de género en la interpretación de las leyes penales, sustantivas y procesales», *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, nº 4, pp. 114-137.

¹³¹ Véase el art. 3.1 de los derechos de las víctimas de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

¹³² En este sentido, sería muy positivo la acomodación material de las infraestructuras judiciales para procurar unas instalaciones más modernas que se conciben y diseñen arquitectónicamente con el espíritu mentado. Hoy por hoy, en muchas ocasiones, los juzgados tienen sedes descuidadas y medios materiales ciertamente precarios que se traducen en un cumplimiento muy deficiente de estas medidas preventivas de la revictimización. La existencia de un único acceso a la sala de vistas, la inexistencia de una entrada o sala de espera *ad hoc* para estas personas protegidas, el no establecimiento de un paso diferenciado al del acusado o la provisión de biombo o paneles divisores de poca calidad, no ayudan a atemperar el ambiente hostil percibido por la víctima y fuerzan a jueces y funcionarios a hacer malabarismos, por ejemplo, hacer esperar a la víctima tras la conclusión del juicio unos minutos para que el acusado abandone las instalaciones del juzgado y, así, evitar que estos coincidan a la salida; o que por resultar el cable del micrófono demasiado corto tenga que situarse a la víctima parapetada en el biombo pero a una distancia excesivamente próxima a donde se sitúa el acusado. Al menos estas fueron las impresiones personales que intuí en la realización de las prácticas en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Amurrio y en el Juzgado de lo Penal nº 6 de Bilbao (especializado en violencia de género).

¹³³ En estos casos, siempre que proceda conforme a los supuestos previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A este respecto, la práctica de la declaración de la víctima como prueba preconstituida es obligada en víctimas menores de catorce años o personas discapacitadas según el art. 449 ter LECrim. y sólo excepcionalmente puede acordarse su comparecencia en el plenario o acto del juicio oral (*ex art. 703 bis LECrim.*). Sin embargo, respecto a víctimas mayores de edad, actualmente, la regla general es la obligación de prestar su testimonio en el plenario para que surta plenos efectos probatorios.

3. LOS DELITOS SEXUALES TRAS LA REFORMA

Considerando cuanto antecede, es momento de abordar los cambios legislativos adoptados. Primeramente, aquellos operados por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, que se estudiarán en este epígrafe y, tras ello, los definitivamente acometidos en la contrarreforma auspiciada por la LO 4/2023, de 27 de abril. Ahora bien, debe anticiparse que todo el exhaustivo análisis dedicado a la regulación originaria se justifica, de un lado, para comprender aquellos aspectos deficientes que presentaba la configuración de los delitos contra la libertad sexual, los cuales han ido paulatinamente apuntándose; de otro, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia aludida y condensada vuelve a tener plena vigencia toda vez que la contrarreforma ha supuesto un retorno parcial a la regulación primigenia.

3.1. Causas de la reforma

Un estudio solícito de la reforma obliga a esbozar, en primer término, las causas que motivaron la excitación del legislador a fin de promover la modificación legal.

A tal efecto, no se puede soslayar el hecho de que la política criminal, de un tiempo a esta parte, ha estado conducida ciertamente por un oportunismo siempre con miras al rédito electoral; estando así condicionada al sentimiento visceral del vulgo social y al populismo punitivo con el que aquel se atiende por el poder político¹³⁴. Se han abrazado de nuevo las viejas teorías de la retribución como fin principal de la pena, dando importancia al simbolismo del castigo como exteriorización de la ira y el resentimiento social, pretendiendo aplicar medidas de «mano dura»¹³⁵. En este sentido, recurrir a la legislación penal representa una útil solución para los gobiernos, que pueden así aparentar su capacidad resolutoria de la criminalidad, transmitir la imagen de que no han permanecido impasibles ante los problemas sociales, que procuran soluciones inmediatas para combatirlos, encubriendo la realidad y acallando las críticas¹³⁶.

¹³⁴ En este sentido, uno de los actos de mayor populismo punitivo, sino el que más, fue la introducción de la prisión permanente revisable al calor de casos particulares que conmocionaron a la opinión pública.

¹³⁵ Se condensa muy bien la idea de esta tendencia punitivista en PINTO PALACIOS, F. (2019). *La prisión permanente revisable. Los límites del castigo en un Estado de Derecho*, Wolters Kluwer, Madrid, España, pp. 33-38.

¹³⁶ Vid. FUENTES OSORIO, J. L. (2015). «Los medios de comunicación y el derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7, p. 41.

Siendo así, en los Sanfermines del año 2016 acaeció el conocido como “caso de La Manada”¹³⁷, en el que cinco jóvenes corpulentos de entre veinticuatro y veintisiete años, entrada la madrugada, condujeron a una chica de dieciocho años a un cubículo interno de un portal y allí, en dicho lugar solitario, angosto y sin escapatoria, la rodearon y practicaron diversos actos de naturaleza sexual, incluyendo penetraciones y accesos carnales por distintas vías y ejecutadas iterativamente por varios sujetos¹³⁸. Si ya el caso suscitó una notable conmoción social, la respuesta ofrecida por la sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de Navarra provocó una contestación popular sin parangón. La sentencia condenó a 9 años de prisión a cada uno de los acusados¹³⁹, al calificar los hechos como un delito continuado de abusos sexuales con prevalimiento, comprendiendo que la situación de desnivel generada entre los cinco sujetos y la chica debía englobarse en el concepto de prevalimiento y no en el de intimidación, que hubiera conducido a un juicio de subsunción diferente, correspondiéndole el calificativo de agresión sexual con penetración, o sea, violación del art. 179 CP, con la consiguiente elevación de las penas impuestas. Tal pronunciamiento incluyó el voto particular de uno de los tres magistrados en el que puso de manifiesto su disenso respecto a la mayoría, inclinándose por la absolución de los acusados y afirmando, según su libre valoración de la prueba, que no apreciaba falta de consentimiento, pero sí de una «desinhibición total y explícitos actos sexuales en un ambiente de jolgorio y regocijo en todos ellos» (*sic*)¹⁴⁰.

El escándalo pronto suscitó un caldo de cultivo idóneo para la desinformación y la tergiversación de la realidad, y así es como la sociedad acogió la idea de que la sentencia no

¹³⁷ Se nombró así, ya que los amigos que cometieron los hechos enjuiciados, a excepción de Ángel Boza Florida, compartían junto con más personas un grupo de WhatsApp en el que se autodenominaban “la Manada”. A este chat de WhatsApp y a otro llamado “Disfrutones SFC”, uno de los acusados, José Ángel Prenda Martínez, envió mensajes del tipo “follándonos a una los cinco”; “todo lo que cuente es poco”; “puta pasada de viaje”; “hay video” (*sic*).

¹³⁸ Véase los hechos probados recogidos en la SAP de Navarra 38/2018, de 20 de marzo. «En concreto y al menos “la denunciante” fue penetrada bucalmente por todos los procesados; vaginalmente por Alfonso Jesús Cabezuelo y José Ángel Prenda, éste último en dos ocasiones, al igual que Jesús Escudero Domínguez quien la penetró una tercera vez por vía anal, llegando a eyacular los dos últimos y sin que ninguno utilizara preservativo».

¹³⁹ *Vid.* SAP de Navarra 38/2018, de 20 de marzo. Se condenó a su vez a uno de los acusados, Antonio Manuel Guerrero Escudero, como autor de un delito leve de hurto a dos meses de multa con una cuota diaria de quince euros, por sustraer el teléfono móvil de la víctima tras la ejecución de los hechos.

¹⁴⁰ Este extracto del voto particular formulado por el magistrado D. Ricardo J. González González originó una crítica un tanto exacerbada, incluso por parte de responsables públicos, como por D. Rafael Catalá, a la sazón, ministro de Justicia, quien, refiriéndose al magistrado, declaró que «todos saben que este juez tiene un problema singular». A mi modo de ver, esa expresión empleada para exponer su juicio fáctico fruto de la práctica de la prueba durante el plenario y bajo el principio de inmediación, fue probablemente desafortunada, sin embargo, es necesario apuntar que pese a la previsible reacción mediática, el magistrado, en el ejercicio de su independencia judicial, quiso libremente reflejar su discrepancia emitiendo un voto particular, opción que faculta —pero no obliga— el art. 157.2 LOPJ («Si lo desea, podrá formular voto particular, escrito y fundado [...]»), y ello merece ante todo respeto sin perjuicio, naturalmente, de la posible crítica que motive, pero nunca el insulto personal o el escarnio público al que fue sometido.

daba credibilidad al testimonio de la víctima, acuñándose eslóganes como el de «hermana, yo sí te creo» y sucediéndose numerosas manifestaciones por toda la geografía española en su protesta¹⁴¹. De forma paralela, aumentó la perplejidad colectiva por haber calificado los hechos como un abuso sexual en vez de como una violación, «¡no es abuso, es violación!». En fin, lo cierto y verdad es que los hechos probados confirmaron la versión de la víctima, y que respecto a la calificación jurídica de tales hechos existieron dudas técnicas a lo largo de su recorrido procesal¹⁴². El recurso de apelación conocido por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Navarra se resolvió confirmando la calificación de instancia, aunque se emitió un voto particular formulado por dos de los cinco magistrados, quienes estimaron que debía haberse condenado por agresión sexual por la apreciación de intimidación¹⁴³. Finalmente, la Sala Segunda del TS por unanimidad resolvió el recurso de casación, revocando la sentencia impugnada, elevando la condena de 9 a 15 años de prisión, al entender que la calificación procedente era la de agresión sexual por considerar la presencia de un contexto de intimidación ambiental y, todo ello, teniendo como base el mismo relato fáctico inalterado de los hechos probados que fijó la referida Audiencia Provincial¹⁴⁴. Resulta curioso el planteamiento de hacer ver que la sentencia de instancia que calificó los hechos como abuso tenía su explicación o razón de ser en la supuestamente defectuosa regulación penal de los delitos sexuales, justificando así su reforma, cuando con base en los mismos hechos y en aplicación de esa misma regulación vigente el Tribunal Supremo corrigió la calificación jurídica¹⁴⁵.

La indignación social del caso tuvo como respuesta política que el entonces ministro de Justicia del gobierno de Mariano Rajoy, Rafael Catalá, instara a la Sección Penal de la

¹⁴¹ Véase, entre otros, El País (27 de abril de 2018). «Miles de personas se concentran en las principales ciudades contra la condena a La Manada». Disponible en: <https://acortar.link/dByiDK>. [Última consulta: 12 de junio de 2024]. En esta cobertura informativa se recogen algunas opiniones como «nos parece indignante que violar en España te cueste nueve años»; «no sé qué consideran violencia»; «justicia patriarcal»; «la mujer parece que no puede salir de fiesta porque si no parece que le da al hombre derecho a violarla»; etc.

¹⁴² Ello es resultado de la delgada línea divisoria existente entre el prevalimiento propio de los abusos y los llamados contextos intimidatorios difusos de las agresiones sexuales. En este sentido, BOLDOVA PASAMAR critica que la sentencia del TS concluyera que la intimidación era apreciable «con claridad» o «sin ningún género de dudas», pues lo cierto es que había dudas al referirse a dos tipos delictivos potencialmente aplicables que parten ambos «de un contexto coercitivo dirigido a doblegar la voluntad de la víctima». Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2019). «Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como “caso de La Manada”», *Diario La Ley*, nº 9500, p. 3.

¹⁴³ Vid. STSJ de Navarra 8/2018, de 30 de noviembre.

¹⁴⁴ Vid. STS 344/2019, de 4 de julio, con ponencia de la magistrada D^a. Susana Polo García.

¹⁴⁵ En un sentido similar MUÑOZ CONDE, F. (2020). «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”», *Revista Criminalia*, vol. 86, nº 1, pp. 221-244 (vid. p. 232).

Comisión General de Codificación el estudio de una reforma de los delitos sexuales¹⁴⁶. Asimismo, el grupo parlamentario de Unidos Podemos, presentó en el Congreso de los Diputados una proposición de ley para eliminar la distinción entre abuso y agresión sexual¹⁴⁷. Aunque, estas iniciativas decayeron por la disolución de las Cortes Generales y la convocatoria de elecciones nacionales, el nuevo gobierno de coalición entre el PSOE y Unidas Podemos retomó tales propósitos aprobando en Consejo de Ministros un anteproyecto de ley, respecto al cual, algunos ministros advirtieron ciertas deficiencias técnicas¹⁴⁸. Finalmente, tras toda la tramitación prelegislativa en la que se emitieron los informes preceptivos correspondientes¹⁴⁹, se presentó el texto al Congreso de los Diputados para su aprobación como proyecto de ley orgánica que fue aprobado en las Cortes el 25 de agosto de 2022, dando lugar a la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, apodada y popularmente conocida como la «Ley del sólo sí es sí», y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 7 de octubre de 2022¹⁵⁰.

Aunque el “caso de La Manada” detonó la iniciativa de reforma de los delitos sexuales, constituyendo su simiente, la gleba en la que eclosionó estaba conformada por todo un movimiento social y feminista contra la violencia machista, expresado en diferentes reivindicaciones. En este sentido, cabría aludir al movimiento de visibilización “*Me Too*” (“yo también”) iniciado en Estados Unidos y a la mayor conciencia social de esta lacra que ha tomado auge en los últimos años¹⁵¹. Asimismo, desde una vertiente normativa,

¹⁴⁶ CRUZ, M. (27 de abril de 2018). «El Gobierno abre cauce a revisar los delitos sexuales en el Código Penal tras la sentencia de La Manada», *El Mundo*. Disponible en: <https://acortar.link/VEByGI>. [Última consulta: 12 de junio de 2024].

¹⁴⁷ Véase «Proposición de Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la erradicación de las violencias sexuales. Presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea», *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, XII Legislatura, Proposiciones de Ley, núm. 297-1, de 20 de julio de 2018. No deja de ser curioso advertir que, en la propuesta, se reformula el art. 179 CP para contemplar un delito de «agresión sexual colectiva» asociándole penas de cinco a ocho años de prisión, que se verían incrementadas a unas penas de entre ocho y doce años en el caso de existir acceso carnal. Recuérdese que la condena de primera instancia a “La Manada” fue de nueve años de prisión por un delito de abuso, siendo criticada por su tibieza. Lo que conduce a la conclusión de que el problema residió en el *nomen iuris*, se quería llamar violación y no abuso, cuando lo que finalmente importa desde una perspectiva penal es la concreta dosis de reproche que se impone.

¹⁴⁸ El Ministerio de Justicia, entonces dirigido por Juan Carlos Campo del PSOE, emitió un informe en el que se apreciaron algunos errores técnicos —en su mayoría gramaticales, de forma, duplicidades, etc.— en la redacción del borrador de anteproyecto emanado del Ministerio de Igualdad de Unidas Podemos, dirigido por Irene Montero. La advertencia de algunos fallos por un ministerio controlado por el PSOE tuvo como reacción la crítica del otro partido que integraba la coalición del Gobierno, Unidas Podemos, que controlaba, precisamente, el Ministerio de Igualdad de cuyo seno emanó dicho borrador del anteproyecto. A este respecto, Pablo Iglesias, entonces vicepresidente del Gobierno de coalición y líder de Unidas Podemos manifestó que «en las excusas técnicas creo que hay mucho machista frustrado» aludiendo al ministro de Justicia.

¹⁴⁹ Los informes preceptivos dictados a lo largo del *iter* legislativo fueron los del Consejo General del Poder Judicial; Consejo de Estado; Consejo Fiscal; Consejo Económico y Social de España; y la Agencia Española de Protección de Datos.

¹⁵⁰ Cfr. Disposición final vigésimoquinta de la LO 10/2022, de 6 de septiembre.

¹⁵¹ Lo expresa la propia exposición de motivos de la LO 10/2022 cuyo apartado I de su preámbulo dice que «[e]n los últimos años, gracias a las movilizaciones y acciones públicas promovidas por el movimiento feminista, las violencias sexuales

resulta igualmente reseñable el conocido como Convenio de Estambul, ratificado por España el 10 de abril de 2014¹⁵², un instrumento jurídico internacional emanado del Consejo de Europa que aborda la violencia y discriminación contra la mujer, obligando, entre otras cuestiones, a los Estados parte a la adopción de medidas para la tipificación como delito de los actos sexuales realizados sin el consentimiento de la persona. Concretamente, conforme a su art. 36.1, cuando se cometan dolosamente «a) La penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b) Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; c) El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero». Estos comportamientos ya resultaban castigados por el Código Penal con anterioridad a la aprobación de dicho Convenio, por lo que no se requirió ningún ajuste o acomodación legal al respecto¹⁵³. Asimismo, este tratado internacional estableció en su art. 36.2 que «el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes».

3.2. La LO 10/2022

En primer término, es de destacar que la LO 10/2022 es una ley integral que, consiguientemente, despliega un gran abanico de medidas transversales en diferentes sectores normativos. La ley incluye medidas de prevención y sensibilización en el ámbito educativo, institucional, laboral, publicitario y castrense. Se establecen también obligaciones para la detección de violencias sexuales en diferentes ámbitos, como el sanitario; medidas formativas en el sector militar, en sanidad, respecto a las Carreras Judicial y Fiscal y demás personal de la Administración de Justicia, abogacía, de medicina legal, etc. La ley dispone también de medidas de asistencia integral para las víctimas, como atención médica y psicológica, acompañamiento, apoyo económico y laboral, asesoramiento jurídico, ayudas de acceso a la vivienda. Además, se preceptúan protocolos policiales especializados, de

han obtenido una mayor visibilidad social y se ha puesto de manifiesto la envergadura de los desafíos [...] para su prevención y erradicación».

¹⁵² Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 137, de 6 de junio de 2014, pp. 42.946 a 42.976. Disponible en: <https://acortar.link/K1z6DJ>. [Última consulta: 12 de junio de 2024].

¹⁵³ La excepción pasaría por la tipificación de las penetraciones orales con objetos a la que parece obligar la letra a) del art. 36.1 del Convenio, las cuales como se dijo anteriormente fueron acertadamente despenalizadas en la reforma de la LO 11/1999, de 30 de abril, y no deberían de ser punibles.

investigación, de protección efectiva y tratamiento a las víctimas de estos delitos. Igualmente, se acometen reformas en materia procesal otorgando mayores facultades a los jueces, como la posibilidad de acordar la medida cautelar consistente en la retirada provisional de contenidos ilícitos o interrupción y bloqueo provisional de servicios o plataformas digitales que ofrezcan tales contenidos¹⁵⁴; también en el ámbito del interrogatorio de los testigos en el que se posibilita la adopción de medidas por el juez para evitar formular preguntas a la víctima sobre su vida privada cuando no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado¹⁵⁵. Y, también, se despliegan cambios en materia de extranjería y Seguridad Social, entre otras muchas cuestiones.

Del conjunto de las disposiciones que contempla, las de naturaleza penal junto con la consternación y escándalo público originado tras las revisiones de condena producidas por la aplicación retroactiva de la nueva regulación penal que se sienta, han eclipsado todo el resto de medidas que en materia de las violencias sexuales la norma despliega. Ahora bien, por este potísimo motivo, es la parte penal de la ley la que ha suscitado mayor atención y constituye el objeto de este trabajo.

En este sentido, la LO 10/2022 emprende una reforma de profundo alcance en los delitos contra la libertad sexual que, en esencia, se resume, de un lado, en la refundición de los delitos de abuso sexual (que desaparecen) y los de agresión sexual, de manera que, ahora todo atentado contra la libertad sexual será constitutivo de un delito de agresión sexual; y, de otro, en la previsión de una definición legal del consentimiento. También se pasa a contemplar como agravante los supuestos de sumisión química en el art. 180.1.7ª CP.

El más importante, sin duda, es la supresión de los abusos, de manera que lo que antes constituía un delito de abusos sexuales ahora se engloba en el delito de agresión sexual, el cual ha pasado a abarcar el espacio de conductas antes tutelado por los abusos.

3.3. Nuevo delito de agresión sexual

3.3.1. Unificación de los abusos y agresiones: “fusión por absorción”

La LO 10/2022, da una nueva redacción al art.178 CP que queda como sigue:

¹⁵⁴ Vid. nuevo párrafo segundo del art. 13 LECrim.

¹⁵⁵ Vid. nuevo párrafo segundo del art. 709 LECrim.

«1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

3. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable».

Como se observa, a partir de esta nueva configuración típica, todo comportamiento de naturaleza sexual llevado a cabo sin el consentimiento de la otra persona será constitutivo de un delito de agresión sexual. Siendo intrascendente el medio del que se haya servido el autor del hecho para imponer el acto sexual, esto es, el medio comisivo utilizado para el doblegamiento de la voluntad de la víctima, imprima o no mayor contenido disvalioso en la conducta global, no tiene aparejada una mayor o menor penalidad *ex lege*. No existe ya, por tanto, una gradación o escala de los diferentes comportamientos atentatorios de la libertad sexual que discrimine en función de su gravedad y les asocie marcos penales precisos y delimitados¹⁵⁶.

Es sabido que el anterior delito de agresión sexual —con violencia o intimidación—, debido a su naturaleza de delito complejo, comportaba un ejemplo paradigmático del fenómeno concursal de la consunción (cfr. regla 3ª del art. 8 CP), en virtud del cual el precepto

¹⁵⁶ La indiferenciación valorativa de los medios comisivos es el principal defecto de la reforma según un sector crítico de la doctrina. Véase, por ejemplo, CUERDA ARNAU, M. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. «Legalidad, presunción de inocencia y prohibición de exceso en la reforma de los delitos contra la libertad sexual», en MUÑOZ SÁNCHEZ, J. (2023). *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, España, p. 1.312.

más amplio absorbe el desvalor de otras infracciones consumidas en aquél¹⁵⁷. Esto es, un delito engloba conductas que por sí mismas consideradas serían constitutivas de otro delito, pero que no se castigan autónomamente por cuanto el desvalor de este último ya se halla integrado —consumido— en el primero¹⁵⁸. En concreto, cuando un atentado a la libertad sexual se acompañaba de *vis* física (violencia) o *vis* compulsiva (intimidación), los medios comisivos individualmente considerados serían constitutivos respectivamente, en su caso, de un delito de lesiones y de un delito de amenazas o coacciones, sin embargo, estos menoscabos a otros bienes jurídicos distintos de la libertad sexual (integridad física y libertad en general) ya quedan castigados y se consideran absorbidos en el anterior tipo del injusto de la agresión sexual.

Pues bien, de lo antedicho se desprende, que la agresión sexual con la reforma de la LO 10/2022 pasa de ser un delito pluriofensivo a un delito uniofensivo¹⁵⁹ en el que sólo se protege la libertad sexual. De suerte que, los atentados que coetáneamente se producen en el decurso de los hechos contra otros bienes jurídicos, en esencia, la integridad física o libertad en general, deberán ser tutelados mediante las normas concursales, recurriendo a las reglas del concurso ideal o medial de delitos¹⁶⁰, lo cual difumina la cognoscibilidad de las consecuencias jurídicas asociadas. Ello es evidente, puesto que con los delitos complejos el legislador procura un mayor esfuerzo de previsibilidad, y cual maestro ebanista talla una conducta del injusto más específica, de mayor detalle y sutileza, asociándole un grado de reproche más ajustado y preciso al desvalor global de la conducta, con lo que, a la postre, resulta más aprehensible por la ciudadanía destinataria de la norma.

Con anterioridad, el Código Penal, tributando la exigible consideración al principio de proporcionalidad, distinguía entre el posible haz de conductas recurriendo a los mentados medios comisivos para graduar los injustos y establecer marcos penales estrechos en los que el juez fijaba la dosis o cantidad exacta de pena. Tras la reforma, el abuso sexual es

¹⁵⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.) (2012). *Código Penal Comentado, Tomo I... Op. cit.*, p. 33.

¹⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. (2015). *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, España, p. 505.

¹⁵⁹ ROMEO CASABONA, C. M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords.) (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Comares, Granada, España, p. 107.

