


EL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL EN SU CONFIGURACIÓN POR LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL: COMENTARIO AL ARTÍCULO 178 DEL CÓDIGO PENAL

SEXUAL ASSAULT OFFENCE IN ITS CONFIGURATION BY ORGANIC LAW
10/2022, OF SEPTEMBER 6, ON THE COMPREHENSIVE GUARANTEE OF SEXUAL
FREEDOM: COMENTARY ON ARTICLE 178 OF THE PENAL CODE

María Marta González Tascón^{1,a} 

¹ Profesora Titular de Derecho Penal. Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo (Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas), C. Valentín Andrés Álvarez, s/n, 33006 Oviedo, España

 agonzalezmarta@uniovi.es

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo principal el análisis jurídico del nuevo delito de agresión sexual fruto de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Para su mejor comprensión, se aborda el contexto en el que se origina.

Palabras clave: violencia sexual; agresión sexual; abuso sexual; Derecho penal.

Abstract

The present article has as main objective the analysis of the new offence named sexual aggression that was introduced in the Spanish Criminal Code by Act 10/2022 of comprehensive guarantee of sexual freedom. For a better understanding of it, the context in which it arises is described.

Keywords: sexual violence; sexual aggression; sexual abuse; criminal law.

1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA REFORMA DEL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

En un contexto social de rechazo de la violencia contra la mujer por razón de género, a cuya conformación habría contribuido especialmente entre nosotros la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante LOVG), el movimiento feminista ha dirigido en los últimos años sus esfuerzos a dar visibilidad a la violencia sexual, muy en particular a aquella que se materializa en agresiones o atentados directos contra la libertad sexual de la mujer².

En respuesta a sus demandas, se ha aprobado la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (en adelante LOGILS)³, cuyo ámbito de aplicación, como apuntaremos, no es tan restrictivo como el de la LOVG, ceñido este a la violencia que ejerce el hombre sobre la mujer pareja o expareja íntima⁴. Si bien el influjo de esta ley en la norma penal se seguiría notando mediante la previsión de un tipo cualificado del delito de agresión sexual destinado exclusivamente a desvalorar más gravemente la agresión sexual que sufre la mujer de 16 años en adelante por parte de su marido o del hombre al que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (art. 180.1.4ª)⁵. Y ello a pesar de que, a raíz de la reforma del Código penal por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se habría articulado en el Código penal una vía específica para desvalorar el componente discriminatorio por razón de género de la conducta humana típica a través de la incorporación del factor género entre los motivos que harían operativa a la circunstancia agravante ordinaria de discriminación (art. 22.4ª).

La nueva ley integral sintoniza, por lo que se refiere a la protección de la mujer, con el concepto consensuado en el plano internacional de la violencia contra la mujer (Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1993), que se ha plasmado, incluso con mayor amplitud -se contempla también la violencia económica-, en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia

² Recuérdese la trascendencia que a nivel mundial ha tenido el hashtag *#metoo*.

³ Nótese que en el Preámbulo de la LOGILS expresamente se le agradece su labor por la mayor visibilización social de las violencias sexuales y en el articulado se le atribuye un papel en esta lucha (así, arts. 1.3 h y 2 h).

⁴ Se establece en su artículo 1.1 que “la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

⁵ Obsérvese que el objetivo de imponer una pena de prisión de mayor duración por estos hechos no siempre se alcanzaría, pues la existencia de este tipo cualificado determina que las agresiones sexuales del artículo 178.1 se tengan que castigar con la pena de prisión de dos a ocho años y la violación (art. 179) con la pena de prisión de siete a quince años. Si no existiese ese tipo penal cualificado y fuera de aplicación la circunstancia agravante ordinaria del artículo 22.4, la pena de prisión sería respectivamente de dos años y seis meses a cuatro años y de ocho a doce años. Así las cosas, el tipo cualificado permitiría imponer una pena de menor gravedad que aquella que operaría si no existiese y al mismo tiempo una pena de mucha mayor gravedad. En cualquier caso, asistimos al mayor salto de pena asociado al componente de discriminación por ser mujer en el marco de la relación de pareja sentimental pasada o presente heterosexual. Asimismo, se ha garantizado a través de este tipo penal que esta clase de agresión sexual no pueda ser considerada de menor entidad.

Obsérvese, por otra parte, que, en el delito de agresión sexual a menores de 16 años, no existe un tipo cualificado marcado por el género, pero sí se agrava el hecho “cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia” (art. 181.4.d).

contra la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011 (en adelante Convenio de Estambul). A resultas, la vinculación personal de la mujer con el ofensor, así como la exigencia de que el ofensor sea un hombre, devienen irrelevantes para su aplicación⁶.

El cuestionamiento por parte del movimiento feminista del tratamiento legislativo e institucional de algunas manifestaciones de la violencia sexual y de las mujeres víctimas captaría, como nunca antes, el foco de la atención pública gracias a la ilustración de su denuncia a través del archiconocido caso de “la manada” (2016-2019). Este asunto, como es sabido, se acabaría convirtiendo en un tema de conversación social, generador principalmente de gran indignación, empatía hacia la víctima e incompreensión, cuando no rechazo, del sistema de garantías de nuestro proceso penal, cuya función, muchas veces olvidada por el ciudadano, que tiende a distanciarse moralmente del delincuente, no es sino la salvaguarda de los derechos de todos los ciudadanos frente al uso desviado del *ius puniendi* estatal⁷.