¹⁶⁰ De hecho, lo exige expresamente el nuevo art. 194 bis CP: «Las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realicen».

conceptualmente erradicado y su espacio penológico es absorbido por el delito de agresión sexual, en síntesis, lo que antes se llamaba abuso ahora es también agresión.

La agresión sexual se torna, así, en una suerte de “megadelito” que pasa a englobar todo un elenco de conductas de toda la escala de gravedad posible, desde leves tocamientos en las nalgas o besos no consentidos de connotación sexual, hasta violaciones violentas con acceso carnal¹⁶¹. Lógicamente, aunque la nueva configuración típica no module marcos penales en función de la utilización de unos medios típicos más o menos peligrosos, la amplitud de las horquillas penales, en particular, respecto a los supuestos de los arts. 179 y 180 CP, aconseja que se valore el concreto medio comisivo empleado en la agresión sexual a la hora de individualizar la pena a imponer¹⁶². Desde luego, el hecho de crear un único tipo penal indiferenciado que no considere si el autor hace uso de unos medios más o menos peligrosos para los bienes jurídicos de la víctima puede conducir, por ejemplo, a la gratuidad consecuencial del empleo de la violencia, la cual sería irrelevante a efectos de arrastrar a una subsunción jurídica más gravosa. Es cierto que, indudablemente esa acción más peligrosa y reveladora del empleo de una intensa energía criminal por parte del agresor sexual, sería con seguridad considerada por el juez o tribunal sentenciador para concretar el *quantum* de pena (*ex art. 66.1.6ª CP*)¹⁶³, pero en ese escenario la desvaloración le correspondería discrecionalmente a quienes ejercen la potestad jurisdiccional y no quedaría predeterminada por el legislador. También se podría aducir que la violencia dará lugar al correspondiente delito de lesiones apreciado de forma autónoma mediante las reglas concursales (a lo que expresamente obliga la nueva cláusula concursal del art. 194 bis CP, véase *infra* apdo. 3.3.8). Sin embargo, repárese, que en muchas ocasiones la violencia que se utilizará, aisladamente considerada, será constitutiva mayormente de un delito leve de lesiones o de un maltrato de obra, que tienen asociadas penas de multa bastante leves (art. 147.2 y 3 CP); y que atendidas mediante un concurso medial dará

¹⁶¹ Crítica, en este sentido, MUÑOZ CONDE que se le dé ahora «una desmesurada amplitud al concepto de agresión sexual, incluyendo en él ataques a la libertad sexual de muy distinta intensidad y gravedad desde el punto de vista de su incidencia en la libertad sexual, a los que, sin embargo, se les da en principio una misma respuesta punitiva». Cfr. MUÑOZ CONDE, F. / LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2023). *Derecho Penal. Parte Especial*, 25ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, España, p. 239.

¹⁶² Circular FGE 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, p. 81. Disponible en: <https://acortar.link/bat46g>. [Última consulta: 12 de junio de 2024].

¹⁶³ En este sentido, AGUSTINA SANLLEHÍ se pregunta: «¿y si no lo hace? ¿Qué necesidad existía de generar inseguridad jurídica e indeterminación punitiva solo por el hecho de querer subrayar que lo decisivo es la ausencia de consentimiento?». *Vid.* AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. (Coord.) (2023). *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, Atelier, Barcelona, España, p. 41.

lugar a una solución incapaz de captar el desvalor global del hecho, pues esas lesiones leves o maltrato de obra son cualitativamente más graves al enmarcarse en una agresión sexual y ser, además, instrumentalmente utilizados por el agresor para atentar contra la libertad sexual de la víctima.

Secundando la opinión de DÍEZ RIPOLLÉS, la diferenciación que la anterior regulación, sometida a enmienda, realizaba a la hora de castigar los diferentes atentados contra la libertad sexual permitía captar con precisión la intensidad del concreto ataque sufrido. Esta distinción posibilitaba valorar normativamente la lesividad de cada conducta en sí misma en relación con otras conductas cercanas dando así observancia al principio de seguridad jurídica mediante la formulación de tipos delictivos diferenciados, satisfaciendo también la proporcionalidad penal en el tratamiento punitivo de conductas dispares¹⁶⁴. Efectivamente, cuando se postula, como es el caso, la eliminación de las gradaciones en los atentados contra la libertad sexual se adopta un derecho penal sexual superficial, carente de matices, moralista y desproporcionado¹⁶⁵.

La traducción penal de la mayor gravedad que supone el empleo de determinados medios comisivos puede tener lugar en la fase de conminación penal abstracta mediante la previsión de marcos penales distintos y diferenciados directamente por parte del legislador¹⁶⁶. Tal es el caso de la diferencia entre el robo y el hurto¹⁶⁷, o la contemplación de un subtipo agravado de allanamiento de morada cuando se ejecute con violencia o intimidación¹⁶⁸. Por el contrario, dicha traducción puede realizarse en la fase de individualización de la pena, caso en el que no es el legislador sino el juez el que debe establecer la respuesta penal dentro de un amplio margen de discrecionalidad¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2019). «Alegato contra un derecho penal identitario», *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*, nº 21, p. 10.

¹⁶⁵ Vid. CUERDA ARNAU, M. L. en FARALDO CABANA, P. / ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.) (2018). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España...* Op. cit., p. 109.

¹⁶⁶ Vid. RAMON RIBAS, E. en FARALDO CABANA, P. / ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.) (2018). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España...* Op. cit., pp. 167 y 168.

¹⁶⁷ La cual estriba esencialmente en la concurrencia o no de violencia, intimidación en las personas o fuerza en las cosas (ex arts. 234.1 y 237 CP).

¹⁶⁸ Art. 202 CP: «1. El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses» [énfasis añadido].

¹⁶⁹ Ejemplo de ello, puede ser el delito de prostitución del art. 187.1 CP que tipifica la determinación de una persona mayor de edad a ejercer la prostitución «empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima». Sin embargo, siguiendo a DÍEZ RIPOLLÉS, el enfoque indiferenciado del tipo básico de determinación a la prostitución del art. 187.1 CP se ve neutralizado gracias a la remisión (ex art. 187.3 CP)

Desde luego, parece más razonable que sea el poder legislativo, como representante de la voluntad popular, el que identifique en abstracto las diferentes conductas, asociándoles una denominación jurídica distinta y marcos penales que discriminen en función de la gravedad de cada categoría valorativa. Lo contrario, esto es, que, incurriendo en una suerte de dejación de funciones, el legislador abandonara esa responsabilidad a la hora de definir la política criminal, haciéndola descansar en las espaldas de los jueces y tribunales, supondría otorgarles a éstos una amplitud excesiva en su potestad decisoria y un ensanchamiento de la discrecionalidad judicial que, a la postre, desemboca en una mayor inseguridad jurídica¹⁷⁰. Es preferible, en consecuencia, que el legislador esboce los tipos penales de forma escalonada y que la gradación de conductas delictivas tenga como correlato marcos penales suficientemente determinados y definidos como para conocer *a priori* las consecuencias jurídico penales derivadas de los comportamientos humanos previstos como delito; pero a la vez, es necesario que dichos marcos penales posean holgura bastante para que el juez pueda concretizar la pena exacta que abarque el preciso desvalor de la conducta enjuiciada, que la casuística plantea y cuyas particularidades son imposibles de prever legalmente.

Parte de la doctrina considera que la desaparición de los abusos sexuales y la no atención a los medios comisivos de la violencia y la intimidación como factores a considerar para el diseño de estos delitos venía exigida por las obligaciones asumidas por España en el Convenio de Estambul. Se dice a este respecto que el art. 36.2 de la norma internacional pondría el énfasis en la falta de consentimiento más que en los medios comisivos de los que se valga el autor del hecho¹⁷¹. Sin embargo, tal interpretación resulta un tanto forzada, en vista de que el Convenio no exige desprestigiar los medios comisivos en la configuración típica de los delitos contra la libertad sexual¹⁷² y nada impide que el legislador, partiendo de la ausencia de consentimiento, distinga supuestos en los que el autor recurra a la

a los tipos genéricos de agresión y abuso sexual para castigar los concretos atentados a la libertad sexual que se cometan sobre una persona prostituida. *Vid.* Díez RIPOLLÉS, J. L. (2019). «Alegato contra un derecho penal identitario... *Op. cit.*, p. 12.

¹⁷⁰ Esta idea la apunta MUÑOZ CONDE, F. (2020). «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual... *Op. cit.*, p. 241. También lo lamenta LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento» en AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. (Coord.) (2023). *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, Atelier, Barcelona, España, p. 54.

¹⁷¹ Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M. en FARALDO CABANA, P. / ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.) (2018). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España... Op. cit.*, p. 91.

¹⁷² En esta línea lo apunta Díez RIPOLLÉS, J. L. «Las propuestas de reforma del derecho penal sexual de 2018: su fundamento» en DE VICENTE REMESAL, J., *et al.* (Dirs.) (2020). *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Editorial Reus, Madrid, España, pp. 1.551 a 1.563.

violencia y/o intimidación para doblegar la voluntad de la víctima de aquellos otros en los que no concurran esos medios comisivos. Es posible, así, ofrecer una diferente respuesta penal para los distintos atentados a la libertad sexual mediante el diseño de un esquema delictual que discrimine conductas atentatorias de la libertad sexual de mayor o menor gravedad. El legislador puede perfectamente anudar una diferente penalidad a cada conducta típica expresando así el distinto desvalor tanto de la acción peligrosa desplegada como del resultado producido mediante cada una de las acciones¹⁷³. Lo cual casa con la contemplación de unos tipos penales proporcionales a la lesividad y contenido disvalioso de las distintas maneras en las que es posible atentar contra la libertad sexual de la víctima.

A pesar de todo, se insiste en la idea motriz de que la contemplación de los medios comisivos de la violencia y la intimidación para delimitar la configuración típica de los distintos delitos sexuales tiene resultados perniciosos de revictimización o victimización secundaria, puesto que la trascendencia de la utilización de esos medios en el marco de penalidad asociado conduce a que las partes se enfoquen excesivamente en su acreditación o prueba, dando lugar a preguntas comprometidas sobre la intimidad de la víctima¹⁷⁴. La reformulación del tipo de agresión sexual que castiga con la misma intensidad, el empleo de violencia, intimidación, prevalimiento, abuso de superioridad o aprovechamiento de la situación de la víctima, diluiría esos efectos perjudiciales aligerando su dificultad probatoria¹⁷⁵ y pondría el acento en la existencia o no de consentimiento por parte de la víctima¹⁷⁶, una equiparación de medios típicos, en principio, consonante a la tendencia internacional¹⁷⁷.

En el mismo sentido, se defiende que la unificación de los tipos penales, mediante la conversión de todo atentado a la libertad sexual en una agresión sexual, debe ser bienvenida, en tanto en cuanto, puede ayudar a la simplificación de una articulación legal, a la sazón, excesivamente compleja, que se materializaba en una amalgama de modalidades

¹⁷³ Esta cuestión ya la puso de manifiesto el CGPJ en su informe (punto nº 204).

¹⁷⁴ Cfr. ACALE SÁNCHEZ en FARALDO CABANA, P. / ACALE SÁNCHEZ, M. (Dir.) (2018). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España...* Op. cit., p. 92.

¹⁷⁵ *Ídem*.

¹⁷⁶ Precisamente, el CGPJ en su informe sostiene que esto no parece que pueda evitar la victimización secundaria, pues en este nuevo escenario que plantea la reforma el debate girará en torno a la existencia o no de todos los elementos que integran la definición normativa del consentimiento, lo que tendrá como consecuencia que los interrogatorios se focalicen en el modo en que la víctima deba prestar el consentimiento para integrar el alcance de la cláusula. *Vid.* CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2021). Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, p. 83.

¹⁷⁷ Cfr. FARALDO CABANA / RAMON RIBAS en FARALDO CABANA, P. / ACALE SÁNCHEZ, M. (Dir.) (2018). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España...* Op. cit., p. 290.

típicas (unas doce combinaciones, a las que se sumaban las resultantes de su conjugación con las agravantes). Todo ello, en la afortunada expresión de GONZÁLEZ RUS, «configuraba una geometría legal pródiga en relaciones tangentes y secantes entre tipos de distinta gravedad que añadían complejidad a la prueba y a la interpretación sin resolver los problemas centrales del modelo; muy en particular, la frontera entre la intimidación (agresiones sexuales) y el prevalimiento (abusos)»¹⁷⁸.

A mayor abundamiento, a pesar de que la jurisprudencia hace años venga rechazando exigir ningún tipo de resistencia por parte de la víctima y menos una resistencia heroica como en tiempos pretéritos, el hecho de que la intimidación se haya interpretado, en ocasiones, de forma tan restrictiva ha podido conducir en la praxis judicial a su acercamiento conceptual¹⁷⁹, e inclusive se ha solido comprender la ausencia de resistencia u oposición, o la mera pasividad, como un parámetro para valorar la existencia de un consentimiento tácito de la víctima¹⁸⁰. Así las cosas, la eliminación o relegación de esos medios comisivos a un segundo plano puede servir para que el centro de gravedad de los delitos sexuales pivote sobre el consentimiento¹⁸¹ y vuelque así la comprensión e interpretación tradicional.

Como contrapunto, a mi parecer, tales afirmaciones propugnan un silogismo con cierta pátina apodíctica, en virtud del cual la contemplación de la violencia e intimidación en la tipicidad de estos delitos parecería conllevar —necesariamente— a que la resistencia de la víctima se coloque en el epicentro interpretativo y probatorio, con la resultante victimización secundaria. Sin embargo, me parece un razonamiento algo inconsistente y exagerado en vista de la más moderna jurisprudencia¹⁸² que, indudablemente influida por la realidad social del momento, viene sosteniendo desde largo tiempo la innecesidad de

¹⁷⁸ Cfr. GONZÁLEZ RUS, J. J. «Sobre la libertad e indemnidad sexual, la reforma de las agresiones sexuales y la superación de los inconvenientes del “modelo del consentimiento”», en MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *et al.* (Dir.) (2023). *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos, libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., pp. 1.427-1.441 (p. 1.433).

¹⁷⁹ ALTIZURRA ALONSO, I. (2020). «El delito de violación en el Código Penal Español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional», *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 68, nº 1, pp. 511-558 (p. 533).

¹⁸⁰ GONZÁLEZ RUS, J. J. «¡No!, y basta (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales)», en GARCÍA VALDÉS, C., *et al.* (Coords.) (2008). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II, Editorial Edisofer, Madrid, España, pp. 2.011 y ss.

¹⁸¹ *Vid.* ACALE SÁNCHEZ, M. (2021). «Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma», *IgualdadES*, nº 5, pp. 467-485 (p. 474).

¹⁸² También apuntan sobre esta cuestión CUERDA ARNAU, M. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. «Legalidad, presunción de inocencia y prohibición de exceso en la reforma de los delitos contra la libertad sexual... *Op. cit.*, p. 1.310.

que la víctima deba resistirse, ni siquiera mínimamente¹⁸³. Por este potísimo motivo, la dura crítica dirigida al conjunto de la jurisprudencia e interpretación judicial resulta ciertamente innecesaria.

Con todo, no parece justificación suficiente para la eliminación de la distinción entre agresión y abuso sexual, renunciando consigo a una regulación detallada y graduada. Se advierte un problema terminológico o de *nomen iuris* en el que parece no aceptarse socialmente que determinadas conductas sean denominadas como abusos en vez de como agresiones sexuales o violaciones, términos que se perciben simbólicamente más correctos para expresar la severa valoración social de esta clase de delitos.

Por otra parte, el art. 178.2 CP establece ahora con cierta exhaustividad supuestos en los que se presume *ex lege* la ausencia de consentimiento y, por ende, la calificación de agresión sexual cuando concurra alguno de los medios comisivos que predispone, a saber: «violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad». Esto es, se aluden a los medios comisivos tanto de las antiguas agresiones sexuales (violencia e intimidación) como a los propios de los abusos sexuales, aunque respecto a este último se decanta el legislador por términos más amplios que den cabida a un mayor número de conductas. Así, mientras que antes el abuso sexual en el art. 181.3 CP aludía a una «situación de superioridad manifiesta» —o sea, prevalimiento—, ahora se refiere a abuso de una situación de superioridad, concepto más genérico que no precisa que dicha posición asimétrica entre autor y víctima sea «manifiesta». También en lo que atañe a lo denominada sumisión química, antes el art. 181.2 refería «los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto», ahora pasa a referirse como «los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa

¹⁸³ Véase, por ejemplo, la STS 677/2021, de 9 de septiembre, FD 22: «La violencia típica que reclama el tipo básico de la agresión sexual no se puede medir atendiendo ni a la naturaleza de los resultados de lesión material causados [...] ni a su idoneidad objetiva para vencer la resistencia de esta al ataque sobre su libertad sexual. Entre otras razones, porque *el tipo [...] no exige que la víctima se resista al agresor*. Basta la simple y la más elemental negativa a someterse a la acción sexual de un tercero para que la norma penal en protección de dicha libertad lesionada se active —*vid.* STS 216/2019, de 24 de abril—», [énfasis añadido].

su voluntad»; aun cuando, se contempla como circunstancia agravatoria en el art. 180.1.7ª CP.

Esa es, justamente, otra de las cuestiones problemáticas, ya que al establecer esa serie de supuestos como circunstancias que dan lugar a la apreciación del tipo básico de agresión sexual, su contemplación similar como agravantes hace surgir un solapamiento y, por ende, se genera un riesgo de *bis in idem*. A título de ejemplo, el art. 180.1.3ª y 5ª CP se refiere, respectivamente, a cuando los hechos se cometan contra una persona en situación de vulnerabilidad; y cuando el autor se prevale de una situación de superioridad con respecto a la víctima. Estas circunstancias contempladas como agravantes podrían superponerse a la dispuesto en el tipo básico del art. 178.2 CP para la apreciación del delito de agresión sexual «abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima». Este defecto, como se consignó más arriba, también existía en el anterior delito de abusos sexuales que en la práctica conducía a la inoperatividad de las circunstancias agravantes, por la garantía del *non bis in idem*.

3.3.2. Atenuación facultativa del art. 178.3 CP

Una crítica extendida acerca de la reforma es la afectación al principio de proporcionalidad que origina la nueva regulación, ya que al refundir ambos tipos penales en uno solo, lo que antes constituía un delito de abusos y era castigado conforme a una horquilla de penas concebida para el nivel de gravedad propio de tales conductas, ahora tiene asignado un marco penológico más amplio por su tramo superior, con lo que se posibilita sancionar los antiguos abusos con penas más altas¹⁸⁴. En otras palabras, las conductas que antes se consideraban abusos, ahora entran a un espectro penológico mayor que en su umbral más alto las hace exponerse a penas sensiblemente superiores, rellenándose la tipicidad de lo que en el pasado hubiesen sido atentados sexuales acompañados de violencia o intimidación (o sea, la antigua agresión sexual). Así es, por ejemplo, en el caso del tipo básico de abusos antes se castigaba con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses, tras la LO 10/2022 se puede castigar con la pena de uno a cuatro años.

¹⁸⁴ También se hace eco de este efecto agravatorio el Consejo Fiscal en el informe elaborado con ocasión del proyecto de ley orgánica. Cfr. CONSEJO FISCAL (2020) «Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual», *Fiscalía General del Estado*, p. 66.

Precisamente, el legislador asumiendo este efecto agravatorio, no tiene más remedio que incluir, a modo de válvula de escape, un tipo atenuado facultativo en el apartado tercero del nuevo art. 178 CP¹⁸⁵, en cuya virtud el órgano sentenciador atendiendo a la menor entidad del hecho puede imponer la pena en su mitad inferior e incluso, alternativamente, castigar con pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses¹⁸⁶. Por lógica, habría que esperar que lo que antes era constitutivo de abusos de carácter leve se sancionara por nuestros tribunales mediante esta facultad atenuatoria tan poderosa, pero mientras que antes existía plena certeza de la posible dosis de reproche imponible a los abusos, ahora queda subordinado al criterio individual de cada juez¹⁸⁷. Ciertamente, el presupuesto habilitante para conducir los casos a este tipo privilegiado es la atención a la *menor entidad del hecho*, concepto jurídico que rebosa de gran indeterminación¹⁸⁸. Es decir, se aumenta considerablemente el arbitrio judicial para que el juez pueda realizar un recorrido más prolongado a lo largo de una horquilla de pena más amplia, cuando la génesis de la reforma es oriunda de las protestas a consecuencia de la interpretación que unos jueces hicieron de la legalidad respecto al juicio de tipicidad o subsunción, resultando así un tanto incoherente por sus promotores¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Nótese, que tras la contrarreforma producida por la LO 4/2023, de 27 de abril, esta facultad atenuatoria pasa a quedar regulada en el numeral cuarto y no en el tercero (art. 178.4 CP posterior a LO 4/2023).

¹⁸⁶ Una de las incoherencias técnicas que se aprecian en la reforma es que esta misma facultad atenuatoria en sede de agresiones sexuales a menores de dieciséis años habilita al juez a imponer la pena inferior en grado cuando con relación a los mayores el efecto atenuatorio es imponer la pena en su mitad inferior (aunque en este último caso alternativamente se podrá sustituir por una pena de multa), véase en contraste los actuales arts. 178.4 y 181.3 CP. Ello parece obedecer a que en la fase prelegislativa se conformaron dos grupos de trabajo, uno para los delitos sexuales referidos a mayores y otro para los menores de edad, sin arbitrar los necesarios mecanismos de coordinación entre ellos, de suerte que, emanaron sendos borradores entre los que se apreciaron ciertas incoherencias. Sin embargo, la prisa y precipitación de última hora por evacuar los anteproyectos al trámite parlamentario imposibilitó su corrección. Esta es al menos la justificación que dio Patricia FARALDO CABANA, miembro de la sección penal de la Comisión General de Codificación y una de quienes participaron en la elaboración de los anteproyectos. En FARALDO CABANA, P. y DE LA MATA BARRANCO, N. J. (13 de noviembre de 2023). «Últimas reformas de los delitos contra la libertad sexual». *Colegio de la Abogacía de Bizkaia*, Bilbao, España.

¹⁸⁷ Evidentemente con esto no se quiere decir que ahora no exista plena certeza de la penalidad que corresponde al delito de agresión sexual, simplemente se quiere resaltar que lo que anteriormente constituía abusos ahora se podría llegar a castigar con penas que antes únicamente procedían en los atentados acompañados de violencia o intimidación (o sea, las antiguas agresiones sexuales), y que para evitar esa desproporcionalidad debemos confiar en que los jueces contengan la pena por su tramo inferior.

¹⁸⁸ Lo apunta el CGPJ en su informe a colación de la reforma, indicando que no se contempla criterio legal alguno para discernir aquellos supuestos de menor entidad, en razón de que la imprecisión del presupuesto base no alude a qué debe considerarse para apreciar tal cualidad en la conducta, «¿la menor entidad se refiere al tipo de acto sexual, al medio comisivo, al tipo subjetivo de injusto?». *Vid.* CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2021). Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, pp. 80-81, (puntos 212 y 213).

¹⁸⁹ Así, por ejemplo, desde el sector académico al mismo tiempo que se critica la interpretación judicial, que se tilda de no ser tan «generosa» a la hora de apreciar la violencia e intimidación en los delitos sexuales como sí lo es en los delitos contra el patrimonio, se admite perfectamente la atribución de más margen de discrecionalidad a través de la facultad atenuadora del 178.3 CP, como paliativo de la fundición de los tipos de agresión y abuso, y la consiguiente exposición a penas más duras por parte de conductas de exigua gravedad. Se advierte esto leyendo a ACALE SÁNCHEZ, M. (2021). «Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma... *Op. cit.*, pp. 479-482.