Ciertamente el suceso elegido presentaba desde el primer momento algunas características que lo hacían especialmente atractivo para articular sus preocupaciones. Nos encontrábamos ante el caso de una joven de 18 años involucrada en la realización de actos sexuales con cinco hombres mayores que ella, pero aún jóvenes, que no había verbalizado su negativa a mantener relaciones sexuales con ellos. Los hechos se habían producido en un contexto festivo donde había mediado el consumo de alcohol. Y en los comentarios que alguno de esos hombres había hecho sobre lo sucedido en el chat que dio nombre al caso quedaba reflejada fielmente una concepción de la mujer como mero objeto a disposición de la satisfacción sexual del hombre. A todo ello se sumarían a lo largo del proceso penal otros elementos que reforzarían su oposición a la distinción que hacía entonces el Código penal entre el delito de agresión sexual y el delito de abuso sexual. Así su desconfianza en la aplicación judicial del derecho⁸ y, en general, en el funcionamiento del sistema de justicia penal en este tipo de casos; lo que le serviría para incidir una vez más en la necesidad de acabar con los estereotipos de género⁹ y la victimización secundaria¹⁰ como medios para poner fin a la violencia que sufre la mujer por el hecho de ser mujer.

⁶ Art. 3: “a) Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”.

⁷ Vid. Presno Linera, M. A., “Proceso penal y proceso social. (A propósito del caso ‘La Manada’)”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2018, nº. 77, pp. 50-59.

⁸ Reconociendo las dificultades de reconstruir procesalmente los hechos, resultaría inexplicable, por ejemplo, que, a la luz de los vídeos que constan en la causa, grabados por uno de los sujetos, el tribunal afirme que “la denunciante está agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando”, que se escucha un “gemido agudo” por parte de ella que “refleja dolor”, que “expresó gritos que reflejan dolor y no apreciamos ninguna actividad de ella”, que las “imágenes evidencian que estaba atemorizada y sometida de esta forma a la voluntad de los procesados” y, sin embargo, castigue por abuso sexual con prevalimiento.

⁹ Se encontraría ahí su explicación a la valoración que hace el magistrado que firma el voto particular de la primera sentencia del contenido de las grabaciones obrantes en la causa, quien afirma: “lo relevante a mi juicio no es esto, sino la innegable expresión relajada, sin asomo de rigidez o tensión, de su rostro que impide sostener cualquier sentimiento de temor, asco, repugnancia, rechazo, negativa, desazón, incomodidad..., y que resulta incompatible con la situación que dice estar viviendo y que según afirma la dejó paralizada”. Vid. también *infra* nota 27.

¹⁰ En relación con esto, se cuestionó especialmente el ejercicio del derecho de defensa basado en ofrecer una imagen de la víctima como persona predispuesta al sexo a pesar de ser un hecho totalmente irrelevante para oponerse a la falta de consentimiento sexual de la denunciante.

El interés que el caso despertó y la influencia que en los grupos parlamentarios tienen los grupos de presión, como el movimiento feminista, conduciría a la reapertura del debate jurídico y legislativo sobre el tratamiento de esta violencia. Este se centrará en lo jurídico, muy especialmente, en una nueva configuración delictiva de las conductas amparadas entonces en los delitos de agresión y abuso sexual. Se incluiría, posteriormente y con una intensidad muy distinta, la ampliación de los delitos relativos a la explotación sexual en la prostitución de las personas adultas.

La respuesta en concreto de nuestras Cortes Generales llegaría unos seis años más tarde de que ocurrieran aquellos hechos -tras la paralización del país por la pandemia de COVID-19- con la publicación en el BOE de 7 de septiembre de 2022 de la LOGILS, que entró en vigor, de acuerdo con su disposición final vigesimoquinta, con carácter general, a los treinta días de su publicación, es decir, el 7 de octubre de 2022¹¹. Como su propia denominación dejaría entrever, estaríamos ante una reforma profunda del sistema de protección de la libertad sexual, que ha ido mucho más allá de la aportación de una nueva definición legal del delito de agresión sexual. Pero no todo lo lejos que podría intuirse a partir de un título que se presta a cierta confusión sobre su contenido real¹². Este se podría haber anticipado, de manera más solvente, a través del uso de algún otro nombre, como, por ejemplo, ley de medidas de protección integral de las mujeres y de las personas menores de edad frente a la violencia sexual.

En ese sentido, téngase presente, por un lado, que si bien la LOGILS declara en su artículo 1.1 que su objeto es “la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales”, rápidamente, aunque en un artículo posterior, procede a limitar su ámbito de aplicación. De forma que, desde una perspectiva subjetiva, solo se aplica a las personas integrantes de los colectivos que, según habría constatado la investigación empírica¹³, sufren de manera desproporcionada la violencia sexual, esto es, el colectivo de mujeres y el colectivo de personas menores de edad (menores de 18 años)¹⁴.

¹¹ Quedarían pendientes de desplegar eficacia jurídica las disposiciones de su capítulo I (“Alcance y garantía del derecho”) del Título IV (Derecho a la asistencia integral especializada y accesible) y del Título VI (“Acceso y obtención de justicia”), que lo harán a los seis meses de su publicación. Y también el derecho a la atención a las necesidades económicas, laborales, de vivienda y sociales, de acompañamiento y de recuperación integral del artículo 33.1.d, cuya entrada en vigor está supeditada a que adquiera vigencia una futura reforma de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, ordenada por la disposición final vigesimoprimer de la LOGILS. Esta, bajo el enunciado “Asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales”, dispone que, en el plazo de un año desde su entrada en vigor, el Gobierno tiene que enviar a las Cortes Generales un proyecto de reforma de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, al objeto de garantizar la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales, en los términos y con los objetivos previstos en la LOGILS.

¹² Observación ya realizada, entre otros, por el Consejo Fiscal, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, de 2 de febrero de 2021 (en adelante Informe ...)*, p. 16.

¹³ A la luz de los datos disponibles, en el informe mundial sobre la violencia y la salud de la OMS, Krug, E. G. et al., (eds.), *World report on violence and health*, Ed. OMS, Ginebra, 2002, pp. 149-150, se estimaba que una de cada cuatro mujeres había sido víctima de violencia sexual ejercida por su pareja y que un tercio de las adolescentes denunciaban que su primera experiencia sexual había sido forzada. En la década siguiente Butchart, A./ Mikton, C., (coords.), *Global status report on violence prevention*, Ed. OMS, Ginebra, 2014, pp. VIII y 14, señalaban que una de cada tres mujeres había experimentado violencia física y/o sexual por parte de la pareja íntima y una de cada cinco mujeres reconocía haber sido abusada sexualmente cuando eran niñas. Unos años después, Burton, E., (ed.), *Global status report on preventing violence against children*, Ed. OMS, Ginebra, 2020, p. 14, observaba que seguía sin haber datos globales sobre la victimización sexual de las personas menores de edad de sexo masculino.

¹⁴ Entre nosotros la gran desproporción de las víctimas de sexo femenino y de los autores de sexo masculino se constata a nivel oficial a través de los datos de incidencia de los denominados en el Código penal, antes de la

Naturalmente, algunos de los principios rectores de la ley, así como algunas de las medidas allí recogidas, terminarán repercutiendo, positivamente, en la protección de la libertad sexual de todas las personas, independientemente de su edad o sexo.

Concretamente se establece en su artículo 3.2 que “la presente ley orgánica es de aplicación a las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de las violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa, o en el extranjero, siempre que sean de nacionalidad española...”¹⁵. A resultas, y como se expresa claramente en la memoria del análisis de impacto normativo, “la norma tiene la explícita y decidida vocación de constituir el marco vertebrador del régimen jurídico de la tutela y garantía de la libertad sexual de quienes se encuentran incluidos en su ámbito subjetivo de aplicación”¹⁶.

Las medidas contempladas en esta ley, por otro lado, tienen como foco de actuación la “violencia sexual” o las “violencias sexuales”, expresión cuyo significado se trata de aclarar en su artículo 3.1 por referencia a dos tipos de actos, “... cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital...”. Esta definición de la violencia sexual se ve acompañada de la cita de algunas de sus concretas manifestaciones, entre las que algún autor habría echado en falta algunas otras de gran actualidad a las que se referirían algunas enmiendas al Proyecto de Ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual (en adelante PLOGILS)¹⁷. Tal habría sido el caso del aborto no consentido y de la esterilización forzosa¹⁸, que, junto con la anticoncepción forzada y la gestación por subrogación o sustitución, son objeto de atención específica, bajo su consideración de formas de violencia contra la mujer en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, en la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante LOSSRIVE), tras su reciente modificación por la Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero. Señala el mentado artículo que “en todo caso se consideran violencias sexuales los delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal,

reforma de 2022, delitos contra la libertad e indemnidad sexual, que se recogen en los informes sobre el particular que anualmente publica el Ministerio del Interior desde el caso de la manada. Oficialmente solo se promueve, sin embargo, la recopilación de datos sobre la prevalencia de la violencia sexual contra la mujer mediante la macroencuesta de violencia contra la mujer, que con la LOGILS tendrá que realizarse con una periodicidad mínima de tres años en lugar de cuatro -disposición adicional veintidós de la LOVG-. La LOGILS se hace eco en su Preámbulo de algunos de los datos recogidos en concreto en la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer de 2019, realizada con población de mujeres de edad a partir de los dieciséis años. De esta fuente también se extrae el único dato estadístico sobre la victimización sexual de las personas menores de edad, que, en consecuencia, está referido solo a las del sexo femenino. Un grupo etario que, según las investigaciones empíricas, sufriría aún más la violencia sexual. Vid., una síntesis de los estudios sobre el particular en González Tascón, M. M., “La victimización sexual de las personas menores de edad: prevalencia y consecuencias del abuso sexual infantil”, en *González Tascón, M. M., (coord.), Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual. Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 143-173.

¹⁵ Entre otras cosas, sigue diciendo el precepto “todo ello sin perjuicio de lo establecido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, respecto a la competencia de los tribunales españoles”. Vid. art. 23 LOPJ.