En sentido opuesto, lo que antes daba lugar a la apreciación de un delito de agresión sexual, ante el empleo de violencia e intimidación por parte del autor, y se le asignaba un marco de pena entre uno y cinco años, ahora puede castigarse con penas entre uno a cuatro años e, incluso, también podría operar respecto a ello la atenuación facultativa del art. 178.3 CP, siendo posible la imposición de la pena en su mitad inferior o, asombrosamente, una pena de multa, pues lo único que impide aplicar esa penalidad privilegiada es la concurrencia de las agravantes del 180 CP, entre las que no se contempla el empleo de violencia o intimidación. Con todo, sería eventualmente plausible, pero incomprensible, condenar con una pena de multa —de 1.080 euros en el supuesto más laxo¹⁹⁰— un atentado a la libertad sexual para cuya ejecución el autor se haya valido de la violencia o la intimidación.

Por lo demás, la posibilidad de atenuación facultativa queda vetada cuando concurra alguna circunstancia agravatoria de las previstas en el art. 180 CP.

3.3.3. Agresión sexual con acceso carnal del art. 179 CP: violación

Como ya es tradición, cuando la agresión sexual entrañe acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, se calificará la conducta como violación, castigándose con penas de prisión de cuatro a doce años.

Así, el delito de violación continúa contemplándose autónomamente como un tipo cualificado en el art. 179 CP. La reforma, por tanto, sigue manteniendo un enfoque genital o falocéntrico, reservando el término de violación para los supuestos en los que se produzca alguna modalidad de penetración bien mediante la introducción del miembro viril por vía vaginal, anal o bucal; o bien, cuando un miembro corporal u objeto inanimado, pero de aspecto fálico, sea sustitutivo del órgano genital masculino y se introduzca en las cavidades vaginal y anal¹⁹¹.

La diferencia notable es que ya no es necesario la concurrencia de los medios comisivos de la violencia o la intimidación, de manera que, por ejemplo, si existe acceso carnal por

¹⁹⁰ Cálculo resultante de la aplicación de la pena de multa de 18 meses (la mínima) conforme a la cuota diaria mínima de dos euros fijada por el art. 50.4 CP.

¹⁹¹ Sobre esta cuestión ya se habló exhaustivamente *supra*, a colación de la regulación anterior, véase apdo. 2.3.2.

haberse prevalido el autor de una situación de superioridad respecto a la víctima, será condenado como reo de violación. Esto es, de forma genérica, todos aquellos comportamientos antes incardinables en el delito de abuso, cuando hayan incluido acceso carnal o conductas asimiladas, conducirán a la calificación de violación, por lo que se produce una sustancial ampliación del elenco de conductas englobables en ese tipo cualificado.

Consecuencia de lo anterior es la repercusión en la penalidad de este delito, que pasa de tener asociada una horquilla de entre seis y doce años, a una nueva y amplísima de entre cuatro y doce¹⁹², esto es, el recorrido de pena en el que se puede mover el órgano jurisdiccional sentenciador es de ocho años. Ello obedece a la englobación aquí de los antiguos abusos sexuales con acceso carnal, supuestos castigados en el anterior art. 181.4 CP con penas de entre cuatro a diez años de prisión. Por lo que ahora el límite mínimo de pena se ha reducido de los seis a los cuatro años de privación de libertad¹⁹³.

Por otra parte, como también se ha aludido, afortunadamente la reforma no rescata la introducción de miembros corporales u objetos por vía oral como conducta punible —v. g. introducción de un dedo en la boca—, desoyendo en este caso lo prevenido en el art. 36.1 del Convenio de Estambul. Posibilidad que fue desterrada por la LO 11/1999 con motivo de la problemática que suscitaba su aplicación práctica.

3.3.4. Circunstancias de agravación

El art. 180.1 CP, en semejanza a lo que ocurría en la anterior regulación, contempla un abanico de circunstancias en las que se agrava la severidad del castigo por apreciarse en las conductas descritas un mayor contenido del injusto. Concretamente, en los casos de agresiones sexuales básicas —las del art. 178.1 CP— se eleva la pena a una horquilla comprendida entre los dos y los ocho años de prisión. Por su parte, en los supuestos del art. 179 CP, esto es, cuando exista acceso carnal o conductas asimiladas, la agravación de la pena se sitúa entre los siete a quince años de prisión.

¹⁹² La pena que figuraba en el Anteproyecto era de cuatro a diez años de prisión, la cual suponía una rebaja penológica respecto a la establecida en el anterior art. 179 CP para castigar las agresiones sexuales con penetración (de seis a doce años), suponiendo una rebaja del límite máximo de pena, aspecto corregido tras la advertencia dada por el CGPJ en su informe (p. 89, párr. 243 y 345).

¹⁹³ Esta rebaja de los límites mínimos es la responsable de la oleada de rebajas de condena producida por la aplicación retroactiva de la reforma, véase *infra* con mayor detenimiento apdo. 4.

Las circunstancias agravatorias se corresponden, a grandes rasgos, con las previstas en la regulación anterior, por lo que, en aras de no extendernos en exceso, se apuntará lo que se refiera a las cuestiones novedosas con respecto al régimen jurídico precedente.

En primer término, la circunstancia agravatoria prevista en el art. 180.1.2ª CP ahora opera: «cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio». Esto es, mientras que, con anterioridad a la reforma, procedía la agravante cuando se reputara el carácter vejatorio del ejercicio de la violencia o la intimidación, ahora, entra en juego si ese carácter se observa en los actos sexuales practicados o si la violencia adquiere esa nota de «extrema gravedad». Con ello, se amplía el elenco de conductas que integran la agravante¹⁹⁴.

A su vez, el art. 180.1.4ª CP agrava la pena «cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia». Así, se contempla *ex novo* una circunstancia agravatoria exclusivamente aplicable para cuando el sujeto pasivo es de sexo femenino y, además, sea o haya sido esposa o ligada por análoga relación de afectividad con el autor. Se replica, por tanto, lo dispuesto en la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP) en sede de los delitos sexuales, en consonancia con una perspectiva de género. Lo anterior, serviría de razón para entender la inclusión de esta agravante hasta cierto punto innecesaria¹⁹⁵.

Ahora bien, desde luego, sin restar un ápice de gravedad, las agresiones sexuales cometidas en el seno de la pareja no merecen la misma agravación que aquellas agresiones incestuosas producidas entre padres e hijos, abuelos y nietos, o entre hermanos (circunstancia quinta del art. 180.1 CP), ya que en estas últimas al implicarse personas que no mantienen relaciones sexuales de forma ordinaria o cotidiana —como sí ocurre en las relaciones conyugales o de pareja— el contenido disvalioso o plus de antijuridicidad es sensiblemente mayor, con lo que la equiparación a efectos agravatorios de estos dos supuestos no respetaría el principio de proporcionalidad¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M. en CUERDA ARNAU, M. A. (Dir.) (2023). *Comentarios al Código Penal, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, p. 1.223.

¹⁹⁵ Lo cree así REQUEJO CONDE, C. (2023). «Los nuevos tipos cualificados del delito de agresión sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 25, p. 15.

¹⁹⁶ También lo apunta Díez Ripollés, J. L. (2019). «Alegato contra un derecho penal identitario... *Op. cit.*, p. 19.

En este sentido, se apunta a que la agravación debería únicamente ser procedente cuando la agresión sexual entre miembros de una pareja se produzca enclavada en un claro contexto de dominación —en su mayoría de un hombre hacia una mujer— o en un marco de dominación de género, condición que debería expresamente preverse en la agravación¹⁹⁷. Situación en la que las agresiones se producirán habitualmente de forma reiterada en el tiempo, generando en la víctima un sentimiento de humillación constante, un calvario, una atmósfera de completa cosificación y conversión en un mero objeto de placer que, en definitiva, atente contra su más elemental dignidad. La aplicación de la agravante a un hecho que se produzca temporalmente aislado y sea de escasa levedad no parece apropiada pues el grado de lesividad a la libertad sexual de la víctima es menor, al mantener, presumiblemente, con el sujeto activo relaciones sexuales regulares.

Por su parte, el art. 180.1.7ª CP incluye como circunstancia agravante «cuando para la comisión de estos hechos la persona responsable haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier sustancia natural o química idónea a tal efecto». Básicamente, se contemplan aquí los supuestos denominados como sumisión química. Como ya se ha consignado anteriormente, uno de los aspectos de la anterior regulación que ha merecido mayor crítica ha sido el relativo a castigar como abuso sexual del art. 181.2 CP¹⁹⁸ supuestos de sumisión química en los que el agente suministra alguna sustancia o droga de forma subrepticia a la víctima —normalmente agregándosela a la bebida de aquella—. Estos casos resultaban castigados por mandato expreso de la ley como abusos y no como agresiones sexuales, posibilidad abonada en el entendimiento de la sumisión química como una subespecie de violencia¹⁹⁹.

Se apuntaba a que en estos escenarios la voluntad de la víctima resulta totalmente anulada y ésta queda a merced de los apetitos libidinosos del sujeto activo, quien, mediante el suministro de una droga o cualquier fármaco similar, deja a la víctima en un estado comatoso o de inconciencia que le impide a ésta tanto ofrecer oposición, resistencia o medio

¹⁹⁷ *Vid.*, Díez Ripollés, J. L. (2019). «Alegato contra un derecho penal identitario... *Ibidem.*, p. 20. Comenta este autor que si la agravación exigiera expresamente esta efectiva dominación de género podría satisfacerse igualmente la exigencia del Convenio de Estambul, que obliga a agravar la pena en el caso de que la víctima sea pareja del agresor, pero no impone una fórmula determinada.

¹⁹⁸ Recuérdese, que el art. 181.2 CP preceptuaba: «A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos [...] los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto».

¹⁹⁹ Sobre esta cuestión ya se ha referido abundantemente *infra* en sede de los abusos sexuales, véase apdo. 2.4.1.

defensivo alguno, como solicitar la ayuda o el auxilio de un tercero²⁰⁰. En definitiva, mediante este ardid alevoso o *modus operandi* el autor procura el éxito de la ejecución de su objetivo criminal y la consumación del delito, resultando ser este medio *químico* mucho más efectivo para el delincuente sexual que recurrir a otros medios alternativos más agresivos como la violencia o la intimidación, mucho más escandalosos por la probable causación de ruidos, forcejeos, gritos que pueden alertar a un tercero; y, en cualquier caso, el empleo de estos últimos medios comisivos no evita totalmente que la víctima pueda escabullirse o zafarse del agresor, posibilidades que en el caso anterior quedarían completamente neutralizadas por el potente efecto farmacológico de la droga o sustancia de la que se sirve²⁰¹.

Evidentemente, no podrían conceptuarse en este tipo agravado los supuestos de vulnerabilidad química en los que la ingesta de drogas o sustancias tóxicas la realiza la propia víctima de forma consciente y voluntaria, aprovechándose el autor de su estado para realizar los actos sexuales pretendidos²⁰². Lo impide la propia formulación del precepto («haya anulado», «suministrándole») al requerir que el suministro sea realizado por el autor del hecho, siendo necesario, por otra parte, que este elemento objetivo del tipo esté abarcado por el dolo del sujeto activo en cuestión.

Por último, se mantiene la hiperagravación en el art. 180.2 CP en caso de que concurren dos o más circunstancias agravatorias de las previstas, que dará lugar a la imposición de las penas respectivas en su mitad superior. Además, se añade un nuevo apartado que da lugar al art. 180.3 CP, en el que se obliga a imponer, adicionalmente, la pena de inhabilitación absoluta cuando el culpable se haya prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público para la comisión del delito.

3.3.5. Inconvenientes léxicos del *nomen iuris* agresión sexual

²⁰⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / DEL MOLINO ROMERA, M. «Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma» en DE VICENTE REMESAL, J. *et al.* (Dir.) (2020). *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Editorial Reus, Madrid, España, pp. 2019-2039.

²⁰¹ Ello también constituirá una rémora para que la víctima pueda ofrecer un testimonio detallado de lo acontecido, por lo que a efectos probatorios el uso de este medio comisivo entorpece más si cabe la acreditación de los hechos, lo cual le dota todavía más desvalor.

²⁰² *Vid.* MUÑOZ CONDE, F. / LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2023). *Derecho Penal. Parte Especial... Op. cit.*, p. 251.

Desde una óptica estrictamente terminológica, en el *nomen iuris* del delito late un componente léxico-aflictivo²⁰³. Así, los términos seleccionados para bautizar cada tipo delictivo no son una cuestión secundaria, al condensar cada vocablo la conducta que se castiga y reflejar su grado de desvalor. Por ello, no suena igual homicidio que asesinato e idénticamente en sede de delitos sexuales, tampoco es igual que a uno le condenen por abuso que por agresión, pues el término agresión tiene una sonoridad más disvaliosa que denota en el sujeto una mayor carga de reproche y peligrosidad, lo que, a la postre, puede conducir a una más si cabe animadversión social hacia el reo imponiendo su siempre cruel pena de telediarario²⁰⁴. Siendo así, el *nomen iuris* no es una cuestión baladí y debe también modularse en atención a los principios de proporcionalidad y resocialización. Pues difícilmente la sociedad puede ayudar a quienes se han apartado de la senda del derecho a retornar a ella cuando se les asocia un calificativo que no expresa acertadamente la gravedad del crimen que se comete, desde esta óptica, defender lo contrario no es sino pretender entorpecer su tornaviaje a la vida en sociedad, estigmatizándolo.

En este sentido, la unificación de los delitos de abuso y agresión sexual no resulta acertada, pues la agresión tiene por definición una connotación de violencia asociada al término que, desde luego, puede conducir a dos efectos. El primero de ellos, es la banalización del término agresión ya que al calificar indebidamente como agresiones a conductas de escasa gravedad carentes de componente coactivo alguno, se termina por trivializar su concepto, de suerte que, perderíamos la forma de poder referirnos a aquellas situaciones más graves de violencia sexual. Ya no se reserva tal calificativo para referirse a las conductas de atentado sexual más graves, sino que se convierte en algo común —todo es agresión— empleándose con ligereza y desnaturalizando su significado. Por otra parte, el segundo efecto podría suponer la involuntaria peor consideración judicial de estos

²⁰³ En cierta forma la connotación negativa del lenguaje jurídico rememora, con salvedades, a los términos empleados para denominar al estatuto procesal de una persona sometida a un proceso penal y que motivó una reforma de la LECrim. en 2015 para cambiar la terminología peyorativa del vocablo imputado, por investigado y encausado. *Vid.* MARCHENA GÓMEZ, M. (2019). «Imputado, investigado, procesado: distintas formas de estar empapelado», *Archiletras: Revista de lengua y letras*, núm. 2, pp. 78-79.

²⁰⁴ ÁLVAREZ GARCÍA y DEL MOLINO ROMERA convienen en la idea de que, partiendo de la necesidad de diferenciar entre agresiones y abusos, y también de alcanzar una construcción típica de máxima claridad que facilite su aplicación, sugerían sustituir el término «abuso» por el de «atentado sexual», debido al desprestigio social asociado al término abuso tras el «caso de La Manada» de Pamplona. Insisten en que esta denominación de «atentado sexual» conferiría incluso lingüísticamente una mayor gravedad. Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / DEL MOLINO ROMERA, M. «Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma» en DE VICENTE REMESAL, J. *et al.* (Dir.) (2020). *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario... Op. cit.*, pp. 2019-2039.

criminales. En efecto, la representación del concepto «agresión» produce en el intérprete la activación mental de toda una serie de ideas e imágenes indisociablemente ligadas a dicho término (violencia, amenazas, conminación, coacción). Evoca así un cuadro disvalioso asociado a tal concepto que emerge automáticamente en el pensamiento, induciendo a una valoración más grave de los hechos, lo cual podría resultar en una estimación más severa en comparación con lo realmente sucedido.

En vista de lo dicho, la denominación extendida, en un sentido lato, de la agresión sexual puede obedecer a una finalidad comunicativa y a lograr un efecto pedagógico en la sociedad mediante la prevención general negativa, pero a costa de la supresión de diferencias compartimentales y distinciones típicas relevantes²⁰⁵. Lo cual no deja de suponer una utilización un tanto perversa del derecho penal para propiciar cambios en los comportamientos sociales, aunque ello se salde con la estigmatización y el castigo semejante a sujetos cuyos respectivos comportamientos son cualitativamente distintos.

Parece que la sociedad pretenda catalogar a quienes atentan contra la libertad sexual como «agresores» o «violadores», relegando la cuestión del contenido de la pena a un plano secundario y sobre aquella preponderar la forma, en este caso, la denominativa²⁰⁶. Es como si el desvalor del calificativo empleado sirviera de cauce de expiación del mal, como una especie de carga, estigma o penitencia añadida que debe soportar el reo, para condenarle a la muerte social.

3.3.6. Alteración en la rúbrica del Título VIII y bien jurídico protegido

Con la aprobación de la LO 10/2022 también se da una nueva rúbrica al Título VIII que queda rebautizado como «Delitos contra la libertad sexual» sin hacer ya alusión a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido en aquellos supuestos en los que el atentado se proyecta sobre la sexualidad de los menores de dieciséis años y personas con alguna discapacidad intelectual, supuestos en los que como ya se consignó *supra*, se

²⁰⁵ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. «Las propuestas de reforma del derecho penal sexual... *Op. cit.* También alude a esta cuestión DEL MORAL GARCÍA, A. «Caracterización normativa del consentimiento en la reforma de los delitos sexuales», en AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. (Coord.) (2023). *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, Atelier, Barcelona, España, p. 108.

²⁰⁶ Abunda en esta idea de la relevancia otorgada a las etiquetas por encima del contenido BARQUÍN SANZ, J. (2019). «Un Jurista que lee el periódico. De violadores y ladrones», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 21, pp. 8-10.

considera que no poseen, transitoria o definitivamente, de capacidad para autodeterminarse en el ámbito de la sexualidad, por lo que a aquélla se le atribuye un carácter intangible.

En este orden de ideas, el concepto de indemnidad o intangibilidad resultaba a juicio de algunos autores, un tanto moralizador siendo preferible optar en estos singulares supuestos por un enfoque *lato sensu* de la libertad sexual en el que se englobe la libertad sexual potencial o en formación²⁰⁷; se entiende así que la denominada indemnidad sexual no posee una sustantividad propia, sino que debe entenderse comprendida en la libertad sexual²⁰⁸.

En la práctica la incidencia no resulta tan trascendental, ya que, pese a la aparente supresión en el rótulo del Título VIII, parte de la doctrina sigue considerando la indemnidad sexual como bien jurídico co-tutelado por los delitos sexuales en pie de igualdad con la libertad sexual propiamente dicha²⁰⁹.

Hubiese sido también deseable la reducción de la edad de consentimiento sexual por debajo de los dieciséis años, a fin de acomodar la legislación en materia de delitos sexuales a la realidad social, la cual evidencia cómo los adolescentes se inician en relaciones afectivo-personales a edades más tempranas. No resulta admisible someter a conminación penal relaciones sexuales y afectivas entabladas por adolescentes precoces que socialmente son aceptadas y no merecen ser consideradas por el derecho penal, siempre que se den libremente. Así, como señala la doctrina de forma prácticamente unánime, el mantenimiento de un límite de edad tan elevado pone de manifiesto la mojigata y pudibunda percepción de la sexualidad que pervive en nuestra legislación, desprendiendo una trufada connotación moralista²¹⁰.

²⁰⁷ Vid. Díez Ripollés, J. L. «Las propuestas de reforma del derecho penal sexual... *Op. cit.*

²⁰⁸ También véase Díez Ripollés, J. L. (1981). *El Derecho Penal ante el sexo. (Límites, criterios de concreción, y contenido del Derecho Penal sexual)*, Editorial Bosch, Barcelona, España, p. 29. En la misma línea lo apunta Marín de Espinosa Ceballos, quien entiende que el cambio en la rúbrica resulta acertado por cuanto los menores pese a ser personas en proceso de formación, también son titulares de cierta libertad sexual, aunque con limitaciones. Cfr. Marín de Espinosa Ceballos, E. B. (2023). «La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 25-24, p. 13.

²⁰⁹ Así, Muñoz Conde, F. / López Peregrín, C. (2023). *Derecho Penal. Parte Especial... Op. cit.*, p. 230. Sostienen que «aunque el concepto de «indemnidad» haya desaparecido de la rúbrica del Título VIII, debe seguir teniéndose en cuenta para comprender y explicar mejor la naturaleza de estos delitos». También lo sostiene González Rus, quien defiende la necesidad de seguir considerando a la indemnidad sexual como bien jurídico tutelado por estos delitos. Cfr. González Rus, J. J. «Sobre la libertad e indemnidad sexual, la reforma de las agresiones sexuales y la superación de los inconvenientes del «modelo del consentimiento»... *Op. cit.*, pp. 1.427-1.441.

²¹⁰ Vid. Díez Ripollés, J. L. (2019). «Alegato contra un derecho penal identitario... *Op. cit.*, p. 14.

3.3.7. Supresión del artículo 182.1 CP

La reforma de la LO 10/2022 también ha derogado el art. 182.1 CP, suprimiendo el delito de abuso fraudulento de personas mayores de dieciséis y menores de dieciocho años. Este delito como ya se apuntó *supra* castigaba con penas de prisión entre uno y tres años al «que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realizara actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho». En principio, considerando su naturaleza de tipo mixto alternativo en el que se observan dos modalidades típicas diferenciadas, la modalidad de abuso de posición de confianza, autoridad o influencia se ha reconducido al delito de agresión sexual mediante su previsión entre el catálogo de medios comisivos recogido en el art. 178.2 CP (*abuso de una situación de superioridad*). Sin embargo, la variante fraudulenta —mediante engaño— sí que parece haber quedado despenalizada pues no se recoge en dicho catálogo²¹¹. Lo anterior se refuerza en vista del intento de incluir el engaño entre los medios comisivos del art. 178.2 CP, mediante la presentación de dos enmiendas de adición durante la tramitación parlamentaria de la ley de reforma, las cuales fueron rechazadas²¹².

Sin embargo, con ocasión de la entrada en vigor de la reforma y la solicitud de revisiones de condena y aplicación retroactiva de la ley, los tribunales parecen estar entendiendo que pese a no preverse actualmente un tipo específico que sancione *ad hoc* esta conducta, ahora se ha de considerar reubicada toda la delincuencia sexual en la figura única del delito de agresión sexual castigándose conforme a lo previsto en el Capítulo I del Título VIII (arts. 178 a 180 CP)²¹³, y ello sin establecer ninguna distinción entre víctimas

²¹¹ Lo cree así, por lo menos, MUÑOZ CONDE, F. / LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2023). *Derecho Penal. Parte Especial... Op. cit.*, p. 242. También lo entiende despenalizado, RAMOS VÁZQUEZ, J. A. «El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento» en AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. (Coord.) (2023). *Comentarios a la ley del «solo sí es sí... Op. cit.*, p. 173.

²¹² Concretamente, se pretendió incluir la modalidad expresa de «engaño» en el art. 178.2 por parte del Grupo Parlamentario Ciudadanos presentando la enmienda núm. 34 respecto a la que se alegó «mejoras técnicas». Por su parte, el Grupo Parlamentario Republicano presentó la enmienda núm. 372, alegando que: «Al omitir estas modalidades comisivas, determinadas por la falta de consentimiento, se puede producir como efecto no deseado de la reforma en su interpretación y aplicación práctica por parte de los juzgados y tribunales el que se han despenalizado este tipo de conductas, que antes estaban incluidas con toda claridad en el tipo de abusos, cuando no en el de agresiones sexuales». *Vid.* «Enmiendas e índice de enmiendas al articulado 121/000062 Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual». *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, de 21 de enero de 2022.