¹⁶ Ministerio de Igualdad/ Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, *Memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual*, p. 17.

¹⁷ Enmiendas nº. 7 del Grupo Parlamentario Ciudadanos, nº. 78 de Pilar Calvo i Gómez (Grupo Parlamentario Plural), nº. 237 del Grupo Parlamentario Popular y nº. 310 del Grupo Parlamentario Republicano.

¹⁸ Así, Marín de Espinosa Ceballos, E. M., “Por qué es innecesaria e inconveniente una ley integral en garantía de la libertad sexual”, en *La Ley Penal*, 2021, nº. 150, p. 6.

la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual...”¹⁹ .

Así las cosas, y al igual que ha hecho antes algún organismo internacional como, por ejemplo, la OMS²⁰ , que no se ha de olvidar que aborda el problema de la violencia sexual desde el enfoque de la salud pública interrelacionando con la salud, la libertad sexual, la salud sexual y la salud reproductiva²¹ , se asume en esta ley una concepción de la violencia sexual mucho más amplia que aquella que resultaría de situar la atención, a efectos de la delimitación de su significado, en la existencia de un ataque directo a la libertad sexual. Criterio este último, como es sabido, de referencia en la tipificación en nuestro Código penal de los delitos conocidos precisamente como los delitos contra la libertad sexual, que se crean pensando en las conductas que guardan relación inmediata con la realización de actos sexuales. El uso de la expresión violencia sexual en una acepción amplia se observaría, no obstante, con anterioridad en una norma jurídica vinculante para España, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, con motivo, por ejemplo, de la descripción del delito de lesa humanidad, una de cuyas modalidades se refiere a la “...violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable” (art. 7.1 g)²² .

No se llega a desplegar, en cualquier caso, una línea de actuación directamente orientada al desarrollo de la dimensión positiva de la libertad sexual, es decir, a su ejercicio en condiciones, obviamente, de libertad, de respeto a la libertad sexual del otro, de seguridad y de no discriminación, favorecedora del desarrollo de la capacidad del ser humano de disfrutar de una vida sexual satisfactoria. Como se recordará, nuestro Legislador se dispuso a recorrer este camino de la mano de la LOSSRIVE. En esta se aborda la sexualidad humana desde el enfoque de los derechos, proclamando su originario artículo 3 que “en el ejercicio

¹⁹ Sigue diciendo el precepto que “se prestará especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos”. Nótese que a efectos estadísticos y de reparación se incluye el “feminicidio sexual”, entendido como el homicidio o asesinato de mujeres y niñas vinculado a las conductas definidas en la ley como violencias sexuales.

²⁰ Vid. Krug, E. G. *et al.*, (eds.), *World report on violence and health*, cit., pp. 149-150, donde se identifican también como formas de violencia sexual a título de ejemplo: las proposiciones sexuales no queridas o acoso sexual, las solicitudes sexuales a cambio de favores, el matrimonio o unión forzosa, actos violentos contra la integridad sexual, incluida la mutilación genital femenina y las inspecciones forzosas de la virginidad, la negación del acceso a anticonceptivos y medios de protección frente a las enfermedades de transmisión sexual, el aborto forzoso, la prostitución forzada y la trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

²¹ Específicamente sobre las consecuencias físicas y psíquicas de las agresiones sexuales, por ejemplo, Núñez Fernández, J., “La evidencia empírica sobre las consecuencias de la agresión sexual y su incorporación al análisis jurídico”, en *RDPCrUNED*, 2009, nº. 1, pp. 324-340.

²² De conformidad con el artículo 9 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Asamblea de los Estados Partes ha aprobado los Elementos de los Crímenes; delimitando por esta vía el significado de esas otras formas de violencia sexual. Por lo que aquí interesa, sería necesario “que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento”. Precisa al respecto la *Fiscalía de la Corte Penal Internacional*, *Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género*, 2014, pp. 13-14, que un acto de naturaleza sexual puede incluso no entrañar contacto físico alguno, así en la desnudez forzada, de forma que los crímenes sexuales comprenden, a su juicio, actos tanto físicos como no físicos vinculados con las características sexuales de una persona.

de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes” (art. 3.1), sin que nadie pueda ser discriminado, entre otras razones, por sexo, edad o discapacidad, en el acceso a las prestaciones y servicios en ella previstos (art. 3.3)²³. Empero, tras más de una década de vida jurídica destinada a la salvaguarda de los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual (art. 1)²⁴, la consecución de estos objetivos sigue siendo problemática. Entre otras razones, por el hecho de que la implementación de su visión de la educación sexual o de las prestaciones sanitarias relacionadas con la sexualidad ha sido contestada con la pasividad, cuando no oposición, de quienes, por su función, tienen que contribuir a hacer realidad las palabras de la ley. Problemas que se tratarían de atajar con su reciente reforma.

En ese estado de cosas, habría tenido pleno sentido que una ley que se presenta como la garantía integral de la libertad sexual hubiese retomado el objetivo de acabar con las limitaciones que del control social se derivan para el ejercicio libre de la sexualidad humana, muy especialmente por parte de las mujeres, de las personas con una orientación sexual diferente a la normativa, de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual, independientemente del riesgo de violencia sexual. Pero no ha sido así, gravitando la ley sobre la cuestión de la violencia. Y ello a pesar de que ese control social, por lo que atañe específicamente al auténtico sujeto de referencia de la LOGILS, la mujer, sigue favoreciendo la actitud pasiva de esta en la esfera sexual como forma de eludir la sanción moral colectiva a la que se expone en otro caso. Se dificulta con ello, al margen del propio ejercicio por su parte de la libertad sexual en sentido positivo, la comunicación entre los sexos, que puede dar origen a toda suerte de interpretaciones, propias y ajenas, sobre el elemento central del delito de agresión sexual: el consentimiento a la participación en la realización de actos sexuales²⁵. No son ajenos a ese control algunos planteamientos dentro del propio movimiento feminista, que, en defensa de una concepción propia de la dignidad de la mujer, persiguen imponer a las personas una nueva moral sexual. Entre otras cosas, esto conllevaría la negación a las mujeres de determinadas prácticas sexuales y actitudes sobre el sexo, apropiándose de su derecho de autodeterminación sexual y perpetuando los estereotipos sobre el comportamiento sexual de la mujer, del que podría ser una muestra, por ligarlo al caso de referencia de la reforma legislativa, que una mujer no practicaría el sexo en grupo.

²³ La reciente reforma de esta ley ha modificado la redacción del artículo 3, dándole un mayor desarrollo a su contenido; pudiéndose destacar por lo que se refiere a los derechos que acabamos de mencionar que se añade la referencia expresa al derecho a la salud.

²⁴ La salud sexual, que originariamente se definía en esta ley como “el estado de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad, que requiere un entorno libre de coerción, discriminación y violencia (art. 2 b), pasa con la reforma a concebirse no solo como “el estado general de bienestar físico, mental y social, que requiere un entorno libre de coerción, discriminación y violencia y no la mera ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los aspectos relacionados con la sexualidad de las personas”, sino también como “un enfoque integral para analizar y responder a las necesidades de la población, así como para garantizar el derecho a la salud y los derechos sexuales”, (art. 2.2).

²⁵ Considerando la trascendencia que el movimiento feminista ha tenido en la elaboración de esta ley, cobra especial interés la advertencia de [Malón Marco, A., *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 176-177](#), relativa a la imposibilidad de pensar en una sexualidad en términos positivos “con las actuales herramientas conceptuales y legales del feminismo que confía en promover una sexualidad sana, querida y afectuosa únicamente mediante la domesticación de los peligros de la ley penal”.

Si la ley puede calificarse con el adjetivo “integral”, no es en alusión, por consiguiente, a que comprenda todas las dimensiones de la libertad sexual y dispense protección a todos los titulares de la libertad sexual, es decir, a todas las personas sin discriminación alguna. Se debería al hecho de que adopta, como ya hicieran la LOVG, la Ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante LOPIAV), la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación y, últimamente, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, un abanico amplio de medidas de distinta naturaleza que en su aplicación conjunta aspiran a abordar, a partir de un marco común, los distintos frentes de un fenómeno complejo. En nuestro caso, la violencia sexual, abordando su prevención, su criminalización y la asistencia y protección a las víctimas. En esta dirección, la finalidad declarada de la LOGILS se expresa como la “adopción y puesta en práctica de políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, a nivel estatal y autonómico, que garanticen la sensibilización, prevención, detección y la sanción de las violencias sexuales, e incluyan todas las medidas de protección integral pertinentes que garanticen la respuesta integral especializada frente a todas las formas de violencia sexual, la atención integral inmediata y recuperación en todos los ámbitos en los que se desarrolla la vida de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, en tanto víctimas principales de todas las formas de violencia sexual” (art. 1.2).

La aprobación de esta ley, por otra parte, ha supuesto la culminación de un proceso de elaboración legislativa que habría comenzado su andadura prácticamente tras el conocimiento del contenido del primer fallo judicial sobre el caso de la manada. Pronunciamiento en el que se dirimía la responsabilidad penal de los cinco hombres acusados de realizar actos sexuales con una mujer sin el consentimiento de esta en un cubículo del interior de un edificio de viviendas en la madrugada del 7 de julio de 2016, durante la celebración de las fiestas de San Fermín²⁶. La sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Secc. 2ª), nº. 38/2018, de 20 de marzo²⁷, que condena a cada uno de esos hombres por un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento de situación de superioridad agravado por la naturaleza de los actos sexuales realizados, consistentes estos en accesos carnales de distinto tipo (art. 183.3 y 4), contenía, además, como apuntábamos, un voto particular que fundamentaba la tesis de la atipicidad de la conducta. Uno de sus argumentos se basaba en el hecho de “... que su voluntad de no mantener las relaciones sexuales que tuvieron lugar en el portal quedó completamente silenciada en su fuero interno y no fue transmitida, insinuada, ni comunicada de ninguna manera, en absoluto. Ni siquiera tácitamente, porque su sometimiento, si fue tal, se tradujo en tal apariencia de aceptación que no permite establecer que pudiera siquiera ser percibido o

²⁶ El caso hizo recordar en especial otro muy mediático que había tenido lugar en ese mismo contexto festivo, el caso “Nagore”. Según los hechos declarados probados, un hombre joven reaccionó matando a una chica que habría interpretado como un intento de agresión sexual la actuación violenta que este comenzó a realizar en el trascurso de la relación sexual consentida que habían iniciado, lo que la llevó a amenazarle con destruir su carrera profesional y denunciarle y a él a quitarle la vida. Vid. sentencia del Tribunal Supremo, nº. 1068/2010, de 2 de diciembre.