²¹³ En este sentido, lo apunta la STS 433/2023, de 6 de junio, FD 1º. También la Fiscalía General del Estado considera que: «Tras la reforma del Código Penal operada por la LO 10/2022, los supuestos de abuso fraudulento o mediante engaño pueden integrarse en el delito de agresión sexual del art. 178.1 CP o, en su caso, en las modalidades de los arts. 179 o 180 CP, siempre que el error ocasionado a la víctima sea de tal magnitud que, *de facto*, pueda concluirse que la concreta acción ejecutada por el responsable del delito nunca fue consentida por aquella». Cfr. Circular FGE 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal... *Op. cit.*, p. 108.

mayores y menores de edad. Con todo, aunque el engaño no se recoja expresamente entre los medios comisivos recogidos en el art. 178.2 CP, el elenco de modalidades previstas no obedece a una fórmula *numerus clausus*, pudiendo también el engaño constituir un medio típico a los efectos de colmar el actual delito de agresión sexual²¹⁴. Sobre esta cuestión se abordará con mayor atención en páginas postreras (véase *infra* apdo. 3.4.3.).

3.3.8. Disposiciones comunes a los delitos del Título VIII

La reforma comentada también incide en las disposiciones comunes dispuestas para su aplicabilidad respecto a los delitos enmarcados en el Título VIII. Aquí se aludirá a los aspectos más significativos y que sean relevantes respecto a lo que es objeto del presente análisis, sin perjuicio de la innovación jurídica producida en otros delitos del citado título²¹⁵.

Por un lado, la LO 10/2022 añade un nuevo art. 190 CP en el que, a efectos de poder apreciar la agravante de reincidencia, las condenas extranjeras impuestas se equiparan a las sentencias españolas por los delitos comprendidos en el Título VIII.

El requisito de procedibilidad del art. 191 CP no se modifica, con la salvedad de suprimir la alusión que se hacía a los abusos sexuales (ahora derogados). Con ello, se sigue otorgando una naturaleza semipública a estos delitos, requiriéndose, en general, denuncia por parte del ofendido. Como ya se dijo en su momento (véase *supra* apdo. 2.5), también cabe querrela del Ministerio Fiscal quien deberá previamente hacer un juicio ponderativo entre los diferentes intereses públicos y privados en presencia.

²¹⁴ Por ejemplo, la SAP de Pontevedra 54/2023, de 15 de junio, FD 3º: «Hizo alusión la defensa en el trámite de informe a la aplicación de la LO 10/2022 de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual. No obstante, la aplicación de dicha legislación no conlleva la atipicidad de los hechos. Ciertamente, no se recoge un tipo penal como aquel en el que se estima que encajan los hechos objeto del procedimiento en tanto específico respecto a la edad de la víctima y al engaño expresado como tal como elemento de dicho tipo penal; sin embargo, se han de incluir conductas como la presente en la previsión de los arts. 178 a 180 incluidos que de acuerdo con dicha reforma son de aplicación a mayores de 16 años; y el engaño ha de quedar incluido en los supuestos de anulación de voluntad por lo que el mismo supone de vicio del consentimiento». También lo entiende así PERAMATO MARTÍN, T. (2023). «La ausencia de consentimiento afirmativo como eje de la respuesta penal», *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 11, pp. 10-27, (p. 20).

²¹⁵ Por ejemplo, la LO 10/2022 también añade cambios en los delitos de acoso sexual del art. 184 CP incluyéndose la responsabilidad penal de las personas jurídicas, previendo para ellas penas de multa de entre seis meses y dos años. En esta línea incluye en el Capítulo VI de las disposiciones comunes al Título VIII un nuevo art. 194 CP en el que en los supuestos tipificados en los capítulos IV y V de dicho título siempre que para la comisión de los hechos se utilicen establecimientos o locales, abiertos o no al público, el juez podrá decretar la clausura temporal o definitiva de tales lugares (también de forma cautelar). Aunque recuérdese que respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta imprescindible que hayan obtenido algún beneficio directo o indirecto (art. 31 bis CP), lo cual aquí parece bastante difícil.

Respecto a las penas accesorias, a partir de ahora, cuando el autor o cómplice en la perpetración de los delitos comprendidos en el Título VIII sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro del menor o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, se obliga —antes se facultaba, «podrá imponer» rezaba el precepto— al juez a imponer además de las penas previstas que procedan, la pena de privación de la patria potestad o inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de cuatro a diez años. Se mantiene inalterado lo referido a la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, cuando comporte el contacto regular y directo con menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de prisión impuesta en el caso de los delitos graves; y entre dos y veinte años si fuera menos grave (véase art. 192.3. II CP).

Por último, la LO 10/2022 añade la previsión de una cláusula concursal en el art. 194 bis CP en la que se prescribe que «las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen». Al eliminar los medios comisivos de la violencia e intimidación como factor distintivo de los delitos de agresión y abuso sexual y unificar todo en el delito de agresión sexual sin contemplar tales elementos en la configuración típica de los delitos sexuales, ni siquiera como circunstancia agravante, se añade esta regla concursal para, en caso de concurrir episodios de violencia o amenazas, se aprecie el correspondiente delito que proceda bajo las reglas concursales. El precepto, en puridad, no resulta necesario pues, obviamente, si se quebrantan otros bienes jurídicos y esas conductas diferentes al atentado contra la libertad sexual no constituyen elementos configuradores de la tipicidad del delito sexual ni se prevén como circunstancias agravatorias específicas, deberá castigarse autónomamente²¹⁶. Sin embargo, la inclusión expresa de esta regla concursal puede responder a la escasez de condenas dictadas, en este sentido, por parte de los tribunales al entender en la mayoría de casos, que los actos de violencia o intimidación ya quedaban consumidos en la propia agresión sexual²¹⁷. En todo caso, esta cláusula no autoriza a

²¹⁶ Sobre esta innecesaridad MUÑOZ CONDE, F. / LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2023). *Derecho Penal. Parte Especial...* Op. cit., p. 297.

²¹⁷ En este sentido, lo apunta CÁMARA ARROYO quien entiende que con esta cláusula deberá atenderse corregida la doctrina jurisprudencial conforme a la cual las lesiones psíquicas ocasionadas en la víctima se entendían consumidas en el tipo delictivo de agresión sexual, cfr. CÁMARA ARROYO, S. en SERRANO TÁRRAGA (Coord.) (2023). *Derecho Penal. Parte*

soslayar la prohibición *non bis in idem*, debiendo rehuir de interpretaciones literales y atender a la singularidad de cada caso concreto para concluir si unas lesiones a otros bienes jurídicos deben castigarse de forma autónoma o están ya abarcadas o consumidas en el propio delito de agresión sexual²¹⁸.

3.4. El consentimiento

3.4.1. Un consentimiento afirmativo

El consentimiento es sin duda la cuestión medular de la reforma, la cual ha querido otorgarle un papel protagonista en la configuración de la tipicidad de los delitos contra la libertad sexual, sin que se vea ensombrecido por otros elementos secundarios. Sin embargo, debe hacerse notar que el consentimiento ya era el punto neurálgico de la regulación anterior pues siendo un elemento negativo del tipo, la concurrencia del mismo comportaba siempre una causa de atipicidad de la conducta²¹⁹.

Dicho esto, en primer lugar, debe resaltarse la existencia de dos grandes modelos de consentimiento, a saber: el de la negativa expresa, “sólo no es no”; o el del consentimiento expreso, “sólo sí es sí”. La reforma operada por la LO 10/2022 se inclina por la asunción del segundo de los modelos referidos, de ahí su sobrenombre “ley del sólo sí es sí”.

El modelo del consentimiento del “no es no” da relevancia a la exteriorización de la negativa u oposición de la persona al mantenimiento del concreto acto sexual de que se trate, momento a partir del cual la prosecución en contra de su negativa reviste al hecho de trascendencia penal²²⁰. Por el contrario, el modelo de consentimiento del “sí es sí” pone

Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, España, p. 300. Véase a este respecto el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 10 de octubre de 2003, en relación con las lesiones psíquicas: «las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente, por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil». Respecto a las lesiones físicas reiterando lo dicho *supra*, se entendía consumidas en el antiguo delito de agresión sexual lesiones de carácter leve como erosiones superficiales, arañazos, excoriación, eritemas, lesiones superficiales no sangrantes, entre otras. Cfr., por ejemplo, las tratadas por la STS 501/2018, de 24 de octubre, FD 3º o en la STS 1277/2012, de 22 de noviembre, FD 6º.

²¹⁸ Por ejemplo, la detención ilegal que se produce con la agresión sexual, si es momentánea y se comprende como elemento consustancial de la agresión, ésta consumirá la privación de libertad. Sin embargo, cuando se prolongue más allá de lo estrictamente necesario, deberá adquirir una sustantividad propia integrando autónomamente el correspondiente delito de detenciones ilegales, que normalmente se apreciará en concurso medial con la agresión sexual. *Vid.* CUERDA ARNAU, M. L. en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.) (2023). *Derecho Penal. Parte Especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, España, pp. 250-251.

²¹⁹ Entre muchos, CUERDA ARNAU, M. L... *Ibidem*, p. 230.

²²⁰ Evidentemente, a esa oposición o voluntad contraria se equiparan supuestos en los que la víctima se halla en un estado que le impida prestar su consentimiento, o sea objeto de un ataque sorpresivo, o se haya utilizado violencia o intimidación. Este modelo del «no es no», también referido como «modelo del veto», es acogido, por ejemplo, por el Código Penal Federal de Alemania. Cfr. PERAMATO MARTÍN, T. (2022). «El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. Propuestas normativas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº extra 2, pp. 191-224.

el acento en que para el mantenimiento de una relación sexual lícita debe prestarse expresa y libremente la anuencia o consentimiento por parte de la persona. En este último, es el sujeto que lleve la iniciativa del acto libidinoso quien debe cerciorarse con carácter previo de haber recabado el consentimiento de la otra persona. De manera que, esta concepción del consentimiento afirmativo es notablemente más ambiciosa respecto al nivel de diligencia exigido normativamente a los individuos a la hora de desenvolverse en sus relaciones afectivo-sexuales²²¹. Ya no se contenta con que una persona presuma o interprete subjetivamente que si alguien no manifiesta su negativa o no se resiste significa que apruebe su actuación o que el silencio pasivo, sin otros actos se interprete como consentimiento (una suerte de que “quien calla otorga”)²²², sino que exige que esa actuación venga precedida por la autorización de la pareja sexual, que debe consentir con carácter previo o concomitante, esto es, cada uno debe asegurarse de que el otro quiere, debiendo rechazarse los postulados del subjetivismo interpretativo²²³. Consecuentemente, la cuestión no será si la víctima manifestó su expresa oposición, si se resistió o si se negó verbalmente a la relación sexual, sino por el contrario, deberá verificarse si consintió el acto sexual o no, de manera que el mero silencio no podrá comprenderse nunca como un modo de consentir²²⁴. El consentimiento afirmativo comporta así la instauración de un modelo

²²¹ Secundando, en este sentido, a SCHULHOFER, considera que desde un concepto adecuado del consentimiento «[a] person contemplating an act of sexual penetration is not entitled to assume the other party's willingness and that the person who initiates physical intimacy must take steps to ascertain whether mutual desire is present» [una persona que contempla un acto sexual no se halla legitimada para presuponer la voluntad de la otra parte y que la persona que lleva la iniciativa sexual debe tomar medidas para cerciorarse de que exista un deseo mutuo]. Matizando, igualmente que a tal fin «artificial verbal or behavioral contortions are not required» [no se requieren contorsiones verbales o conductuales artificiales]. SCHULHOFER, S. J. (2016). «Consent: What It Means and Why It's Time to Require It». *University of the Pacific Law Review*, Vol. 47, p. 668.

²²² Esto se hallaría en consonancia con las Reglas de Procedimiento y Prueba ante la Corte Penal Internacional, para los casos de violencias sexuales durante conflicto armado. La letra c) de la Regla 70 estipula que «el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual». Cfr. Resolución de 19 de septiembre de 2011, de la Secretaría General Técnica, por la que se publican las Reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 231, de 26 de septiembre de 2011, pp. 101123-101192.

²²³ En este sentido, la STS 802/2022, de 6 de octubre, FD 8º, declara que «el consentimiento de una mujer para tener una relación sexual debe ser expreso y no presunto a juicio o criterio del autor del delito de agresión sexual. El subjetivismo interpretativo no puede ser utilizado como excusa [...]. El juicio interpretativo del autor en estos casos no le da carta de naturaleza para tener por ello relaciones sexuales si la víctima no lo consiente o acepta de forma expresa». También la STS 145/2020, de 14 de mayo, FD 2º, establece que: «si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que "no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer"».

²²⁴ FARALDO CABANA, P. «Solo sí es sí: hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación», en ACALE SÁNCHEZ, M. / MIRANDA RODRÍGUEZ, A. / NIETO MARTÍN, A. (Coords.) (2021). *Reformas penales en la península ibérica: a «jangada de pedra»?*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, p. 271. Esto no significa que deba negarse toda relevancia a los silencios, pues ciertamente el consentimiento podrá expresarse por medio de una serie secuencial y fluida de acciones en las que, usualmente, no se verbalizará palabra alguna, ni tampoco se pedirá permiso. Véase, de forma similar, GRUBER, A. (2016). «Not Affirmative Consent». *The University of the Pacific Law Review*. Vol. 47, p. 690.

de interacción sexual en el que ambos participantes asumen la responsabilidad de sus acciones y deseos²²⁵.

Dicho lo cual, el Anteproyecto de 3 de marzo de 2020, de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, establecía que «se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto». La redacción en términos negativos no era desde luego afortunada por la confusión interpretativa que una doble negación podía provocar, lo cual fue convenientemente señalado tanto por el Consejo Fiscal²²⁶ como por el Consejo de Estado²²⁷ en la etapa prelegislativa.

Tomando en consideración esta señalada deficiencia, finalmente, se adoptó una formulación en positivo de la definición señalando que «sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona» (cfr. art. 178.1 *in fine* CP). Asimismo, tal y como se observa, se sustituye la expresión «por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes» por la más factible «en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la víctima», modificación que, en principio, debería sofocar alguna de las críticas vertidas sobre la inteligibilidad del precepto²²⁸.

Esta definición, acogiendo el modelo de consentimiento “sí es sí”, da a entender que ha de presumirse la indisponibilidad de la otra persona para el mantenimiento de la relación sexual²²⁹, de suerte que, resulta obligado que cada sujeto se cerciore de que su compañero

²²⁵ *Vid.* LITTLE, N. J. (2005). «From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law». *Vanderbilt Law Review*. Vol. 58, p. 1348.

²²⁶ Cfr. CONSEJO FISCAL (2020). Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, *Fiscalía General del Estado*, p. 65.

²²⁷ Cfr. CONSEJO DE ESTADO (2021). Dictamen 393/2021, de 10 de junio, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, p. 104. En este sentido, se indica que se utiliza «una definición negativa [...], esto es, una doble negación que resulta algo oscura». Y, prosigue, «[d]e forma más clara, podría haberse recurrido a una definición positiva del consentimiento, con el fin de evitar las dudas que pudieran derivar de la utilización de una doble negación en castellano, como también la confusión que esa doble negación pudiera generar acerca del modelo de consentimiento que se plasma en el Anteproyecto».

²²⁸ Véase ACALE SÁNCHEZ, M. (2021). «Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma... *Op. cit.*, 477.

²²⁹ Esto, en modo alguno, quiere decir que en caso de que la víctima denuncie aduciendo que no consintió se presuma la ausencia de consentimiento, pues es un extremo de la tipicidad necesitado de prueba de cargo, sin que quepa invertir la carga de la prueba, ni por supuesto que se exija una prueba diabólica de la inocencia del acusado. Simplemente la idea que se traslada es que, en las relaciones afectivo-sexuales, las personas deben presuponer que la otra persona no consiente de entrada, hasta que no exprese claramente lo contrario.

consiente²³⁰. Efectivamente, el consentimiento debe prestarse de forma inicial a la realización del acto sexual y ser mantenido a lo largo del curso del mismo, puesto que, toda persona en el ejercicio de su libertad sexual puede decidir, en cualquier momento, revocar el consentimiento inicial, arrepentirse o cambiar de parecer; aun cuando en este último caso le será exigible exteriorizar una señal de oposición²³¹. El mantenimiento de relaciones sexuales habitualmente responderá a una dinámica secuencial en la que unos primeros besos serán seguidos de tocamientos diversos o actos de masturbación, pudiendo llegar a acciones de una significación sexual cualificada como penetraciones o accesos carnales por distintas vías, con o sin medios profilácticos. Esta modificación continua y sucesiva de las condiciones en las que la relación sexual se desenvuelve, naturalmente, habilita a cualquiera de los participantes a poner término a su desarrollo o bien a mantenerse en un determinado nivel de condiciones, rechazando *ad libitum* cualquier acto particular indeseado²³². Lo anterior es lo que se ha denominado por George FLETCHER como “metafísica del consentimiento”, el cual sería resultado de un complejo proceso comunicativo en el que, huelga decir, pueden producirse alteraciones, malentendidos o sobreentendidos, en los que un consentimiento inicial deja posteriormente de serlo²³³.

Resulta inconcuso, que este exigente nivel de cuidado que se reclama a los ciudadanos a la hora de recabar con plena certidumbre el consentimiento de otro sujeto puede ser un tanto ilusorio en determinados casos, pues, por norma general, el carácter lábil, el simbolismo y la confusión que envuelven a la sexualidad impiden, en ocasiones, una

²³⁰ Vid. CUERDA ARNAU, M. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. «Legalidad, presunción de inocencia y prohibición de exceso en la reforma de los delitos contra la libertad sexual... *Op. cit.*, p. 1.304. Entienden que «la reforma parece establecer la indisponibilidad como principio, de modo que es obligatorio asegurarse de que concurre consentimiento».

²³¹ La revocación del consentimiento debe, en efecto, quedar meridianamente clara debiéndose expresar con palabras, actos o de cualquier otra manera para que los demás participantes se percaten del cambio en la voluntad de la persona. Vid. PERAMATO MARTÍN, T. (2023). «La ausencia de consentimiento afirmativo como eje de la respuesta penal... *Op. cit.*, p. 20. En este sentido, HÖRNLE sostiene que en estas situaciones ambiguas no resulta irrazonable ni demasiado exigente requerir a quien retira su inicial consentimiento una señal de desaprobación que disuelva la ambigüedad, HÖRNLE, T (2017). «The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment». *German Law Journal*. Vol. 18, pp. 1309 a 1330. También lo considera así, SCHULHOFER, entendiéndolo que el consentimiento es susceptible de ser revocado en cualquier momento, si bien mediante una conducta que comunique este cambio, una negativa verbal clara. Cfr. en SCHULHOFER, S. J. (2016). «Consent: What It Means and Why It's Time to Require It... *Op. cit.*, p. 669.

²³² En este sentido, el Tribunal Supremo ya tenía dicho con anterioridad a la LO 10/2022 que «la decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quién 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». Cfr. STS 145/2020, de 14 de mayo, FD 2°.

²³³ Cita a FLETCHER y a su concepto de “metafísica del consentimiento”, MUÑOZ CONDE, F. (2020). «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual... *Op. cit.*, p. 236.

comunicación totalmente nítida²³⁴. En especial, en aquellos supuestos suscitados en contextos étlicos o festivos en los que de forma habitual ambos partícipes del acto sexual se hallan en un estado de embriaguez o, en cualquier caso, bajo la afectación moderada de sus capacidades de discernimiento. Desde un prisma sociológico, no se antoja extraño el hecho de que muchas personas recurran a las bebidas alcohólicas u otras drogas como estrategia tendente a la búsqueda de contactos sexuales, justamente por los efectos desinhibitorios que éstos generan en el carácter sobrio de los individuos²³⁵. Siendo así, tampoco es desconocido que el mantenimiento de un acto de contenido sexual en dichas ocasiones de alborozo y efervescencia nocturna sea ulteriormente, en un estado de resacosa recuperación de la conciencia, objeto de incredulidad y arrepentimiento por parte de sus protagonistas²³⁶. En tales escenarios, ¿es posible aseverar que la persona se hallaba en óptimas condiciones para prestar su consentimiento? Puede incluso que la otra persona también se hallara en tal estado mental, puede que ninguno llevara enteramente la iniciativa, sino que el contacto se produjera por actitudes bilaterales o recíprocas. Cabría afirmar entonces que ambos no tenían un grado de afección suficiente para descartar su capacidad de culpabilidad, pero sí como para imposibilitarles prestar un consentimiento válido, conduciendo al absurdo resultado de apreciar dos delitos de agresión sexual²³⁷. Lógicamente, la necesidad de que exista dolo en el obrar del autor permitiría resolver estas problemáticas, pero desde luego que los ejemplos anteriores evidencian la necesidad de que el juez acmode a cada caso la aparente rigidez conceptual de la definición dada por el legislador.

²³⁴ Sobre los problemas comunicativos inherentes al ámbito de la sexualidad y a las diferentes expectativas e interpretaciones que los roles de género imprimen en los sujetos de sexo masculino y femenino, véase RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2023). «Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de “solo sí es sí”», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 34, pp. 230-255. Este autor sugiere que el rigor de la definición planteada va a conducir previsiblemente a la apreciación, en muchos casos, de un error de tipo en el sujeto activo que obra bajo la creencia de contar con el consentimiento de la víctima, dando lugar a un mayor espacio de impunidad (*vid.* p. 250).

²³⁵ Sobre esta cuestión véase CANCIO MELIÁ, M. en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.) (2022). *Memento Práctico Penal*, Lefebvre, núm. 9265.

²³⁶ Alude a esta idea ÁLVAREZ GARCÍA, quien subraya que en no pocas ocasiones el presunto consentimiento para el contacto sexual se da en situaciones «confusas», «apresuradas», «tumultuarias» [...]; sin embargo, a la jornada siguiente no es infrecuente que los protagonistas de dicho contacto, o alguno de éstos, se pregunten ¿qué hice?, ¿cuándo dije «sí»? ¿por qué?, o, sencillamente, se arrepienta. Tampoco que tilde al otro sujeto de «aprovechar» su momento de debilidad o confusión. *Vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2022). «La libertad sexual en peligro», *Diario La Ley*, nº 10.007, p. 8.

²³⁷ Este ejemplo lo plantea PUENTE RODRÍGUEZ, L. (2023). «Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25, p. 20. Este autor se plantea: «¿Se puede ser a la vez y en una misma relación sexual víctima y autor? ¿Existen las “agresiones sexuales recíprocas”? Parece, a la luz de lo dicho, que, ciertamente, sí. Y es que mientras queramos que el autor del delito no se pueda refugiar en haberse tomado “unas copas”, pero queramos también que no pueda aprovecharse de que la víctima se haya tomado esas mismas copas, este problema permanecerá».

Por otra parte, la inclusión de una definición legal del consentimiento ha sido también criticada por ser percibida como un subterfugio del legislador para incidir de forma indirecta en la valoración probatoria exclusivamente encomendada a los jueces y tribunales (*ex arts. 117.3 CE y 741 LECrim*), así como una fórmula de inversión de la carga de la prueba²³⁸. Este recelo viene en parte propiciado por la lamentable inclusión en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de un propósito encaminado a «reorientar el régimen de valoración de la prueba». Esta expresión fue enmendada y, finalmente, el preámbulo de la LO 10/2022 no formula esa *voluntas legis* pretendida. En todo caso, siendo el consentimiento un elemento negativo del tipo penal, como cualquier otro elemento de su tipicidad, estará necesitado de prueba²³⁹. Esto es, como no podía ser de otra manera, la carga de la prueba seguirá recayendo en las acusaciones, pudiendo el denunciado permanecer en silencio o decir que sí hubo consentimiento, siendo obligado desplegar la actividad probatoria de cargo que acredite la inexistencia de consentimiento por parte de la pretendida víctima.

Por otra parte, la principal crítica cosechada por la definición *ex lege* del concepto de consentimiento ha sido su estrictez. En efecto, se considera que un concepto normativo excesivamente rígido del consentimiento puede desembocar en una obliteración de los canales de licitud, los cuales quedan estrechados, impidiendo dar cabida a situaciones socialmente admisibles pero que no hallan acomodación jurídica, por lo que el juzgador queda acorralado y abocado bien a sancionar; o bien a emprender denodados esfuerzos creativos para negar el carácter delictivo tensionando así los remaches estructurales de la legalidad.