²⁷ Esta sentencia ha dado lugar a muchos comentarios en la doctrina, pudiéndose citarse como referencia general, la obra colectiva que lleva el nombre del caso dirigida por Faraldo Cabada, P./ Acale Sánchez, M., *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018. Un protagonismo importante recibe también la cuestión en Monge Fernández, A., (dir.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Ed. Bosch, Barcelona, 2019. Asimismo, alguna revista ha dedicado especial atención al asunto; así el número de octubre de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2018, nº. 77, titulado *Las huellas de ‘La Manada’*.

intuido por los acusados...”, de lo que habría que desprender en cualquier caso la apreciación de un error en los acusados sobre la conducta típica con relevancia a efectos penales. Error que en los delitos sexuales conduce inexorablemente a la impunidad de los acusados (art. 14.1 CP). La apreciación que el magistrado firmante hace del contenido de las imágenes de las grabaciones de vídeo obrantes en la causa acrecentaría aún más el malestar del movimiento feminista sobre la impartición de justicia²⁸. Y así se haría notar desde el minuto uno con el despliegue de una fuerte contestación en la calle a la decisión judicial bajo lemas como “no es abuso, es violación” -como más adelante concluiría el Tribunal Supremo en su sentencia nº. 344/2019, de 4 de julio²⁹ -, “solo sí es sí”, “yo sí te creo” o “tranquila hermana, aquí está tu manada”.

Esta reacción social obtendría una respuesta inmediata a nivel político con el acostumbrado anuncio de una reforma penal³⁰, si bien el problema de la violencia sexual que sufre la mujer ya estaba marcado como un objetivo específico del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, ratificado por unanimidad el 27 de diciembre de 2017 en la

²⁸ Recogemos otros extractos de este voto particular sobre esa cuestión concreta: “No aprecio en los vídeos cosa distinta a una cruda y desinhibida relación sexual, mantenida entre cinco varones y una mujer, en un entorno sórdido, cutre e inhóspito y en la que ninguno de ellos (tampoco la mujer) muestra el más mínimo signo de pudor, ni ante la exhibición de su cuerpo o sus genitales, ni ante los movimientos, posturas y actitudes que van adoptando. No aprecio en ninguno de los vídeos y fotografías signo alguno de violencia, fuerza, o brusquedad ejercida por parte de los varones sobre la mujer. No puedo interpretar en sus gestos, ni en sus palabras (en lo que me han resultado audibles) intención de burla, desprecio, humillación, mofa o jactancia de ninguna clase. Sí de una desinhibición total y explícitos actos sexuales en un ambiente de jolgorio y regocijo en todos ellos, y, ciertamente, menor actividad y expresividad en la denunciante. Y tampoco llego a adivinar en ninguna de las imágenes el deleite que describe la sentencia mayoritaria salvo que con el término se esté describiendo la pura y cruda excitación sexual. Nada, en ninguna de las imágenes que he visto me permite afirmar que las acciones o palabras que se observan o se escuchan tengan el más mínimo carácter imperativo; nada, en ninguno de los sonidos que se perciben, que resulte extraño en el contexto de las relaciones sexuales que se mantienen. Todas ellas son imágenes de sexo explícito en las que no tiene cabida la afectividad, pero también, sin visos de fuerza, imposición, conminación o violencia.... abona, a mi juicio, la tesis contraria”. “... en ninguna de las imágenes percibo en su expresión, ni en sus movimientos, atisbo alguno de oposición, rechazo, disgusto, asco, repugnancia, negativa, incomodidad, sufrimiento, dolor, miedo, descontento, desconcierto o cualquier otro sentimiento similar. La expresión de su rostro es en todo momento relajada y distendida y, precisamente por eso, incompatible a mi juicio con cualquier sentimiento de miedo, temor, rechazo o negativa. Tampoco aprecio en ella esa “ausencia y embotamiento de sus facultades superiores” que se afirma por la mayoría de la Sala; por el contrario, lo que me sugieren sus gestos, expresiones y los sonidos que emite es excitación sexual. No concluyo que esta apreciación haya de suponer necesariamente una relación sexual consentida, pues no es descartable que durante una relación sexual no consentida pueda llegar a sentirse y expresarse una excitación sexual meramente física en algún momento, pero sí que la falta de consentimiento no está patente ni en las expresiones, ni en los sonidos, ni en las actitudes que observo en los vídeos por lo que a la mujer respecta”.

²⁹ Esta sentencia casa la sentencia nº. 8/2018, de 30 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y de lo Penal), que, por lo que aquí interesa, había confirmado el pronunciamiento de la Audiencia Provincial, y condena a cada uno de ellos por un delito continuado de violación (arts. 178 y 179) agravado por dos circunstancias específicas, el carácter particularmente degradante o vejatorio de la violencia o intimidación ejercida y la comisión de los hechos por la actuación conjunta de dos o más personas (art. 180.1.1º y 2º, respectivamente). Esta sentencia ha suscitado también mucho interés en la doctrina, vid., por ejemplo, [Boldova Pasamar, M. A., “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’, en *Diario la Ley*, 2019, nº. 9500, pp. 1-13; Monge Fernández, A., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio \(‘Solo sí es sí’\), en Abel Souto, M./ Brage Cedán, S. B./ Guinarte Cabada, G./ Martínez-Buján Pérez, C./ Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 949-972.](#)

³⁰ Analiza el uso populista del discurso público en torno al caso de la manada, [Gallardo Pauls, B., “Sicofantas en red: el discurso del populismo punitivo”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2018, nº. 77, pp. 34-43.](#)

Conferencia Sectorial de Igualdad. Ese anuncio por parte del Ministro de Justicia del Gobierno del Partido Popular en aquel momento se vio acompañado del encargo a la Sección Penal de la Comisión General de Codificación, cuya composición se tuvo que modificar para garantizar la presencia de expertas, de la redacción de un anteproyecto sobre el particular. Bajo el nombre de Anteproyecto de Ley orgánica de modificación del Código penal para la protección de la libertad sexual de las ciudadanas y ciudadanos fue presentado a finales de 2018, pero para entonces ya se había producido un cambio de partido político en el Gobierno, que no volverá a recabar la colaboración de ese órgano técnico especialista en asuntos penales³¹. Nótese que en ese texto prelegislativo se habla de violaciones y de otras agresiones sexuales, conservándose la distinción entre violaciones y agresiones sexuales violentas o intimidatorias, a las que se equipara la actuación conjunta de dos o más personas, y el resto de violaciones y agresiones sexuales³².

El mismo objetivo se había planteado el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, que unos meses antes, en julio de 2018, había presentado una primera Proposición de Ley de protección integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales, circunscrita a la protección de la libertad sexual de las mujeres mayores de dieciséis años, que sería sustituida por una nueva versión en octubre de ese año³³,³⁴. Aquí ya se propone un único delito de agresión sexual y además se describe una nueva modalidad consistente en la realización conjunta por dos o más personas de todos o parte de los actos constitutivos de agresión sexual, aprovechándose de la situación objetiva de superioridad manifiesta, en un contexto objetivamente intimidante para la víctima (delito de agresión sexual colectiva). En diciembre de ese mismo año sería el Grupo Parlamentario Popular, ahora en la oposición, quien formularía su Proposición de Ley orgánica de modificación de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en materia de delitos contra la libertad sexual. Como su propio nombre indica, esta se ceñiría exclusivamente a la reforma penal, planteando, en concreto, y sin alterar la estructura de los tres primeros capítulos del título VIII del Libro II, la ampliación del delito de agresión sexual por referencia a que los hechos se cometan anulando la voluntad de la víctima por la actuación conjunta de dos o más personas o mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto y la creación de un tipo cualificado basado en la comisión del hecho por una pluralidad de personas (actuación conjunta en grupo de tres o más personas)³⁵.

El proceso de elaboración de una nueva ley para hacer frente a la violencia sexual a cargo del Gobierno atravesará por momentos de mayor o menor intensidad hasta que finalmente se presenta el 26 de julio de 2021 para su tramitación parlamentaria el PLOGILS³⁶. Proyecto

³¹ Así lo señala críticamente el [Consejo de Estado, Dictamen nº. 393/2021 \(en adelante Dictamen...\)](#), pp. 29 y 38.

³² Faraldo Cabana, P., "Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género", en Monge Fernández, A., (dir.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, cit., pp. 270-271; o Díez Ripollés, J. L., "Alegato contra un derecho penal sexual identitario", en RECPC, 2019, nº. 21-10, pp. 4-5.

³³ BOCG, CD, Serie B, nº. 297-1, de 20 de julio de 2018, y nº. 318-1, de 15 de octubre de 2018.

³⁴ Para una confrontación del primer anteproyecto y de la segunda proposición vid. [Díez Ripollés, J. L., "Alegato contra un derecho penal sexual identitario"](#), cit., pp. 1-29, quien se habría mostrado muy crítico con la voluntad reformadora en la que apreciaba una manifestación del Derecho penal identitario.

³⁵ BOCG, CD, Serie B, nº. 357-1, de 21 de diciembre de 2018.

³⁶ BOCG, CD, Serie A: Proyectos de ley, nº. 62-1, de 26 de julio de 2021.

que se encontraría vinculado al Anteproyecto de Ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual de octubre de 2020 (en adelante ALOGILS), resultante del nuevo impulso reformador que el Ministerio de Igualdad del Gobierno de Coalición (PSOE/PSC, Unidas Podemos/CatComú y PCE/IU) imprimió al asunto con la redacción de una primera versión del anteproyecto y de su memoria del análisis de impacto normativo, aprobada en Consejo de Ministros el 3 de marzo de 2020. A ella le seguiría una segunda versión en octubre, de la que interesa destacar que da entrada a la modificación de la regulación legal de los delitos relativos a la prostitución de personas adultas, que, entre otras reformas³⁷, perseguía la tipificación de una modalidad de la tercería locativa³⁸. Será esta segunda versión, en cuyo origen está la proposición del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, la que se someterá a informe del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, existiendo ya una tercera versión cuando el Consejo de Estado emite, con carácter urgente, su dictamen.