Especialmente crítico se muestra ÁLVAREZ GARCÍA, quien entiende que la exigencia de que la persona manifieste libremente su consentimiento mediante «actos», impediría entender consentidos los modos corrientes de proceder en la práctica sexual, en los que usualmente se recurre a miradas, gestos, mohínes o movimientos corporales para

²³⁸ El CGPJ en su informe destaca que la definición escogida pudiera comportar «un aparente desplazamiento de la carga de la prueba», cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2021). Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, p. 82, (punto 217).

²³⁹ El Consejo Fiscal señaló en su informe que «en modo alguno esto se traduce en una inversión de la carga de la prueba o en una vulneración del principio de presunción de inocencia, dado que seguirá correspondiendo a la acusación acreditar que conforme a las condiciones circundantes no hubo actos exteriores, concluyentes e inequívocos que implicasen un consentimiento», pp. 65 y 66.

manifestar la voluntad y que a juicio del autor no integrarían el concepto de «actos» siendo así inidóneos para satisfacer el consentimiento legalmente formulado en sus estrictos términos²⁴⁰. También alude a que durante la progresión en el mantenimiento de los actos sexuales se produce un avance respecto al que la no oposición implica una aceptación, de manera que, el acto de consentimiento consistirá en un «no acto», o sea, en un silencio al que se atribuye una significación de asentimiento²⁴¹.

Más problemas plantea también la configuración del concepto de consentimiento positivo o afirmativo para aquellas situaciones en las que cabría advertir la existencia de un consentimiento presunto y sostenido en el tiempo respecto de las que la angostura del término dada en el art. 178.1 CP sería insatisfactoria al no abarcar otras modalidades de consentimiento suscitadas; por ejemplo, en el ámbito de las relaciones conyugales o de análoga afectividad, como noviazgos, devaneos o parejas con encuentros sexuales regulares²⁴². En tales casos, el consentimiento debería seguir la teoría del “sólo no es no”, esto es, sólo la negativa del sujeto pasivo convertiría la conducta en in consentida so pena de penalizar exacerbadamente conductas que, en modo alguno, deberían ser delictivas. Piénsese en toda la compleja multiplicidad de situaciones que concurre en el seno de las parejas, como besos de improviso, tocamientos, roces o caricias sorprendidas, o efectuadas cariñosamente cuando la persona se halla dormida. En esos singulares supuestos de confianza en los que, de acuerdo con los precedentes afectivos, regularidad o consolidación de la relación, el sujeto activo de la conducta sexual obra bajo la presumida creencia de contar con el consentimiento de la otra persona, sólo el rechazo u oposición de esta última debería convertir

²⁴⁰ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2022). «La libertad sexual en peligro... *Op. cit.*, pp. 5 y ss.

²⁴¹ Cita a colación la sentencia de la Sala Primera STS 988/1995, de 17 de noviembre, FD 1º, conforme a la cual «dada una determinada relación entre personas, cuando el modo corriente y usual de proceder implica el deber de hablar, si el que puede y debe hablar no lo hace, se ha de reputar que consiente en aras de la buena fe».

²⁴² La doctrina apunta, en este sentido, a supuestos de consentimiento, con frecuencia presunto o tácito, que impiden afirmar que el autor eluda la voluntad de su pareja respecto a la acción sexual cuando se produce en casos de convivencia o de relaciones sexuales estables, frecuentes o sin solución de continuidad entre autor y pretendida víctima. Véase DIEZ RIPOLLÉS en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / ROMEO CASABONA, C. M. (Coords.) (2004). *Comentarios al Código Penal, Parte Especial II...* *Op. cit.*, p. 327; también sobre el consentimiento tácito ORTS BERENGUER, E. (1996). *Comentarios al Código penal de 1995*. Tirant lo Blanch, Valencia, España, p. 940. En contra, desde el derecho comparado, Melanie RANDALL sugiere que la relación conyugal por sí misma no instituye un presunto “consentimiento continuo” para el mantenimiento de relaciones sexuales, sino que éste debe ser objeto de negociación dinámica y no estática en el seno de la pareja. *Vid.* RANDALL, M. (2008). «Sexual Assault in Spousal Relationships, 'Continuous Consent', and the Law, Honest but Mistaken Judicial Beliefs». *University of Manitoba Law Journal*. Vol. 32, Núm. 1.

ese comportamiento en típico (y revelador del dolo), de continuarse y no cesarse tras la negativa de aquella²⁴³.

A colación de dicha problemática se podría uno inclinar por restarle importancia aduciendo que la naturaleza semipública de estos delitos, en los que *grosso modo* se exige denuncia por parte de la víctima u ofendido como requisito de procedibilidad²⁴⁴, ya salvaría su persecución, pues la otra persona de haber tolerado libremente se abstendrá de denunciar²⁴⁵. No obstante, se ha de convenir con DEL MORAL GARCÍA en que tamaños planteamientos son inadmisibles pues se estaría admitiendo penalizar conductas socialmente lícitas²⁴⁶. No cabe consuelo en castigar una conducta no merecedora de reproche y, posteriormente, confiar en la supuesta probidad de los individuos. En efecto, ese intersticio no puede quedar bien sellado mediante el parche de la procedibilidad, pues nada garantiza que una conducta sexual perfectamente lícita, pero en la que no haya existido ese consentimiento positivo formalmente exigido, sea precedida por una crisis conyugal cuyo resentimiento anime a la otra persona a denunciar los hechos, los cuales serán irremediabilmente delictivos al no mediar el preciso consentimiento que actualmente exige la norma penal. Siendo así, la redacción dada al concepto de consentimiento podría comportar serios inconvenientes.

En este sentido, la configuración típica del consentimiento en los estrictos términos sentados podría producir un efecto desaliento a la hora de ejercer la libertad sexual por parte de los individuos. Se refiere a esta cuestión LASCURAÍN SÁNCHEZ, entendiendo que la nueva regulación del consentimiento, al establecer una forma concreta y específica en la que el consentimiento pueda reputarse como lícito, provoca que consentimientos

²⁴³ En este sentido, alude MUÑOZ CONDE que «generalmente, en las relaciones de convivencia habitual y continuada, mientras no haya una oposición clara al contacto sexual, puede presumirse el consentimiento». Cfr. MUÑOZ CONDE, F. / LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2023). *Derecho Penal. Parte Especial...* Op. cit., p. 236.

²⁴⁴ La naturaleza semipública es discutida dado que también cabe querrela del Ministerio Fiscal que actuará «ponderando los legítimos intereses en presencia», véase *supra* apdo. 2.5 sobre este aspecto procesal.

²⁴⁵ Esto lo argumenta, por ejemplo, ACALE SÁNCHEZ en ACALE SÁNCHEZ, M. / CASAS HERVILLA, J. / CUGAT MAURI, M. (7 de junio de 2023). «Debate Ley del Sí es Sí y su Contrarreforma». CUERDA ARNAU, M. L. (Moderadora), *Teoría & Derecho, Tirant lo Blanch*, Valencia, España. Disponible en: <https://acortar.link/swkBI5>. [Última consulta: 12 de junio de 2024]. (Véase a partir del minuto 50:40).

²⁴⁶ *Vid.* DEL MORAL GARCÍA, A. «Caracterización normativa del consentimiento en la reforma de los delitos sexuales», en AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. (Coord.) (2023). *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»...* Op. cit., p. 118.

materialmente válidos no sean, aun con todo, idóneos o suficientes para descartar el encaje típico de la conducta²⁴⁷.

Con todo, no resulta razonable proyectar un mismo canon comprensivo del consentimiento en un contexto sexual primitivo o esporádico que en aquel en el que la relación de intimidad ha fraguado un vínculo de confianza entre los agentes por su reiteración y afianzamiento temporal. En este sentido, la literalidad del precepto debería modularse utilizando el inciso «en atención a las circunstancias del caso» cual válvula de escape interpretativa, para acomodar su significado normativo a la realidad social. Le corresponderá así a la jurisprudencia tamizar la rígida redacción del mismo²⁴⁸.

A este respecto, el término legalmente empleado, «actos que, en atención a las circunstancias del caso *expresen* de manera clara la voluntad de la persona», no exige en ningún caso, que la voluntad sea verbal, sino que sea concluyente, patente, clara o inequívoca pues el verbo «expresar» de conformidad con el diccionario de la RAE significa: «[m]anifestar con palabras, miradas o gestos lo que se quiere dar a entender»²⁴⁹. Siendo así, el consentimiento podrá ser prestado no necesariamente mediante palabras o de forma verbal, sino también, lo cual será lo más habitual, mediante los movimientos gestuales propios de los contactos sexuales²⁵⁰. Desde esta óptica, un ademán, una mirada autorizante, una sonrisa cómplice, gestos, caricias, sutiles efluvios generados al son de movimientos sensuales, o meros tocamientos que paulatinamente se intensifican en un contexto pasional, así como cualquier otro movimiento corporal del que pueda inferirse claramente la voluntad de la persona deberán comprenderse como fórmulas perfectamente hábiles para expresar un consentimiento no verbalizado, pues recuérdese que la definición dada por el

²⁴⁷ Véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento» en AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. (Coord.) (2023). *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»...* Op. cit., pp. 55 y 56. Asume también este postulado PUENTE RODRÍGUEZ, L. (2023). «Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente...» Op. cit., p. 17.

²⁴⁸ En esta línea conviene Vicente MAGRO SERVET, actual magistrado de la Sala Segunda del TS, quien considera que no es preciso que el consentimiento sea expreso, pudiendo ser también tácito, «ya que la expresión “circunstancias del caso” se erige como el referente para llegar al alcance interpretativo de si existió el consentimiento». Vid. MAGRO SERVET, V. (2023). «Alcance interpretativo de la expresión “circunstancias del caso” en el consentimiento del art. 178.1 CP en los delitos de agresión sexual», Diario La Ley, nº 10.359, p. 2.

²⁴⁹ GIMBERNAT ORDEIG entiende que el uso del término “voluntad expresa” impediría apreciar formas tácitas de expresión del consentimiento, mostrándose muy crítico con la definición dada al consentimiento. Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E. (25 de abril de 2020). “Sólo sí es sí”, *El Mundo*. Disponible en: <https://acortar.link/PYRAHS>. [Última consulta: 12 de junio de 2024].

²⁵⁰ En este sentido, ya lo apunta la STS 196/2023, de 21 de marzo, FD 5º, entendiéndose que «por actos, se han de entender todo tipo de manifestaciones o señales de la persona que va a consentir, sean verbales o no, gestuales o situacionales».

art. 178.1 CP no exige, en modo alguno, como torticeramente se ha querido transmitir a la opinión pública, una comunicación verbal²⁵¹, ni mucho menos por escrito²⁵².

Igualmente, el parámetro «en atención a las circunstancias del caso» deberá servir para englobar actos, circunstancias fácticas y expresiones de voluntad precedentes y coetáneas a la conducta sexual, toda vez que, en relación con las eventuales problemáticas susceptibles de originarse en las parejas o entre cónyuges, el consentimiento puede ir construyéndose paulatinamente por los acuerdos tácitos que se hayan ido forjando y las costumbres sexuales que hayan ido cristalizándose en la relación. En tales supuestos el consentimiento se desprenderá claramente de la apreciación conjunta de una multiplicidad de «actos» pasados y presentes²⁵³.

Comoquiera, se ha insistido mucho en la innecesaria de una definición legal del consentimiento²⁵⁴. En este sentido, ORTS BERENGUER considera que la definición legal simplemente reitera una obviedad y que el consentimiento permanece siendo una cuestión probatoria que debe dilucidarse en sede judicial atendiendo a la infinidad de matices y circunstancias presentes en cada caso particular²⁵⁵. En semejante posición, MUÑOZ CONDE considera que la inclusión de dicha definición no cambia la situación, pues el problema de determinar si la relación sexual fue o no consentida no lo resuelve el

²⁵¹ El Tribunal Supremo ya se ha dado prisa en apostillar en relación al consentimiento que «no se exige una expresividad manifestada exteriormente, ya que el texto penal permite una aceptación atendida las circunstancias del caso». *Vid.* STS 10/2023, de 19 de enero, FD 11º. También la jurisprudencia menor parece haberlo comprendido así, entendiendo que el consentimiento del nuevo art. 178.1 CP «puede manifestarse de forma expresa o tácita. La forma expresa equivaldría a obtener un consentimiento prácticamente de carácter verbal dando la anuencia a la relación sexual. Y el consentimiento tácito se derivaría de lo que siempre se han denominado hechos concluyentes», cfr. SAP de Madrid 455/2023, de 27 de noviembre, FD 1º.

²⁵² Nótese, que la LO 10/2022 fue sometida a una cruenta mofa por parte de la opinión política y pública con absurdas patrañas que aseguraban que su aprobación iba a imponer la necesidad de tener que acudir al notario a emitir el consentimiento en escritura pública antes de mantener relaciones sexuales, o a tener que firmar un contrato entre quienes tenían el propósito de practicar sexo. El nivel de histerismo y sinrazón llegó incluso al desarrollo de una aplicación móvil para rellenar un formulario y prestar el consentimiento por los intervinientes del acto sexual. Véase, por ejemplo, «Una ‘app’ incluye un consentimiento firmado antes de mantener relaciones sexuales» (10 de noviembre de 2022). *El Periódico*. Disponible en: <https://acortar.link/KarlqO>. [Última consulta: 12 de junio de 2022].

²⁵³ Comparte esta idea RAMÓN RIBAS, E., «Aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales» en GARCÍA ÁLVAREZ, P. / CARUSO FONTÁN, V. (Dirs.) (2023). *La perspectiva de género en la ley del «sólo sí es sí»*. Claves de la polémica, Editorial Colex, A Coruña, España, pp. 384 a 386. También ÁLVAREZ GARCÍA reconoce que es posible «salvar» el precepto entendiendo la expresión «actos» como un conjunto de ellos que englobe «una pluralidad de expresiones de voluntad realizadas antes, durante y después del comportamiento sexual». Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2022). «La libertad sexual en peligro... *Op. cit.*, p. 7.

²⁵⁴ Ya lo concluía desde un inicio el propio CGPJ en su informe, expresando que «la definición proyectada de consentimiento resulta innecesaria. La cuestión problemática que plantea el consentimiento no es conceptual (qué deba ser consentimiento), sino probatoria (cuándo existe o no consentimiento)». Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2021). Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, p. 82, (párr. 217).

²⁵⁵ *Vid.* ORTS BERENGUER, E. en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (2022) ... *Op. cit.*, p. 225.

legislador sino el tribunal sentenciador valorando los elementos probatorios de cada caso²⁵⁶. Y, en fin, la definición de consentimiento contenida en el Convenio de Estambul, a pesar de su origen convencional, ya formaba parte y se hallaba integrada en nuestro ordenamiento jurídico²⁵⁷.

Sea como fuere, el establecimiento de la definición legal alumbrada por la reforma no parece capaz de generar problemas reales en la práctica. A mi modo de ver, puede tener la virtud de guiar la interpretación y valoración de los hechos por parte del juez desde la perspectiva de un consentimiento afirmativo, haciendo que quienes ejercen la potestad jurisdiccional tengan bien presente la firme convicción de que si la víctima no consistió la conducta sexual es típica²⁵⁸, debiendo quedar incólume el principio de libre valoración de la prueba que le pertenece con exclusividad e independencia al juez o tribunal funcionalmente competente para el enjuiciamiento de los hechos.

3.4.2. Error de tipo y consentimiento

Como ya se ha indicado, dada la configuración de estos delitos únicamente en su dimensión dolosa, sin prever expresamente modalidades imprudentes, el error respecto a algún elemento del tipo objetivo desembocará en la impunidad de la conducta por mandato del art. 12 en relación con el 14.1, ambos del CP²⁵⁹.

Pues bien, así las cosas, teniendo en cuenta la prolija casuística suscitada en torno a este tipo de delitos, no resulta anecdótico aquel supuesto en el que el autor, no obedeciendo a un comportamiento diligente respecto al otro sujeto con quien entabla la relación sexual,

²⁵⁶ Vid. MUÑOZ CONDE, F. / LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2023). *Derecho Penal. Parte Especial...* Op. cit., p. 238. También alude a ello en sentido similar, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (2023). «La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual...» Op. cit., p. 18.

²⁵⁷ Aunque los tribunales aludían escasamente a esta norma se pueden ver algunos casos, p. ej. SAP de Madrid 54/2019, de 29 de enero, FD 4º; SAP de Vizcaya 43/2019, de 10 de noviembre, FD 1º; o también la SAP de Burgos 379/2019, de 11 de diciembre, FD 8º.

²⁵⁸ En un sentido similar, el Código Penal de Suecia de 1962 (*Brottsbalk*), en el Capítulo 6, § 1, establece una serie de criterios para que el juez pueda considerar si la persona participa voluntariamente en el acto sexual o no. Singularmente, especifica que: «Nunca se podrá considerar que una persona participa voluntariamente si: 1) la participación es el resultado de una agresión, otro tipo de violencia o amenaza de acto criminal, amenaza de procesar o denunciar a otra persona por un delito o amenaza de dejar un mensaje malicioso sobre otra persona, 2) el autor se aprovecha indebidamente del hecho de que la persona se encuentra en una situación especialmente vulnerable debido a la inconsciencia, el sueño, un miedo grave, la intoxicación u otros efectos de drogas, una enfermedad, una lesión corporal, un trastorno mental o de otro tipo, teniendo en cuenta las circunstancias, o 3) el autor induce a la persona a participar abusando gravemente de su dependencia del autor». Sobre esta cuestión se alude en ACALE SÁNCHEZ, M. «El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales...» Op. cit., pp. 51-52.

²⁵⁹ La vencibilidad del error es, por consiguiente, intrascendente a falta de disposición expresa que sancione su comisión imprudente. Ello es consecuencia necesaria del modelo de incriminación tasada de la imprudencia (*numerus clausus*), en contraposición al sistema abierto (*numerus apertus*) anterior al CP 1995.

procede sin haber recabado con la certeza exigible el consentimiento del otro o presumiendo con temeridad que éste supera la edad de los dieciséis años. De suerte que, el agente yerra, actuando bajo la creencia de estar manteniendo relaciones sexuales consentidas y lícitas. Ante estos escenarios, distintos autores han abogado por contemplar una modalidad imprudente que permita dar acogida a tales supuestos y, de consuno, lo ha indicado el propio CGPJ en el informe emitido a colación del anteproyecto de ley²⁶⁰; posibilidad que, además, ya se halla contemplada en otras legislaciones como la islandesa o la sueca²⁶¹.

En consonancia con lo anterior, parte de la doctrina considera que aceptando que el autor de la concreta acción sexual debe cerciorarse tanto de que medie un consentimiento válido (sin que sea admisible su mera intuición o percepción subjetiva), como de que la persona alcance más de los dieciséis años, existen razones para la previsión de un tipo imprudente que sancione a quien no observa su deber de cuidado respecto al estado o voluntad de su pareja, en particular, en supuestos de parálisis de la víctima o presumidos consentimientos prestados en estado de embriaguez o intoxicación por otras sustancias psicotrópicas²⁶².

Comoquiera, la ausencia de una modalidad comisiva imprudente conduce en los casos de penumbra respecto a la concurrencia de un consentimiento válido o de la edad de la víctima a la siguiente disyuntiva: si se decide por condenar se escogerá el dolo eventual como título de imputación, castigándose con una severidad concebida para quien obra queriendo, o sea, dolosamente (*supra-punición*). La otra opción, sin duda más favorable al

²⁶⁰ Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2021). Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, pp. 80-81, (párr. 223 y conclusión 69ª).

²⁶¹ Respectivamente, art. 202 del Código Penal islandés y Sección Primera del Capítulo 6 del Código Penal sueco. Sobre el delito de agresión sexual imprudente desde una óptica de derecho comparado, véase OLALDE GARCÍA, A. (2022). «A propósito del Proyecto de reforma de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual perspectiva de Derecho Comparado», *La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 154, p. 9. Ciertamente, se debe convenir con PUENTE RODRÍGUEZ en que se antoja especialmente compleja la comparación y extrapolación de figuras delictuales de ordenamientos jurídicos distintos, sin atender a la posible diversidad o consideración respectiva que se tenga acerca del significado de dolo eventual, imprudencia grave u otros conceptos dogmáticos que en sendos países les atribuya la jurisprudencia y doctrina de cada uno. Lo cual desde un enfoque riguroso malogra el argumento que se apoye en la previsión de esta modalidad imprudente en otros estados, que asimismo nos son culturalmente distantes. Vid. PUENTE RODRÍGUEZ, L. (2023). «Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente... *Op. cit.*, p. 8.

²⁶² Abona en esta tesis CANCIO MELLÁ, M. (2022). *Alguna breve consideración sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual*. Actas del III Congreso Internacional de la FICP, Alcalá de Henares, España, p. 14.

reo, estriba en declarar la absolución apreciando el error de tipo, por lo que se generaría un holgado espacio de impunidad (*infra-punición*)²⁶³.

El argumento de prever una modalidad imprudente se refuerza en vista de la renuencia con que la praxis judicial se muestra a la hora de apreciar el error de tipo respecto a la concurrencia de consentimiento en los casos en los que el autor yerra y actúa dudando de su existencia, y lo mismo respecto a la edad de la víctima²⁶⁴. Todo ello, suponiendo un ensanchamiento del concepto de dolo eventual, lo cual conduce al pernicioso efecto de condenar como autor doloso a quien actúa de forma imprudente²⁶⁵.

Por otra parte, se corre el riesgo de que, al contemplar una fórmula imprudente, los tribunales empiecen a inclinarse por castigar vía imprudencia lo que, en puridad, ha obedecido a un actuar doloso (al menos eventual)²⁶⁶. Produciéndose así un trasvase de condenas desde el ámbito doloso al imprudente y, por ende, una atenuación generalizada del reproche penal²⁶⁷. Y, en todo caso, la previsión de una modalidad comisiva imprudente de agresión sexual podría comportar una hipertrofia aun mayor de nuestro derecho penal.

Soslayando la tensión léxica que provocan términos oxímoron como «violación imprudente» o «agresión imprudente», lo cierto es que, terminológicamente hablando, una

²⁶³ Así se pronuncia LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (marzo, 2022). «Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve», *Almacén de Derecho*. Disponible en: <https://acortar.link/8bsYcy>. [Última consulta: 12 de junio de 2024].

²⁶⁴ También menciona este efecto ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / del MOLINO ROMERA, M. «Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma» en DE VICENTE REMESAL, J. *et al.* (Dirs.) (2020). *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario...* *Op. cit.*, pp. 2019-2039.

²⁶⁵ *Id.* PUENTE RODRÍGUEZ, L. (2023). «Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente»... *Op. cit.*, p. 12. Aunque el autor considera inadecuado contemplar una fórmula imprudente en estos delitos, arguye como objeciones interesantes, que la agresión sexual imprudente supondría rebajar el umbral de la tipicidad aumentando consigo el número de procesos judiciales que versaran sobre hechos de muy escasa trascendencia situadas en ese nuevo reducido umbral, lo cual podría generar un efecto estigmatizante más alto sobre quienes ocupen la posición pasiva del procedimiento penal. Por otra parte, también apunta a la posible generación de un efecto desaliento sobre el ejercicio de la libertad sexual entre las personas.

²⁶⁶ A título ilustrativo podría esbozarse el siguiente ejemplo: si un sujeto entabla contacto con una persona en estado ebrio, inicia una acción de significación sexual —beso, tocamiento u otras— y sin que haya existido ningún gesto, mirada, ademán o acto del que quepa inferir razonablemente autorización o aceptación por parte de ésta, prosigue. ¿No se representa el autor con suficiente grado de probabilidad la posibilidad de que no haya consentido? ¿Acaso no está aceptando y asumiendo la potencial causación del resultado lesivo? *Prima facie*, podría concluirse que ha obrado con dolo eventual, pues representándose como probable la producción del resultado dañoso protegido por la norma, éste, a pesar de ello, da continuidad a la acción temeraria asumiendo y resignándose a la causación de tal resultado (representado en la mente del autor). Aun con todo, estos casos siempre motivarán dudas interpretativas propias de la tenue frontera entre el dolo eventual y la culpa consciente.

²⁶⁷ Esta idea surgió en el debate que subsiguio a la conferencia FARALDO CABANA, P. y DE LA MATA BARRANCO, N. J. (13 de noviembre de 2023). «Últimas reformas de los delitos contra la libertad sexual». *Colegio de la Abogacía de Bizkaia*, Bilbao, España. También lo hace notar (*vid.* p. 24), en términos parecidos, PERAMATO MARTÍN, T. (2020). «Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual. El consentimiento», *Boletín de Violencia de Género y de Igualdad - Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 11, pp. 3-14.

hipotética modalidad imprudente hubiera casado mejor con el antiguo delito de abusos sexuales, resultando desaconsejable su encaje *de lege ferenda*.

3.4.3. Consentimiento viciado por engaño o error

Especialmente interesante resulta el debate académico y jurisprudencial acerca de si el engaño puede ser un medio comisivo del delito de agresión sexual, entendiendo que ese mecanismo fraudulento del que se vale el autor vicia el consentimiento aparentemente prestado por la víctima. Todo ello considerando que el engaño no se halla incluido como uno de los medios comisivos expresamente previstos por el art. 178.2 CP, el cual no contemplaría un catálogo cerrado, sino más bien un listado ejemplificativo de supuestos que obedecería a un sistema *numerus apertus*, lo cual no imposibilitaría la idoneidad de otros medios para vencer la voluntad de la víctima²⁶⁸. Singularmente, también cobra una significativa atención los supuestos denominados *stealthing*²⁶⁹ en los que la persona con la que se mantiene la relación sexual ha prestado un consentimiento condicionado al uso de profiláctico, pero en el desarrollo del acto sexual quien se ha comprometido a su uso se desprende subrepticamente del preservativo incumpliendo la condición previamente impuesta y alterando sustancialmente las circunstancias en las que el consentimiento se enmarcaba.

La postura de admitir el engaño como medio comisivo típico de la agresión sexual sugeriría que si la persona que consiente hubiera conocido un aspecto subjetivamente sustancial y determinante de su consentimiento no habría otorgado su voluntad de consentir. Esto ocurre, tanto cuando un sujeto por acción induce deliberadamente a un error a su pareja sexual, como cuando, por omisión, se aprovecha de una confusión de su contraparte, no aclarando aquel extremo sobre el que yerra y le estimula a consentir²⁷⁰. En consecuencia, aunque se presta el consentimiento, éste queda viciado por el engaño o error que genera un sujeto por acción u omisión.

²⁶⁸ Lo entiende así PERAMATO MARTÍN, T. (2023). «La ausencia de consentimiento afirmativo como eje de la respuesta penal... *Op. cit.*, p. 21.

²⁶⁹ Término acuñado en el ámbito jurídico anglosajón para referirse a estos supuestos, significando “en sigilo” o “secretamente”.

²⁷⁰ Lo explica así COCA VILA, I. (2023). «Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, pp. 430-466. (*Id.* p. 436).

Sin embargo, la admisibilidad de este enfoque puede conducir a una serie de efectos adversos. Así, se podría llegar a punir aquellos supuestos en los que se mantienen relaciones sexuales bajo la falsa creencia de entablarlas con quien dice gozar de riqueza o fama, dedicarse a una profesión prestigiosa, hallarse soltero, profesar tal o cual religión, o adherirse a determinada ideología, cuando esa impostada imagen es generada engañosamente o aprovechada por la otra parte, precisamente, para inducir la atracción sexual decisiva del consentimiento. En esas hipótesis quien posteriormente descubre la falsedad de tales simuladas apariencias podría entender que ha sido engañado, que no habría consentido de saberlo, que su consentimiento estaba viciado, en definitiva, que se atentó contra su libertad sexual²⁷¹. Evidentemente, esta tesis subjetivista que atribuye relevancia a cualquier engaño no se percibe satisfactoria²⁷², toda vez que se estaría exigiendo a los ciudadanos que en el ámbito de sus contactos sexuales fueran *ab initio* absolutamente sinceros, debiendo exponer desde un principio cada uno de los aspectos personales e íntimos que puedan intuirse relevantes para la otra persona a los efectos de consentir: estado civil, profesión, patrimonio, nacionalidad, adscripción ideológica, religión, raza, etcétera²⁷³. En fin, deviene absolutamente inaceptable²⁷⁴.

Desde luego, está claro que no todas las condiciones o factores son equiparables. No es lo mismo, por ejemplo, engañar al compañero sexual con usar protección y después desprenderse del medio profiláctico o entrar a hurtadillas en un dormitorio haciendo creer a otro que eres su pareja suplantando así su identidad, que engañarle aparentando comulgar su misma tendencia política. Sin embargo, la compleja delimitación en abstracto de cuán decisivo o trascendente desde una óptica penal resulta ser cada factor, aconseja ser cautelosos respecto a la concesión de idoneidad al error como medio comisivo del delito de agresión sexual. Algunos autores como COCA VILA identifican una serie de engaños a los

²⁷¹ Vid. CASTELLVÍ MONSERRAT, C / MÍNGUEZ ROSIQUE, M. (2021). «Con sigilo y sin preservativo tres razones para castigar el stealthing», *Diario La Ley*, nº 9962, pp. 6 y 7.

²⁷² Apoya esta posición subjetivista DOUGHERTY, T. (2013). «Sex, Lies, and Consent», *Ethics*, vol. 123, nº 4, pp. 717-744; y también HERRING, J. (2014). «Rape and The Definition of Consent», *National Law School India Review*, vol. 26, nº 1, pp. 62-74.

²⁷³ Piénsese, por ejemplo, en el caso del policía nacional infiltrado en un colectivo independentista catalán que se acostó con varias integrantes de dicho grupo y, posteriormente, cuando éstas supieron de su condición de policía nacional se querellaron contra él por sendos delitos de abuso sexual. Vid. GONZÁLEZ, V. (2 de febrero de 2023). «La causa contra el agente infiltrado que mantuvo relaciones sexuales con 8 activistas, cerca del «disparate», según juristas consultados», *Conflegal*. Disponible en: <https://acortar.link/cZ9ToR>. [Última consulta: 12 de junio de 2024].

²⁷⁴ Estos supuestos errores podrían considerarse irrelevantes por entender que esas conductas simplemente generan un riesgo socialmente permitido, resultando atípicas por carecer de peligrosidad objetiva.

que se ha de conceder la aptitud o idoneidad para viciar de forma grave y relevante el consentimiento, pudiendo así reputarse el comportamiento como penalmente relevante. En concreto, alude a tres factores, a saber: a) la naturaleza sexual de la actividad, esto es, que uno sepa si está o no participando en una actividad de naturaleza sexual²⁷⁵; b) la identidad personal de los participantes, o sea, aquellos supuestos de suplantación de la identidad nominal de otra persona²⁷⁶; y c) sobre el tipo de contacto o grado de injerencia corporal, como los supuestos de *stealthing*²⁷⁷. En cualquier caso, se debe exigir que el engaño sea bastante en aras de restringir el alcance típico de este medio comisivo, en los casos en los que éste sea burdo o poco verosímil deberá negarse su relevancia típica, entendiéndose que no goza de la aptitud para eliminar la validez penal del consentimiento²⁷⁸. Son todos los anteriores, supuestos sobre los que parece haberse cuajado cierto consenso doctrinal en su punición²⁷⁹.

Una tesis alternativa, aboga por atender al contacto físico producido, entendiéndose, por ejemplo, que una penetración vaginal con preservativo es un acto sexual distinto a una penetración vaginal sin preservativo²⁸⁰. Por consiguiente, en los supuestos de *stealthing* el primer acto sexual —penetración con preservativo— está perfectamente consentido, pero el siguiente acto sexual, una vez se desprende del medio de protección, —penetración sin preservativo— no se acepta por la otra persona, al ignorar ese cambio unilateral y, por tanto, constituiría una agresión sexual por no mediar consentimiento (no es que esté viciado es que no ha existido). Aquí el problema estriba en definir, entonces, el nivel de concreción para definir un acto sexual y hacerlo distintivo, dado que, también podría

²⁷⁵ Cita este autor a título de ejemplo el caso de un proctólogo que amparándose en una excusa médica fingida le realiza determinados tocamientos a su paciente con ánimo libidinoso, creyendo la víctima que esa actuación es conforme a la *lex artis* médica. Vid. COCA VILA, I. (2023). «Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual... *Op. cit.*, p. 454.

²⁷⁶ Serían atípicos, sin embargo, cuando el sujeto se hace pasar por un futbolista profesional o similar, pues aquí se estaría engañado respecto a un estatus profesional y no sobre la identidad personal. Vid. COCA VILA, I. (2023). «Agresión sexual por engaño... *Ibidem*, pp. 455 y 456.

²⁷⁷ Si bien reconoce el autor la extraordinaria dificultad de establecer una métrica de la injerencia corporal. En este sentido, excluye de relevancia, en sede de los delitos sexuales, al riesgo de embarazo o riesgo de transmisión sexual. Sí que entiende relevante el cambio de vía de acceso en la penetración sexual, al afectar de forma relevante al grado de injerencia corporal. Vid. COCA VILA, I. (2023). «Agresión sexual por engaño... *Ibidem*., pp. 456 y 457.

²⁷⁸ Por ejemplo, quien se hace pasar por un famoso actor de Hollywood o cantante internacional para acostarse con una persona no estaría generando un engaño penalmente relevante.

²⁷⁹ Así lo cree VALVERDE-CANO, A. B. (2024). «Stealthing y otras relaciones sexuales en las que media engaño: tres premisas para deducir sobre su castigo», *Diario La Ley*, nº 10495.

²⁸⁰ Suscriben esta postura CASTELLVÍ MONSERRAT, C / MÍNGUEZ ROSIQUE, M. (2021). «Con sigilo y sin preservativo tres razones para castigar el stealthing... *Op. cit.* También, aunque con cautelas respecto a su punición, considera que «el engaño de quitarse el preservativo durante la realización del acto sexual le da al acceso carnal un sentido diferente al que tenía», cfr. MUÑOZ CONDE, F. / LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2023). *Derecho Penal. Parte Especial...* *Op. cit.* p. 235.

sostenerse que no es lo mismo un acto sexual con un rico que con un pobre surgiendo de nuevo el mismo problema que con la tesis subjetivista radical. Por ello, se ha de atender al contacto físico que se ejerza, resultando ser idéntica una penetración vaginal con un musulmán que con un cristiano, con un casado que con un soltero; pero, al contrario, resulta distinta una penetración anal de una penetración vaginal, y también, el tocamiento de los genitales por encima de la ropa que aquel que se produce directamente sin mediar ninguna barrera física. En este mismo sentido, una penetración con preservativo difiere de aquella producida sin ningún medio profiláctico, pues, en el primer caso no habría contacto directo entre membranas mucosas, mientras que en el segundo caso el profiláctico comportaría una barrera física cualitativamente equivalente a la ropa²⁸¹. Esta concepción serviría para reputar agresión sexual a los supuestos de *stealthing* por entenderse un acto sexual diverso respecto al cual no ha mediado consentimiento. Sin embargo, a juicio de quienes defienden esta perspectiva, el «*stealthing inverso*» también constituiría agresión sexual²⁸², esto es, cuando una persona, por ejemplo, ha consentido únicamente una penetración sin preservativo por vía vaginal y, finalmente, el sujeto activo a la hora de acceder se coloca uno subrepticamente, pues siguen siendo actos sexuales distintos y uno de ellos no ha sido consentido. A mi parecer, esto último no resulta admisible, pues ante accesos de la misma especie corporal debería rechazarse su punición conforme a un argumento *a maiori ad minus*, de manera que, si se consiente lo más —penetración sin preservativo— se ha de considerar consentido lo menos —penetración con preservativo—.

Sea como fuere, la retirada subrepticia del preservativo durante el acto sexual (o *stealthing*) se considera constitutiva de un delito de agresión sexual a juicio de los tribunales²⁸³, e inclusive, por parte del propio Tribunal Supremo²⁸⁴.

²⁸¹ CASTELLVÍ MONTSERRAT, C. (2023). «¿Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto de consentimiento sexual», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, pp. 171-220. (Vid. pp. 197 y 198).

²⁸² CASTELLVÍ MONSERRAT, C / MÍNGUEZ ROSIQUE, M. (2021). «Con sigilo y sin preservativo tres razones para castigar el *stealthing*... *Op. cit.*

²⁸³ Véase, por ejemplo, la SAP de Sevilla 375/2020, de 29 de octubre, resolución ratificada por en apelación por la STSJ de Andalucía 186/2021, de 1 de julio. Asimismo, Sentencia del Juzgado de Instrucción nº 2 de Salamanca 155/2019, de 15 de abril (dictada de conformidad).

²⁸⁴ Repárese que en el momento de redactar estas líneas tan sólo se dispone de la anticipación del sentido del fallo por parte de la Sala Segunda del TS, que se decanta por entender que el método del *stealthing* es constitutivo de delito contra la libertad sexual. Véase «El Tribunal Supremo declara delictivo el ‘*stealthing*’» (29 de mayo de 2024). *Consejo General del Poder Judicial*. Disponible en: <https://acortar.link/nlBuSN>. [Última consulta: 12 de junio de 2024].

Más discutible parece la pretensión de reputar agresión sexual a los supuestos en los que se consiente una penetración sin uso de preservativo, pero se excluye terminantemente la eyaculación en el interior de la cavidad. Resulta evidente que el momento del orgasmo masculino y la respuesta eyaculatoria o eyección del líquido seminal, es un reflejo fisiológico no fácilmente controlable por el individuo. De manera que, si finalmente acaece, la persona cuyo resultado pretendía evitar ha de asumir el riesgo probable al que conscientemente se expuso. En efecto, al mantener relaciones sexuales sin protección, la víctima se coloca conscientemente a sí misma en una situación peligrosa ante la previsibilidad de que se produzca el resultado indeseado, con lo que de ello se deduce la asunción del riesgo²⁸⁵. Pues si verdaderamente hubiera querido prevenir tal escenario habría exigido el uso de preservativo. En este último caso, la diligencia y deber de autoprotección de cada individuo no se satisface, existiendo una autopuesta en peligro de la propia víctima²⁸⁶. Consiguientemente, debería conducir, en principio, a la exclusión de la tipicidad del comportamiento del varón²⁸⁷.

4. DERECHO TRANSITORIO: LA RETROACTIVIDAD FAVORABLE

El especial rigor que ha de tributar el Derecho sancionador, máxime el Derecho penal, con la seguridad jurídica conlleva a que su aplicación obedezca a la regla *tempus regit actum*²⁸⁸. De esta suerte, se ha de aplicar la ley penal vigente al tiempo de la comisión de los hechos delictivos satisfaciendo así el principio de legalidad —*nullum crimen nulla poena sine lege*— proclamado por el art. 25.1 de la CE²⁸⁹.

²⁸⁵ JAKOBS alude a supuestos de «consentimiento no final» en los que «no se desean las consecuencias, pero el afectado crea una situación en la que su voluntad ya no es relevante. Se trata de la responsabilidad por los *costes* no deseados de un contacto social cuando la persona facultada para disponer no quiere el comportamiento del autor (en sí) lesivo, pero sí pretende determinada clase de contacto social que no se puede obtener sin ese comportamiento preñado de consecuencias». Añade que por ello «es posible que un afectado que se introduce en una situación arriesgada, o no se desmarque de ella, sea responsable él mismo de las consecuencias previstas [...]. El manejo *inconscientemente* descuidado de los propios bienes jurídicos puede llevar al *obrar al propio riesgo*, que exime de responsabilidad al “dañador”. Vid. JAKOBS, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, España, pp. 303 y 306.

²⁸⁶ Podría entenderse como una heteropuesta en peligro de la víctima por ser el peligro generado por el otro sujeto con quien se mantiene la relación sexual. Tal y como se ha interpretado en los supuestos de contracción de la enfermedad VIH. Véase, en este sentido, STS 690/2019, de 11 de marzo, FD 1º.

²⁸⁷ Lo contrario opina RAMOS VÁZQUEZ, J. A. «El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento... *Op. cit.*, p. 170.

²⁸⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2000). *Sobre la retroactividad penal favorable*, Cuadernos Civitas, 1ª ed., Madrid, España, p. 33.

²⁸⁹ «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

Como correlato de lo anterior, se alza otro de los principios basilares del Derecho penal, el de la proscripción de la retroactividad de las leyes penales desfavorables al reo, expresamente previsto en el art. 9.3 CE. Son, en definitiva, legalidad e irretroactividad principios que actúan cuales égidas frente al poder represor del Estado, garantizando la seguridad jurídica acerca de la certeza y cognoscibilidad de las normas.

Ahora bien, la garantía de irretroactividad sólo opera respecto a las normas peyorativas y no cuando su aplicación retroactiva deviene beneficiosa para el reo por haberse despenalizado una conducta o haberse atenuado la severidad de su castigo, pues ante tal escenario la eficacia *ex tunc* no constituye una posibilidad sino una exigencia ordenada por el art. 2.2 CP. Desde una perspectiva constitucional, el TC ha entendido que el principio de retroactividad favorable se halla implícitamente recogido en el art. 9.3 CE, cuya lectura *a contrario sensu* permite deducir²⁹⁰. Sin embargo, el mismo alto tribunal rechaza la invocación de este principio en vía de amparo, pues el acceso a este recurso queda reservado a los derechos y libertades recogidos en los arts. 14, 30.2 y los comprendidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución (*ex art. 53.2 CE*)²⁹¹. Así, la retroactividad favorable al reo, aun cuando no goce de reconocimiento constitucional expreso²⁹², se antoja como un principio indisponible por el legislador²⁹³, quien conforme a una política criminal democrática podrá modular su alcance, pero, en modo alguno, neutralizar o negar su vigencia.

El fundamento que subyace en este principio reflejo reside, siguiendo a WELZEL, en la consideración de que la minoración del reproche penal acordada por el legislador obedece

²⁹⁰ STC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 3º.

²⁹¹ Ciertamente, conforme a una consolidada doctrina constitucional, se le niega al principio de retroactividad favorable acceso al recurso de amparo (por todas, SSTC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7º; 30/1998, de 28 de enero, FJ 7). Sin embargo, en ocasiones, la retroactividad de las normas penales favorables ha encontrado su fundamento de amparo bajo el abrigo del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) o del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). En consecuencia, no sería invocable con carácter autónomo, pero sí lo sería de enlazarse con alguno de esos preceptos susceptibles de amparo (*vid. ATC 303/1989*, de 5 de junio). En efecto, el propio Tribunal Constitucional reconoce, en determinados supuestos, que la inaplicación de la norma más favorable comporta una vulneración de la tutela judicial efectiva por incurrir en error manifiesto en la aplicación del derecho (véase STC 203/1994, de 11 de julio y STC 99/2000, de 10 de abril); y, también se ha concedido amparo constitucional entendiendo que la no aplicación de la norma más favorable infringe el principio de legalidad consagrado por el art. 25.1 CE (cf. STC 232/1997, de 16 de diciembre).

²⁹² Nótese, que el art. 9.3 CE alude estrictamente a la «irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables», y a pesar de que una lectura *a sensu contrario* del precepto sirva de fundamento para atribuir rango constitucional a la retroactividad favorable, como envés de tal principio, como se ha dicho, el TC de forma constante ha negado tanto su acceso al recurso de amparo, como su carácter de derecho fundamental (*vid. STC 131/1986*, de 29 de octubre, FJ 2º; STC 177/1994, de 10 de junio, FJ 1º). En contra de este criterio y a favor de su carácter de derecho fundamental LASCURAÍN SÁNCHEZ (2000), *op. cit.* p. 33 y ss.

²⁹³ Lo defiende, en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2007). «“Rebajas de enero” para delincuentes jóvenes adultos ¿con efecto retroactivo?», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 1, p. 10.

a una valoración ético-social del hecho más atenuada²⁹⁴, pues es la ley democrática expresión de la voluntad popular. Lo anterior obliga a aplicar el régimen jurídico-penal más benigno tanto a los sujetos incurso en un proceso penal como a aquellos respecto de los que haya recaído sentencia firme y se hallen ejecutando la pena, así lo manda el art. 2.2 del Código Penal al afirmar que «tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena [...]». De su tenor se desprende un alcance de la retroactividad singularmente generoso, puesto que opera no sólo respecto a las causas penales en curso a la espera de juicio (retroactividad de primer grado o débil)²⁹⁵, sino también respecto a aquellas sobre las que haya recaído sentencia firme²⁹⁶ (retroactividad de segundo grado o fuerte)²⁹⁷, siendo posible así atacar la cosa juzgada mediante el oportuno incidente de revisión²⁹⁸.

Especialmente interesante resulta determinar el alcance retroactivo de aquellas leyes que alumbran un régimen más favorable que el anterior y les sigue una reforma comparativamente agravadora que bien vuelve al régimen penal primitivo o bien sienta uno todavía más severo, en otras palabras, se produce un íterin o paréntesis temporal penológicamente más indulgente. En estos supuestos, tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que las leyes penales intermedias que sean más favorables deben aplicarse de forma retroactiva, inclusive a aquellos sujetos no juzgados o que no solicitaron la

²⁹⁴ Vid. WELZEL, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Roque Depalma. Buenos Aires, p. 30.

²⁹⁵ Circular FGE 2/1996, de 22 de mayo, sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores.

²⁹⁶ Siempre que no estén totalmente ejecutadas.

²⁹⁷ Esta distinción del alcance o grado de la retroactividad hay que atribuírsela a la doctrina civilista más autorizada de la mano de uno de sus máximos exponentes, CASTÁN TOBEÑAS, quien consideraba la existencia de una retroactividad propia o auténtica (la retroactividad fuerte o de segundo grado) y otra modalidad impropia (la retroactividad débil o de primer grado). Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J. (1982). *Derecho civil español, común y foral, Tomo I*, Vol. I, 12ª ed., Editorial Reus, Madrid, España, p. 614 y ss. Nuestro sistema jurídico penal, en puridad, acoge una retroactividad de grado medio ya que, efectivamente, alcanza a las sentencias firmes pero no a aquellas respecto de las que ya se hubiera ejecutado íntegramente la pena impuesta (retroactividad de grado máximo).

²⁹⁸ Sobre este particular, a efectos procesales, el procedimiento de revisión de sentencias pendientes de recurso o firmes se configura mediante las reglas específicas contenidas en las disposiciones transitorias previstas por cada ley de reforma, correspondiendo al juez o tribunal encargado de la ejecutoria conocer del incidente de ejecución de la sentencia (vid. Circular FGE 3/2015, de 22 de junio, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por LO 1/2015). Ante la omisión de régimen transitorio alguno, las cuestiones estrictamente procedimentales se rigen por las disposiciones transitorias del CP de 1995 en virtud de una aplicación analógica (cfr. STS 338/2015, de 2 de junio, FD 135º). Nótese, que, ante la ausencia de un cauce procesal general para la revisión de sentencias firmes por aplicación retroactiva de las leyes favorables al reo, los distintos anteproyectos para la reforma de la LECrim. han ido contemplando esta necesidad. Así, el nonato Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 lo contempla en su art. 769; por su parte, la propuesta de Código Procesal Penal de 2013 hace lo propio en el art. 632; e, idénticamente, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 en su art. 670.

revisión durante el lapso de su vigencia, puesto que ello supondría hacerles soportar los perjuicios derivados de la tardanza de la Administración de Justicia²⁹⁹.

En el caso objeto de estudio, la refundición de los anteriores tipos de agresión y abuso sexual en un único “megatipo” de agresión sexual fue correspondida con la asignación de un marco de penas que en su tramo inferior pasaba a cubrir el espacio anteriormente atendido por el delito de abuso. Con todo, ahora la agresión sexual tiene asociado en algunos casos una penalidad más amplia por su límite inferior, esto es, la pena mínima de la agresión sexual se ha reducido con lo que aquellos casos de agresión sexual que en su momento fueron castigados con esa pena mínima, por haberla individualizado así en sentencia el juez o tribunal, ahora deben ser revisados puesto que de acogerse a la nueva regulación les hubiera sido impuesta la nueva y más reducida pena mínima. A título de ejemplo, un atentado a la libertad sexual en cuya ejecución el autor hubiera empleado violencia o intimidación y el acto sexual hubiese consistido en acceso carnal (esto es, el antiguo delito de violación), antes de la reforma se castigada con una pena de prisión comprendida entre los seis y los doce años (art. 179 CP anterior); sin embargo, tras la reforma esa misma conducta se castiga con penas de entre cuatro y doce años de prisión (art. 179 CP resultante de la LO 10/2022). En consecuencia, la pena mínima baja de los seis a los cuatro años. Es reseñable, que el efecto de la reducción de los límites mínimos en la penalidad del delito de agresión sexual y su posible incidencia en el alcance del principio de retroactividad, no fue advertido por ninguno de los órganos emisores de los informes preceptivos durante el *iter* prelegislativo³⁰⁰.

Siendo así, tras la entrada en vigor de la LO 10/2022, ora de oficio, ora a instancia de parte, comenzó a precipitar un reguero de revisiones de condena a la baja³⁰¹ suscitándose una diversidad de criterios entre las distintas Audiencias Provinciales ante la ausencia de

²⁹⁹ *Vid.* STS 692/2008, de 4 de noviembre, FD 15º; STS 953/2013, de 16 de diciembre, FD 2º.

³⁰⁰ En verdad, el CGPJ en su informe enfatizó que «la reducción de los límites máximos de las penas comportará la revisión de aquellas condenas en las que se haya impuesto las penas máximas conforme la regulación vigente» (*sic*) (cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2021). Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, p. 89, (párr. 245). Esta advertencia fue convenientemente atendida corrigiendo al alza los límites máximos, para evitar revisiones de condenas, sin embargo, nada se dijo respecto a la reducción de los límites mínimos y los efectos que el juego de la retroactividad podría ocasionar ante la ausencia de disposición transitoria alguna. Aunque, en rigor, esta cuestión no fuera señalada por ninguno de los informes preceptivos, ello no puede exonerar de responsabilidad a quien asume la iniciativa legislativa y el diseño de la reforma.

³⁰¹ En suma, conforme a los últimos datos facilitados por el CGPJ se han producido un total de 1.233 reducciones de pena y 126 excarcelaciones (datos de noviembre de 2023). Cfr. «Los tribunales han acordado 1.233 reducciones de pena en aplicación de la Ley Orgánica 10/2022» (24 de noviembre de 2023). *Consejo General del Poder Judicial*. Disponible en: <https://acortar.link/MrkWaa>. [Última consulta: 12 de junio de 2024].

un régimen de derecho transitorio que guiara el desenvolvimiento inicial de la reforma. Dos tesis se alzaban en discordia; de un lado, aquella que abogaba por entender que si la pena impuesta en su momento por el tribunal sentenciador entraba dentro de la nueva horquilla penal, no procedía revisión alguna³⁰², proyectando así el criterio legislativo tradicional previsto en anteriores reformas del CP³⁰³; de otro, se consideraba que la ausencia de limitación al alcance de la retroactividad favorable mediante la oportuna disposición transitoria, dibujaba un camino expedito para el reajuste de la pena impuesta, especialmente, si la pena impuesta en la sentencia hubiese sido, a la sazón, la pena mínima imponible.

En lo concerniente al criterio favorable a extender la aplicación de la DT quinta del CP de 1995 a esta reforma debe ser fuertemente rechazada. En primer término, tamaña interpretación desconoce frontalmente la naturaleza particular del derecho transitorio, toda vez que las disposiciones transitorias previstas *ad hoc* en una concreta ley tienen una vocación temporal, circunscribiendo su estricta aplicación a la transición normativa específica a la que se refiere³⁰⁴; esto es, su eficacia normativa se agota no pudiendo servir para disciplinar ulteriores reformas de su articulado³⁰⁵. Pero, por otra parte, su aplicación *in concreto*, en este caso, resultaría una aplicación analógica *in malam partem* prohibida por el art. 4.1 CP³⁰⁶. En efecto, en tal escenario, sería el Poder Judicial, extralimitándose e invadiendo funciones propias del Legislativo, el que estaría incrustando una limitación al juego de la

³⁰² En este sentido, la Audiencia Provincial de Logroño, en contra del resto de AAPP, rechazó las revisiones si la pena impuesta en su momento entraba dentro del nuevo marco penológico, entendiendo aplicable la disposición transitoria quinta del CP 1995. A este mismo criterio se unió la Fiscalía General del Estado mediante Decreto FGE de 21 de noviembre de 2022, posteriormente reafirmado en la Circular FGE 1/2023, de 29 de marzo. El Ministerio Fiscal seguía este criterio considerando que su formulación en anteriores ocasiones a través de disposiciones transitorias ofrece la interpretación auténtica del art. 2.2 CP. De esta manera, no se aplican las DDT de forma analógica, es que el art. 2.2 CP correctamente interpretado conduce a esa aplicación limitada del principio de retroactividad favorable (Circular FGE 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, p. 92. Disponible en: <https://acortar.link/bat46g>. [Última consulta: 6 de junio de 2024]). Sin embargo, la Disposición Transitoria 5ª no es una norma interpretativa que aclare el concepto de retroactividad, sino una norma que restringe el ámbito de su eficacia. En este sentido, véase DEL ROSAL BLASCO, B. «El pecado original de la ley de Montero», en LUZÓN PEÑA, D. M. (2022). «Tribunal y Boletín de la Fundación Internacional de Ciencias Penales», nº 3, *Foro Fundación Internacional de Ciencias Penales*, p. 10.

³⁰³ *Vid. v. g.* DT 2ª de la LO 15/2003, de 25 de noviembre; DT 2ª de la LO 15/2007, de 30 de noviembre; DT 2ª de la LO 5/2010, de 22 de junio; y DT 2ª de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

³⁰⁴ Especialmente crítico se muestra ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2023). «Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 25, p. 12.

³⁰⁵ Ello no obsta para que cuando la analogía es en favor del reo u obedece a aspectos puramente procesales, como el procedimiento a seguir o el órgano jurisdiccional funcionalmente competente para conocer del incidente de revisión, puedan resultar de aplicación (cfr. STS 523/2023, de 29 de junio, FD 2º, § 6).

³⁰⁶ Cuestión ésta, advertida por algunos juristas durante el caluroso debate suscitado a propósito de los efectos de la reforma. Véase, entre otros, DE LA MATA BARRANCO, N. J. (10 de noviembre de 2022). Disposiciones transitorias y Derecho Penal, *Almacén del Derecho*. Disponible en: <https://acortar.link/cRvLZG>. [Última consulta: 12 de junio de 2024].

retroactividad favorable que propugna el art. 2.2 CP y que, sea como fuere —por descuido o voluntad—, el legislador no ha contemplado o querido contemplar. Con todo, habiéndose omitido regla expresa limitativa o restrictiva del generoso alcance de la retroactividad dispuesto por el art. 2.2 CP, éste debe desplegar toda su potencia.

Finalmente, la Sala Segunda del TS constituida en Pleno Jurisdiccional dictó veintinueve sentencias unificando criterio. Básicamente, la Sala Segunda proclama que «en materia penal, esa aplicación mediante la herramienta exegética de la analogía [...], solo está consentida (art. 4.1 CP) cuando es *in bonam partem*, además de en lo puramente procesal. No cabe la analogía *in malam partem*. No es posible rescatar una norma perjudicial prevista para unos casos específicos, temporalmente acotados, rehabilitarla, y aplicarla a otros supuestos»³⁰⁷. Asimismo, recuerda que las disposiciones transitorias son aplicables a las situaciones de transición desde la norma anterior a la nueva, siendo así normas temporales llamadas a disciplinar una situación normativa interina o pasajera. El hecho de que se reitere la inclusión de estas disposiciones transitorias en las sucesivas reformas no le atribuye una eficacia indefinida en el tiempo, por lo que, «no podemos hablar de una *ultraactividad* normativa, alcanzada a través de una especie de *multirreincidencia legislativa*»³⁰⁸.

Es de considerar la existencia de algún precedente aislado en el que el Tribunal Supremo proyecta los efectos de una disposición transitoria pasada hacia una ley distinta y futura. Tal es el caso del párrafo cuarto del art. 579 bis CP, introducido por la LO 2/2015, que no se aplicó retroactivamente en un supuesto de terrorismo por «no darse los supuestos previstos en la Disposición Transitoria 4ª LO 1/2015»³⁰⁹, *que puede aplicarse de forma analógica en ausencia de la previsión específica en la LO 2/2015*»³¹⁰. Igualmente, en otra resolución se dice que «nada impide que los criterios contenidos en las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la LO 1/2015, *aunque no aparecen en la LO 2/2015,*

³⁰⁷ Cfr. STS 523/2023, de 29 de junio, FD 2º, § 7.

³⁰⁸ Cfr. STS 473/2023, de 15 de junio, FD 8º.

³⁰⁹ De la lectura del fundamento de derecho se infiere que aquí el Tribunal Supremo estaba aludiendo, en realidad, a la Disposición Transitoria 2ª de la LO 1/2015, se trata pues de una errata en la que incurre la sentencia.

³¹⁰ Cfr. STS 338/2015, de 2 de junio, FD 135º. En este fundamento de derecho, la Sala Segunda hace alusión a que para el juicio de revisión de sentencias el órgano jurisdiccional se deberá atender a las disposiciones transitorias 1ª, 2ª y 3ª de la LO 1/2015. En este caso, sin embargo, el precepto cuya aplicación retroactiva se impetra por las defensas en sede casacional establecía una posibilidad de reducción de la pena de carácter facultativo, es decir, era una disposición favorable pero no considerada taxativamente sino por el arbitrio judicial, algo excluido por la disposición transitoria segunda de la LO 1/2015 «dichos jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial».

que regula de nuevo los delitos de terrorismo, *sean aplicables también* a estos casos»³¹¹. Sin embargo, el propio Tribunal Supremo, en las sentencias del Pleno aludidas a propósito de la LO 10/2022, admitiendo tales pronunciamientos previos, hace constatar que su existencia no es testimonio de un criterio jurisprudencial asentado, pues la lectura completa de esas resoluciones revela enseguida que tales expresiones son meramente cuestiones colaterales, no integrantes de la *ratio decidendi*, con una naturaleza *obiter dicta* y carente de una reflexión o argumentación detenida, por lo que no es posible aludir a la existencia de una doctrina jurisprudencial previa que avalara este criterio³¹².

La posibilidad de restringir el alcance de la retroactividad favorable cuando la pena impuesta en su momento sea igualmente imponible con arreglo a la nueva horquilla penal es válida desde el punto de vista constitucional siempre bajo el soporte de una disposición expresa³¹³. Pero ante la ausencia de disposición expresa, el principio de retroactividad penal no puede quedar limitado sin habilitación del legislador por mano de la jurisprudencia, pues se estaría restringiendo un principio favorable al reo sin la imprescindible cobertura legal. En efecto, lo ha expresado paladinamente el Tribunal Constitucional: «por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal»³¹⁴. Solamente el legislador como representante legítimo de la soberanía nacional y expresando la voluntad popular podría modular o limitar el alcance del principio de retroactividad favorable al reo mediante la oportuna ley, concretamente, a través de las disposiciones transitorias³¹⁵.

³¹¹ Cfr. STS 298/2017, de 27 de abril, FD 1º.

³¹² Cfr. STS 473/2023, de 15 de junio, FD 8º.

³¹³ Estas limitaciones también son admitidas por el TEDH, órgano jurisdiccional de naturaleza supranacional que solamente otorga protección inmediata conforme al CEDH a la retroactividad de primer grado entendida respecto a procesos *sub iudice*, esto es, sobre los que no haya recaído aun sentencia firme. Se reconoce, en este sentido, margen al legislador interno para ampliar o limitar el principio de retroactividad, respetando los derechos internos que no extienden la eficacia retroactiva a sentencias ya firmes. Véase STEDH de 30 de noviembre de 2021, Artsruni c. Armenia, § 55; y STEDH de 12 de enero de 2016, Gouarré Patte c. Andorra.

³¹⁴ Por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4º; STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5º. También puede traerse aquí la expresión afortunada del TC que considera que «todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de estar normativamente fundado» (*vid.* STC 137/1990, de 19 de julio, FJ 6º). Cabe apuntar un matiz relevante, esta doctrina alude a los derechos fundamentales y, en rigor, el principio de retroactividad favorable que se extrae *a sensu contrario* del art. 9.3 CE no comporta un derecho fundamental *stricto sensu*, pues queda extramuros del recurso de amparo. No obstante, este criterio puede ser perfectamente propugnado de este principio de retroactividad por la garantía de reserva de ley del art. 53.1 CE ligado al principio de legalidad penal del art. 25 CE.

³¹⁵ Inclusive si se hubiera dispuesto un régimen transitorio que gobernara la sucesión normativa, podría haberse, igualmente, producido alguna revisión a pesar de que la pena impuesta fuera igualmente imponible conforme al nuevo marco

Desde otra óptica, al objeto de determinar la ley penal más favorable, el juicio comparativo de los regímenes penales que se han sucedido ha de acometerse mediante la consideración completa e íntegra de uno y otro código; debiendo decantarse por aquel que en su conjunto resulte más benigno para el reo. A tal efecto, queda vetada la posibilidad de combinar preceptos de ambos cuerpos legales, toda vez que la aplicación fragmentaria de lo benévolo de la nueva ley y de la antigua conduciría a la construcción de una suerte de tercera ley tejida artificialmente mediante retazos de las efectivamente promulgadas, lo que, a la postre, supondría una inadmisibles invasión de la función legislativa por parte de los órganos jurisdiccionales³¹⁶.

Siendo así, se han suscitado casos en los que, ciertamente, la aplicación retroactiva del Código penal alumbrado tras la reforma de la LO 10/2022 conduce a la reducción de la pena privativa de libertad. Pero, simultáneamente, dicha retroactividad también lleva aparejada la imposición de medidas de seguridad, como la libertad vigilada, o de penas accesorias, como la inhabilitación especial contemplada por el párrafo segundo del nuevo art. 192.3 CP, que en su momento no estaban previstas pero que ahora al acogerse al nuevo régimen punitivo por entenderlo más favorable deben cobrar su vigencia.

Pues bien, este esquema cuyo conjunto *prima facie* parecería ser más favorable para el reo debe evaluarse cuidadosamente en vista de que lo beneficioso derivado de la reducción de la pena de prisión puede contrarrestarse por la preceptiva imposición de otras consecuencias jurídicas novedosas ligadas a la nueva pena de prisión a la que se acoge. Sirva como ejemplo el abordado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su

penal. En efecto, un vistazo a la jurisprudencia —esta sí consolidada— del TS permite dar cuenta de que, en ocasiones, esta técnica reproducida en sucesivas reformas de negar la revisión cuando la pena impuesta sea igualmente imponible, puede quedar excepcionada ante «supuestos en los que manifiestamente se produzca una intolerable distorsión del principio de proporcionalidad, porque la pena impuesta conforme al anterior marco punitivo resulta claramente desproporcionada y absolutamente injustificada en el nuevo marco legal (por ejemplo, cuando la pena impuesta fuese la máxima conforme al nuevo marco punitivo [...], sin que se justifique en absoluto dicha sanción)». *Vid.* STS 290/2013, 16 de abril, FD 9º; STS 633/2012, de 19 de julio, FD 3º. Ello ocurre, *ad exemplum*, cuando la pena decretada en su momento se hallara en la franja inferior de la penalidad antigua y tras la reforma quede situada en el tramo superior del nuevo arco penológico. También el principio de proporcionalidad puede excepcionar la estricta aplicación de estas disposiciones transitorias, puesto que con ello se «corrigen perversos efectos de agravios comparativos entre diversos partícipes del delito, que bien por la imposición de una menor respuesta a causa, por ejemplo, de una colaboración en el esclarecimiento de los hechos se han visto beneficiados por una rebaja de pena en comparación con otros inculpados que no se han comportado del propio modo, y sin embargo, a la hora de la revisión de las penas por la aplicación de los nuevos preceptos penales se pueden encontrar injustamente igualados, en tanto que su penalidad estrictamente no sería revisable, por tratarse de pena igualmente imponible», cfr. STS 884/2011, de 2 de julio, FD 3º.

³¹⁶ Esta aplicación torticera del principio de retroactividad favorable ha sido constantemente descartada por parte de la doctrina del Tribunal Constitucional y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Véase, en este sentido, STC 131/1986, de 29 de octubre, FJ 2º y STS 3325/1992, de 30 de octubre, FD 2º.

sentencia 418/2023, de 31 de mayo, en la que el recurrente, condenado por un delito de agresión sexual con acceso carnal a doce años de prisión (el mínimo imponible ya que la horquilla discurría de 12 a 15 años), desea acogerse a la nueva pena mínima de siete años (nueva horquilla de 7 a 15 años) y, finalmente, el alto tribunal acuerda esa nueva pena privativa de libertad pero a su vez le impone la inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad por un tiempo de doce años³¹⁷. Naturalmente, la reducción de pena de prisión resulta aquí cuantitativamente muy significativa —de cinco años—, sin embargo, la inhabilitación aludida es igualmente severa, lo cual podría suponer un escenario más perjudicial para sujetos condenados que ejerzan una profesión que involucre un contacto con menores de edad, especialmente si la revisión de condena tiene lugar durante la ejecución de la pena de prisión y la retroactividad implicase una rebaja subjetivamente irrisoria e inconveniente. Piénsese en un maestro de escuela condenado por abuso sexual que acogiéndose a la redacción dada por la LO 10/2022 pudiera ver reducida la pena de prisión en meses o en un año, pero que ello le supusiera afrontar de seguido una inhabilitación de esa envergadura que le impidiera ejercer su profesión. No parece descabellado conjeturar que quizá le resultaría más desfavorable y preferiera afrontar la condena originariamente impuesta sorteando la pena de inhabilitación con el propósito de facilitar su reinserción laboral. Con todo, en estos casos dudosos respecto al carácter favorable de la ley siempre deberá concederse audiencia al reo como ordena el propio art. 2.2 CP.

Por otra parte, desde el plano práctico forense, no todas las revisiones de condena han sido efectuadas adecuadamente por parte de los tribunales. Se advierten así casos en los que la aplicación retroactiva de la ley penal con la redacción dada por la LO 10/2022 únicamente ha consistido en rebajar la pena privativa de libertad, prescindiéndose de imponer otras penas o consecuencias jurídicas preceptivas. Así, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en su auto de 22 de diciembre de 2022, reduce la pena privativa de libertad de 6 años a 3 años y 6 meses en un supuesto de agresión sexual con acceso carnal; soslayando, sin embargo, el mandato del nuevo art. 192.3 CP que obliga a los tribunales

³¹⁷ Véase también la STS 326/2023, de 10 de mayo, que reduce la pena de prisión de 6 años y 1 mes a 4 años y 1 mes, pero impone *ex novo* la inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad por tiempo de 9 años y 6 meses.

—«impondrá» dice ahora el precepto— a la imposición de la pena accesoria de inhabilitación especial aludida *supra*. Esta errada resolución, confirmada en apelación por la Sala Civil y Penal del TSJ de las Islas Baleares, es parcialmente casada por el Tribunal Supremo corrigiendo la omitida aplicación de dicho precepto³¹⁸. En semejanza, eluden indebidamente dicho artículo la Audiencia Provincial de Granada o la de Madrid cuyas resoluciones son también casadas en el mismo sentido por el TS³¹⁹.

5. LOS DELITOS SEXUALES TRAS LA CONTRARREFORMA

5.1. Consideraciones generales

El escándalo y la indignación social propiciados por el torrente de revisiones de condena, a su vez provocadas por la aplicación retroactiva de la reforma, abocó al poder ejecutivo y legislativo³²⁰ al intento de procurar la contención de tales rebajas. Primeramente, mediante la incorporación de una enmienda a la exposición de motivos de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, que modifica —de nuevo— el Código Penal de 1995 a fin de, entre otras muchas cuestiones, derogar el delito de sedición. En ella se reproducen las disposiciones transitorias a los efectos de gobernar la transición normativa originada por su entrada en vigor, apuntándose, eso sí, que «aun cuando no se estableciera régimen transitorio en esta ley, se llegaría a las mismas conclusiones por aplicación del art. 2.2 del Código Penal y de la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre» (*sic*). Asimismo, responsables políticos de máxima relevancia institucional emprendieron una campaña de desprestigio contra la judicatura, profiriendo descalificativos como “machistas con toga” o “justicia patriarcal”³²¹. Resulta evidente que consigo se pretendía interferir en la interpretación que la mayoría de los tribunales venían efectuando en el sentido de rechazar la aplicación de la disposición transitoria quinta primitiva del

³¹⁸ Cfr. STS 106/2024, de 1 de febrero.

³¹⁹ Véase, respecto a la AP de Granada la STS 13/2024, de 11 de enero y respecto a la AP de Madrid la STS 523/2023, de 29 de junio.

³²⁰ Ciertamente, en los últimos tiempos se ha ido intensificando la confusión entre ambos poderes del Estado que aunque *de iure* siguen siendo poderes imbricados pero independientes, *de facto*, no se aprecia una distinción clara entre uno u otro, pues el partido político del Gobierno se erige como todopoderoso decisor, actuando a placer en la esfera institucional más conveniente.

³²¹ Principalmente el acoso y derribo emanó de responsables del Ministerio de Igualdad, de cuya institución había derivado el proyecto de la LO 10/2022, de 6 de septiembre. Véase «Comunicado de la Comisión Permanente en relación con las resoluciones judiciales dictadas como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual» (16 de noviembre de 2022). *Consejo General del Poder Judicial*. Disponible en: <https://acortar.link/rbGZNj>. [Última consulta: 12 de junio de 2024].

texto original de 1995 y, a la postre, predeterminar el entonces esperado criterio de la Sala Segunda del TS. Pues bien, la carencia de valor normativo de preámbulos y exposiciones de motivos incluidos en las leyes y demás normas jurídicas junto con el inane empeño del legislador por invadir la reserva jurisdiccional en la interpretación de las normas (encomendada con exclusividad al poder judicial)³²² frustraron esta maniobra. Con todo, el desgaste político propició al Grupo Parlamentario Socialista a promover una contrarreforma para aplacar los ánimos de la opinión pública, lo cual tuvo como correlato la aprobación de la LO 4/2023, de 27 de abril³²³. En esencia, se rescata a la violencia e intimidación como elementos distintivos de la agresión sexual aparejando una horquilla penológica más severa, caso de que concurran, en cada una de las modalidades de agresión sexual (tanto en el tipo básico como cuando se produce acceso carnal o conductas asimiladas).

Siendo así, el régimen de los delitos contra la libertad sexual alumbrado por la LO 10/2022 ha gozado de una efímera vigencia, sin embargo, en esta sucesión normativa ha pasado a convertirse en ley intermedia, pudiendo acogerse a su aplicación todos los que durante su vigencia cometieran los hechos punibles, o tuvieran una causa *sub iudice* e incluso quienes en ese interludio normativo se hallaran ejecutando aun su condena; siempre y cuando en todos estos casos les suponga una respuesta penal más favorable. En efecto, la aprobación de una contrarreforma en un sentido agravatorio o peyorativo para el reo no podría suponer la imposibilidad de acogerse al régimen precedente si le es más benévolo y ello «no solamente por razones humanitarias derivadas del principio proclamado en el art. 2.2 del Código Penal, sino porque se perjudicaría al reo por razones ajenas a él, como la tardanza en juzgarle, resultando de ese modo en peor situación»³²⁴. De este modo, la aplicación del régimen penal resultante de la LO 4/2023, de 27 de abril, será para aquellos casos que acaezcan del 29 de abril de 2023 en adelante³²⁵.

³²² El propio Tribunal Supremo llama la atención sobre este particular en la STS 473/2023, de 15 de junio, FD 7º.

³²³ Vid. Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, *Boletín Oficial del Estado*, núm 101, de 28 de abril de 2023, pp. 58.511-58.519.

³²⁴ Vid. STS 953/2013, de 16 de diciembre, FD 2º; y STS 692/2008, de 4 de noviembre, FD 15º.

³²⁵ Repárese que la LO 4/2023, de 27 de abril, se publica en el BOE nº 101, el 28 de abril de 2023 y su disposición final cuarta estipula que la entrada en vigor se producirá «el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado».

En este estadio, es sabido, que la equiparación de los medios comisivos que realizaba la LO 10/2022 por medio del art. 178.2 CP pretendía solucionar la dificultad para delimitar supuestos de agresión sexual con intimidación y de abusos sexuales con prevalimiento por situación de superioridad. El hecho de que se rescate la violencia e intimidación, en particular, la intimidación, como elementos, aunque no como definatorios del delito de agresión sexual, sí como condicionantes de la subsunción de la conducta en una modalidad agravada, hace que se reintroduzcan los problemas de delimitación entre los conceptos de intimidación y las situaciones de «abuso de posición de superioridad»³²⁶.

Básicamente, la contrarreforma mantiene inalterada la regulación dada por la LO 10/2022, aunque introduce cambios significativos. Se conserva el tipo básico definido por el art. 178.1 CP, así como la definición normativa del consentimiento que incorpora. Se introduce un tipo cualificado para aquellos supuestos en los que concurra violencia, intimidación o la agresión se proyecte sobre víctima que tenga anulada su voluntad por cualquier razón. Asimismo, se excluye la operatividad de la facultad atenuatoria —ahora en el art. 178.4 CP— en caso de que concurren tales tres situaciones anteriores. Y, naturalmente, se tiene en coherente consideración el tipo cualificado para los casos en los que exista acceso carnal o conductas asimiladas (art. 179.2 CP) y para el juego de las circunstancias agravantes (art. 180 CP).

En todo caso, genera bastante pesadumbre el hecho de que la contrarreforma venga motivada por la percepción social de que la LO 10/2022 haya alumbrado un régimen punitivo más indulgente, reclamando su endurecimiento, cuando existe consenso entre la doctrina penalista de nuestro país en que las penas de los delitos sexuales han escalado a cotas inasumibles, siendo necesario un recorte significativo de la respuesta penal de estas conductas. Una motivación que no obedece a un sentimiento general por querer devolver a la tipicidad la diferenciación y tratamiento distintivo de estos delitos, lo cual sí sería una razón legítima y justificada, sin perjuicio de que para procurar dicha agravación en el reproche punitivo se haya reintroducido, como consecuencia necesaria, la distinción de conductas.

³²⁶ Así se apunta por ACALE SÁNCHEZ, M. en CUERDA ARNAU, M. A. (Dir.) (2023). *Comentarios al Código Penal, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, p. 1.210. También MUÑOZ CONDE, F. / LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2023). *Derecho Penal. Parte Especial... Op. cit.*, p. 241.

5.2. Tipo cualificado: violencia, intimidación o víctima con voluntad anulada

La contrarreforma añade un nuevo apartado en el art. 178 CP bajo el numeral tercero para contemplar un tipo cualificado en atención a la concurrencia de ciertos medios comisivos especialmente graves, desplazando así a la facultad atenuatoria al numeral cuarto. Concretamente, el nuevo art. 178.3 CP queda redactado como sigue:

«Si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión».

Obsérvese que tras la modificación operada por la LO 4/2023, de 27 de abril, en caso de que el autor de la agresión sexual se valga de la violencia o la intimidación para doblegar la voluntad contraria de la víctima, se asocia a la conducta un arco de pena más grave que el dispuesto para el tipo básico, justamente coincidente con el anteriormente previsto para la antigua agresión sexual previa a la reforma de la LO 10/2022, es decir, de uno a cinco años de prisión³²⁷ (el tipo básico del art. 178.1 CP se castiga con penas de uno a cuatro años de prisión). Junto con la violencia y la intimidación se añade otro medio comisivo cuyo desvalor se considera ahora como equivalente, a saber: cuando se cometa «sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad». De esta forma, los supuestos ya referidos de sumisión y vulnerabilidad química se equiparan al empleo de violencia o intimidación.

Con todo, la nueva regulación vuelve a ofrecer una tipificación distintiva y diferenciada de los variopintos atentados a la libertad sexual que desgraciadamente nos presenta la casuística³²⁸.

5.3. Tipo privilegiado: facultad atenuatoria

Ahora regulada en el art. 178.4 CP, el órgano sentenciador podrá imponer la pena que corresponda a la agresión sexual en su mitad inferior o, alternativamente, castigar con pena de multa de entre dieciocho a veinticuatro meses. Lo que cambia es que ahora se

³²⁷ Póngase en contraste el art. 178 CP previo a la reforma de la LO 10/2022 y el actual art. 178.3 CP resultante de la reforma orquestada por la LO 4/2023.

³²⁸ Lo expresa el propio legislador en el Preámbulo de la ley de reforma aduciendo que «se deben establecer unas penas distintas y más graves para las agresiones sexuales [...] cuando se realizan con violencia o intimidación. En estos casos, no estamos ante meras circunstancias agravantes que rodean el delito, sino ante elementos que están en la conducta misma y que evidencian una mayor antijuridicidad, lo que precisa de una respuesta normativa diferenciada».

excluye esta posibilidad atenuatoria no sólo en los casos en los que concurran las circunstancias agravantes recogidas en el art. 180 CP, sino que tampoco podrá operar cuando concurran los medios que dan lugar a la apreciación del tipo cualificado del art. 178.3 CP, esto es, si emplea violencia, intimidación, o agrede a quien tenga anulada su voluntad por cualquier causa; en estos casos se impide la aplicabilidad de este tipo privilegiado.

5.4. Tipo cualificado: violación

A partir de ahora se prevén dos modalidades de violación. Una básica prevista en el art. 179.1 CP, que entronca con el tipo básico de agresión sexual del art. 178.1 CP cuando el acto sexual sin consentimiento consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, que se castiga con penas de prisión de cuatro a doce años. La segunda modalidad prevista en el art. 179.2 CP para cuando consistiendo en los mismos actos sexuales de acceso carnal o asimilados, se refiera al tipo cualificado de agresión sexual del art. 178.3 CP, esto es, para cuando concurra violencia, intimidación o se ejerza sobre víctima con voluntad anulada por cualquier causa. En este último supuesto, se castiga con la pena de prisión de seis a doce años.

De suerte que, cuando el acto sexual suponga un acceso carnal o conductas asimiladas y además el autor de los hechos se haya valido de la violencia o intimidación, o dicho acto lo haya realizado sobre una persona con voluntad anulada por cualquier razón, se agrava el reproche penal asignándole un marco de pena semejante al que se preveía para la violación del art. 179 CP anterior a la reforma de la ley del “solo sí es sí”. Siendo así, de forma congruente, se dispone un tratamiento diferenciado cuando el comportamiento adquiere la mayor antijuridicidad que estos medios descritos imprimen en el mismo.

5.5. Modalidades agravadas

El juego de las agravantes del art. 180 CP se ajusta para adecuarse al nuevo escalonamiento de conductas. Siendo así, cuando concurra una circunstancia agravante vinculada a una agresión sexual del tipo básico del art. 178.1 CP, la pena será de entre dos a ocho años de prisión; si, en su caso, concurre junto con una agresión sexual con violencia, intimidación, o contra víctima con voluntad anulada del art. 178.3 CP la pena de prisión discurrirá entre los cinco y diez años; por su parte, si se refiere a una agresión sexual que

suponga acceso carnal del art. 179.1 CP se impondrán penas de prisión comprendidas entre los siete y quince años; y, finalmente si ese acceso carnal se realiza empleando violencia, intimidación, o contra víctima con voluntad anulada, o sea, los casos del art. 179.2 CP, se castiga con penas de entre doce y quince años de prisión. Previéndose, igualmente una hiperagravación cuando concurren dos o más agravantes, dando lugar a la imposición de la pena respectiva que corresponda en su mitad superior conforme al art. 180.2 CP.

Asimismo, la circunstancia prevista en el art. 180.1.5ª CP se simplifica, aludiendo, de forma más genérica, a cuando, para ejecutar la agresión sexual, el autor se prevalga de «una situación o relación de convivencia o de parentesco o de una relación de superioridad con respecto a la víctima». El propio Preámbulo justifica que ello obedece a que la fórmula anterior era limitativa respecto al círculo de parientes que podían activar la agravante, de manera que, acogiendo esta redacción más general se podrán incluir a otros, como los primos.

Por otra parte, se brinda una solución específica a fin de resolver los eventuales inconvenientes derivados de los concursos de normas³²⁹, mediante la inclusión de un nuevo apartado que reza: «cuando en la descripción de las modalidades típicas previstas en los arts. 178 o 179 se hubiera tenido en consideración alguna de las anteriores circunstancias el conflicto se resolverá conforme a la regla del artículo 8.4 de este Código». Esta regla supone un concurso de leyes o normas por alternatividad, debiendo optarse por el precepto que prevea la pena más grave, cuando una misma circunstancia haya sido considerada tanto para construir la tipicidad de los tipos básico o cualificado, como para instituir la agravante³³⁰.

5.6. Penalidad

Las penas asociadas a los correspondientes tipos delictivos han experimentado una variación zigzagueante como resultado de las reformas operadas y de la unificación de los delitos de abuso y agresión sexual. En el *Anexo* se muestra un cuadro comparativo en que

³²⁹ Vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (2023). «La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual... *Op. cit.*, p. 33.

³³⁰ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2024). «Los colectivos identitarios y la tutela penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 26, p. 21.

se detallan las penas previstas en cada marco regulatorio dependiendo de la diferente conducta delictiva.

6. CONCLUSIONES

Llegados a este estadio conclusivo y en un ejercicio de recapitulación de las ideas expuestas en el decurso del trabajo, es posible colegir como idea fundamental que la sucesión normativa de los delitos contra la libertad sexual ha seguido una trayectoria de ida y vuelta.

En primer lugar, se han apreciado los aspectos más problemáticos que la regulación penal de los delitos de agresión y abuso sexual presentaban con anterioridad a las reformas aquí tratadas. En este sentido, es destacable la complejidad resultante de las diferentes modalidades típicas existentes y, por supuesto, la dificultad práctica a la hora de distinguir los conflictivos medios comisivos de la intimidación —en particular, la intimidación ambiental— con el prevalimiento, conceptos rayanos entre sí, y cuya decantación por uno u otro acarrea una calificación jurídica y penalidad sustancialmente distintas, a saber: si se optaba por apreciar intimidación se subsumía en el antiguo delito de agresión sexual (art. 178 CP) o, en su caso, si el acto sexual comportaba acceso carnal o conductas asimiladas, se incardinaba en el delito de violación (art. 179 CP). Si, por el contrario, se consideraba como un supuesto de prevalimiento, la condena sería por un delito de abusos sexuales, entendiendo aquí que se prestó consentimiento por parte de la víctima, pero de forma viciada y, por consiguiente, no válida. Este panorama a juicio de parte de la doctrina generaba una victimización secundaria en la persona ofendida por el delito, a la que se sometía a duros interrogatorios en los que las partes se enfrascaban en acreditar si hubo violencia o intimidación, centrándose en el comportamiento de la víctima y relegando consigo el aspecto del consentimiento a un plano marginal. Esto es, en vez de focalizarse en conocer si hubo o no consentimiento de tales actos, la práctica de la prueba se focalizaba en la acreditación durante el plenario de los medios comisivos. Asimismo, los supuestos de sumisión química se castigaban como abusos sexuales por ministerio de la ley, esto es, era una circunstancia expresamente prevista entre el elenco de conductas

calificadas por el antiguo art. 181.2 *in fine* CP como abuso sexual. Respecto a ello existía un descontento extendido en la doctrina penalista de nuestro país, considerando que tales comportamientos presentaban una gravedad de suficiente entidad como para integrar un delito de agresión sexual.

Por otra parte, desde un prisma social, factores como las reivindicaciones feministas, la normativa internacional en materia de violencia sexual, junto con los fenómenos criminológicos de las violaciones grupales y el intenso rechazo o desvaloración que éstas generan en la sociedad, especialmente, el “caso de La Manada” de Pamplona, empujaron al Poder Ejecutivo a la reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Como corolario de lo anterior, se aprobó en Cortes la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, la cual operó, entre otras muchas cuestiones, una profunda reforma en el Código Penal en materia de delitos sexuales. En esencia, se instauró un modelo afirmativo de consentimiento —“sólo sí es sí”—, acogiendo una definición normativa de dicho concepto; y, por otra parte, se equipararon todos los medios comisivos a fin de unificar todos los atentados contra la libertad sexual bajo el delito de agresión sexual, de manera que, se derogó el tan denostado y banalizado delito de abusos sexuales. Esta refundición de todo el haz de conductas atentatorias de la libertad sexual bajo un mismo tipo del injusto condujo a que el marco de penas tuviera que pasar a abarcar aquellos supuestos que otrora hubiesen constituido abusos, de manera que, la horquilla de penalidad se vio ampliada por su umbral inferior, reduciéndose el límite mínimo de la pena asociada al delito de agresión sexual. Esta nueva configuración de la tipicidad de estos ilícitos se justificaba en la necesidad de que la regulación pivotara nudamente en torno a la ausencia de consentimiento, relegando los medios comisivos a un estrato secundario, para que no ensombrecieran lo realmente decisivo: si se prestó o no un consentimiento libre y válido. A la postre, se pretendía “relajar” el aspecto probatorio, pues la simplificación de la tipicidad, reduciendo sus elementos objetivos a acreditar únicamente si hubo o no anuencia por parte de la víctima, y siendo irrelevante la concurrencia de intimidación o violencia a efectos de integrar el delito de agresión sexual, presumiblemente facilitaban su demostración en juicio oral. Sin embargo, para la consecución de este propósito, hubo de sacrificar y renunciar a una regulación graduada, repleta de matices y distinciones que, aun cuando, podía presentar cierta complejidad, dotaba al operador

jurídico de un sistema proveedor de diferentes modalidades delictivas y marcos penales debidamente delimitados en función de la gravedad social con la que el legislador desvaloraba cada acción, moldeando con ello cada concreto tipo delictivo. A su vez, la regulación resultante de la reforma estableció unos marcos penales extraordinariamente amplios, destacando aquel asociado al delito de agresión sexual con acceso carnal (art. 179 CP) que pasó de tener una horquilla de entre 6 a 12 años de prisión a una de entre 4 a 12 años; o, en fin, el tipo básico de la agresión sexual del art. 178.1 CP junto con el efecto de la facultad atenuatoria dispensada por el art. 178.3 CP, conducía a un recorrido de pena desde una multa de entre 18 y 24 meses (como poco 1.080 euros) hasta una pena de prisión de 4 años. Todo ello confería un amplio margen de discrecionalidad al juez o tribunal sentenciador y, en resumen, el diseño regulatorio dibujaba un escenario comprometedor para el principio de seguridad jurídica y la necesaria previsibilidad de las consecuencias jurídicas derivadas del delito. En lo atinente a la definición del consentimiento, también se criticó su excesiva rigidez, ofreciendo un concepto normativo encorsetado que podría conducir irremediabilmente a la punición de conductas que, aunque materialmente se consintieran, no se correspondían con ese preciso consentimiento exigido por el Código Penal a los efectos de excluir la tipicidad del comportamiento. Con todo, se corre el riesgo de, o bien penar exarcebadamente las relaciones afectivo-sexuales de la ciudadanía, auspiciando un efecto desaliento en el ejercicio de la libertad sexual; o bien, aumentar la impunidad mediante la apreciación de error de tipo en el obrar de los individuos, que, ante la inexistencia de modalidad imprudente, con independencia de su vencibilidad, conducirá a su atipicidad.

Asimismo, la ausencia de previsión de un régimen transitorio que gobernara el puerperio de la reforma, tuvo como correlato un aluvión de revisiones de condena y alguna excarcelación por la aplicación retroactiva de las penas mínimas que como consecuencia de la LO 10/2022 se vieron reducidas. Ello generó gran conmoción en la opinión pública y empañó completamente toda la reforma, cuyo descrédito también eclipsó injustamente todas las muchas medidas arbitradas de forma integral por dicha ley. Comoquiera, el goteo de revisiones acordadas por los tribunales fue horadando la popularidad del Gobierno, de cuyo seno había emanado el proyecto de ley, de manera que, finalmente, se acometió una contrarreforma mediante la aprobación temprana de la LO 4/2023, de 27 de abril.

Con la contrarreforma, se retorna parcialmente a la regulación anterior, reincorporando los medios comisivos de la violencia e intimidación como requisitos para la apreciación del tipo cualificado de agresión sexual y consigo se resucitan los problemas en torno a la dificultad de discernir entre la intimidación y el abuso de situación de superioridad o prevalimiento.

Los cambios que tras este vaivén reformista perduran son, principalmente, el cambio denominativo o de *nomen iuris* con que se definen los atentados a la libertad sexual, que pasan a calificarse todos como agresión sexual; de otro lado, la contemplación de una definición legal de consentimiento; y, por otro, la concesión de autonomía típica a las conductas sexuales atentatorias que se proyectan sobre una persona inconsciente que por cualquier causa no se halle en condiciones de poder prestar su voluntad de consentir, supuesto que se equipara a las agresiones sexuales en las que el autor se vale de la violencia o intimidación para conculcar la libertad sexual de la víctima.

En definitiva, nuevamente se dispone de una regulación delictiva con una gradación de conductas punibles y unos marcos de pena ajustados y definidos que dotan de mayor certidumbre respecto al reproche penal con que se amenaza a las relaciones sexuales inconsistentes. Desde luego, un régimen jurídico matizado debe ser positivamente acogido en la medida en que: *qui bene distinguit, bene iudicat*. Las rémoras probatorias persistirán y deben persistir, respecto a estos o a cualesquiera delitos, por cuanto ello será indicativo de que la garantía de la presunción de inocencia permanece suficientemente lozana como baluarte procesal indispensable en todo Estado de derecho.

7. ANEXO

Cuadro comparativo de los marcos penológicos

Acción delictiva		Marco penológico antes de la reforma		Marco penológico tras LO 10/2022		Marco penológico tras LO 4/2023	
Sin agravante	Atentado a la libertad sexual ⁽¹⁾	Prisión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses	Art. 181.1 CP	Prisión de 1 a 4 años	Art. 178.1 CP	Prisión de 1 a 4 años	Art. 178.1 CP
	Atentado a la libertad sexual con violencia e intimidación	Prisión de 1 a 5 años	Art. 178 CP	Prisión de 1 a 4 años ^{(3) (4)}	Art. 178.1 CP	Prisión de 1 a 5 años	Art. 178.3 CP
	Atentado a la libertad sexual mediante sumisión química	Prisión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses	Art. 181.2 CP	Prisión de 2 a 8 años	Art. 180.1. 7ª CP	Prisión de 2 a 8 años	Art. 180.1. 7ª CP
	Atentado a la libertad sexual con acceso carnal ⁽²⁾	Prisión de 4 a 10 años	Art. 181.4 CP	Prisión de 4 a 12 años	Art. 179 CP	Prisión de 4 a 12 años	Art. 179.1 CP
	Atentado a la libertad sexual con violencia o intimidación y con acceso carnal	Prisión de 6 a 12 años	Art. 179 CP	Prisión de 4 a 12 años ⁽⁴⁾	Art. 179 CP	Prisión de 6 a 12 años	Art. 179.2 CP
	Atentado a la libertad sexual mediante sumisión química y acceso carnal	Prisión de 4 a 10 años	Art. 181.4 CP	Prisión de 7 a 15 años	Art. 180.1. 7ª CP	Prisión de 12 a 15 años ⁽⁵⁾	Art. 180.1. 7ª CP
Con agravante	Atentado a la libertad sexual con agravante del art. 180	Prisión de 2 años y 1 día a 3 años o multa de 21 a 24 meses	Art. 181.5 CP	Prisión de 2 a 8 años	Art. 180.1 CP	Prisión de 2 a 8 años	Art. 180.1 CP
		Dos o más agravantes Prisión de 5 años y 1 día a 8 años	Art. 180.2 CP	Dos o más agravantes Prisión de 5 años y 1 día a 8 años	Art. 180.2 CP	Dos o más agravantes Prisión de 5 años y 1 día a 8 años	Art. 180.2 CP
	Atentado a la libertad sexual con violencia e intimidación y con agravante del art. 180	Prisión de 5 a 10 años	Art. 180.1 CP	Prisión de 2 a 8 años ⁽⁴⁾	Art. 180.1 CP	Prisión de 5 a 10 años	Art. 180.1 CP
		Dos o más agravantes Prisión de 7 años, 6 meses y 1 día a 10 años	Art. 180.2 CP	Dos o más agravantes Prisión de 5 años y 1 día a 8 años	Art. 180.2 CP	Dos o más agravantes Prisión de 7 años, 6 meses y 1 día a 10 años	Art. 180.2 CP
	Atentado a la libertad sexual mediante sumisión química y con agravante del art. 180	Prisión de 2 años y 1 día a 3 años o multa de 21 a 24 meses	Art. 181.5 CP	Prisión de 5 años y 1 día a 8 años	Art. 180.2 CP	Prisión de 7 años, 6 meses y 1 día a 10 años	Art. 180.2 CP
	Atentado a la libertad sexual con acceso carnal y con agravante del art. 180	Prisión de 7 años y 1 día a 10 años	Art. 181.5 CP	Prisión de 7 a 15 años	Art. 180.1 CP	Prisión de 7 a 15 años	Art. 180.1 CP
		Dos o más agravantes Prisión de 11 años y 1 día a 15 años	Art. 180.2 CP	Dos o más agravantes Prisión de 11 años y 1 día a 15 años	Art. 180.2 CP	Dos o más agravantes Prisión de 11 años y 1 día a 15 años	Art. 180.2 CP
Atentado a la libertad sexual con violencia o intimidación y con agravante del art. 180	Prisión de 12 a 15 años	Art. 180.1 CP	Prisión 7 a 15 años ⁽⁴⁾	Art. 180.1 CP	Prisión de 12 a 15 años	Art. 180.1 CP	
	Dos o más agravantes Prisión de 13 años y día a 15 años	Art. 180.2 CP	Dos o más agravantes Prisión 11 años y 1 día a 15 años ⁽⁴⁾	Art. 180.2 CP	Dos o más agravantes Prisión de 13 años y día a 15 años	Art. 180.2 CP	
Atentado a la libertad sexual mediante sumisión química y acceso carnal y con agravante del art. 180	Prisión de 7 años y 1 día a 10 años	Art. 181.5 CP	Prisión 11 años y 1 día a 15 años	Art. 180.2 CP	Prisión de 13 años y día a 15 años	Art. 180.2 CP	

⁽¹⁾ Cuando se dice «atentado a la libertad sexual» se está refiriendo a aquellos supuestos en los que no hay violencia o intimidación.

⁽²⁾ Entiéndase, acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.

⁽³⁾ Sin perjuicio de que esta pena pueda imponerse en su mitad inferior o sustituirla por multa de 18 a 24 meses (ex art. 178.3 CP).

⁽⁴⁾ Habría que considerar que los actos de violencia física o psíquica pueden castigarse de forma autónoma (ex art. 194 bis CP).

⁽⁵⁾ Podría haber problemas de *bis in idem* al haber valorado esa circunstancia del agravante para la apreciación del delito de agresión sexual.

Fuente: Elaboración propia³³¹.

³³¹ Es posible la presencia de alguna errata en los cálculos de las penas en su mitad superior.