Durante la tramitación parlamentaria del PLOGILS³⁹, su texto experimentará escasas modificaciones en lo que atañe a la regulación legal de los delitos contra la libertad sexual, siendo la más visible de todas ellas la renuncia a la reforma de los delitos relativos a la prostitución de personas adultas. La explicación de ello se encontraría en la controversia que rodea, incluso dentro del propio movimiento feminista, la criminalización de la tercería locativa; y así se aprecia ya en el Dictamen de la Comisión del Congreso de Diputados⁴⁰. Se ha anunciado, no obstante, por el Gobierno, que se abordará la cuestión al hilo del desarrollo de un nuevo proceso legislativo destinado a la elaboración de una ley integral contra la trata de seres humanos; proceso que se ha iniciado con la aprobación del Anteproyecto de Ley orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos a finales de noviembre de 2022⁴¹. Veremos a su término si la proclamada garantía integral de la libertad sexual

³⁷ Comenta brevemente las modificaciones que se proponía ejecutar [Marín de Espinosa Ceballos, E. M., "Análisis crítico del delito de prostitución de adultos: una propuesta de reforma", en CPC, 2022, nº. 136, pp. 42-46.](#)

³⁸ Se trataba, en concreto, de introducir un artículo 187 bis con el siguiente tenor: "El que, con ánimo de lucro y de manera habitual, destine un inmueble, local o establecimiento, abierto o no al público, a favorecer la explotación de la prostitución de otra persona, aún con su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, y multa de seis a dieciocho meses sin perjuicio de la clausura prevista en el artículo 194 de este Código.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando la prostitución se ejerza a partir de un acto de violencia, intimidación, engaño o abuso de los descritos en el apartado 1 del artículo 187". En el proyecto se recoge el nuevo delito, ampliándose los espacios destinados a favorecer la explotación de la prostitución de otra persona ("... establecimiento, o cualquier otro espacio, abierto o no al público...").

³⁹ Nótese que en el Senado, el proyecto solo será objeto de una única modificación fruto de la incorporación a su texto de la enmienda número 93, presentada por el Sr. Cleries i González y de la Sra. Rivero Segalàs (GPN), al objeto de que se modificase el preámbulo del texto, apartado III, párrafo cuarto para realizar una corrección lingüística -"casos de aborto y esterilizaciones forzados"- que retardará la aprobación de la ley (BOCG, Senado, nº. 370, de 28 de julio de 2022, y BOCG, CD, Serie A: Proyectos de ley, nº. 62-8, de 2 de agosto de 2022).

⁴⁰ BOCG, CD, Serie A, nº. 62-5, de 30 de mayo de 2022. Habían rechazado la reforma de estos delitos el Grupo Parlamentario Ciudadanos, enmiendas nº. 38 y nº. 39; Pilar Calvo i Gómez (Grupo Parlamentario Plural), enmienda nº. 120; del nuevo delito del 187 bis el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), enmienda nº. 77; y el Grupo Parlamentario Republicano (enmienda nº. 443), advirtiendo en sus enmiendas nº. 382 y nº. 383 de la necesidad de distinguir entre prostitución libre y trata de personas con fines de explotación sexual.

⁴¹ Precisamente el [Consejo de Estado, Dictamen ..., pp. 112-113](#), que había cuestionado la reforma propuesta de estos delitos, ya le había recomendado esa línea de trabajo. Sin embargo, el [Consejo General del Poder Judicial, Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, de 25 de febrero de 2021, \(en adelante Informe...\)](#), p. 90, aunque duda de la eficacia de la introducción de la tercería locativa, aconseja que

por parte de la nueva ley no se desquebraja para las mujeres que libremente deciden ejercer la prostitución, a quienes, de forma sistemática, por no encajan en el ideal femenino creado por el feminismo radical, se les pretende negar la capacidad de autodeterminación, se las victimiza y se las excluye socialmente⁴². Y comprobaremos si finalmente el Legislador afronta la reforma del tratamiento de la prostitución forzada en orden a impedir que el delito de determinación coactiva a la prostitución siga desplazando de *facto* la aplicación del delito de agresión sexual continuada, pues a la luz de la práctica forense la articulación en su día de una cláusula concursal específica no ha garantizado que estos hechos se castiguen con arreglo a su gravedad⁴³.

La LOGILS es indudablemente un nuevo instrumento normativo destinado a erradicar la violencia contra la mujer como de forma reiterada se evidencia en su Preámbulo. En esta parte de la ley, sin perjuicio del reconocimiento del daño individual que causa la violencia sexual, se destaca sobre todo su visión como un problema estructural ligado a una cultura sexual arraigada en la dominación y en los patrones discriminatorios de la mujer -consideración que proyecta también sobre la victimización sexual de las personas menores de edad⁴⁴ -, cuyas repercusiones afectan a la propia libertad y seguridad de la mujer, que acaba viendo limitado su movimiento en los espacios públicos y el uso de los mismos. Reproduzcamos como muestra de lo dicho al menos estas palabras del Legislador: “las violencias sexuales no son una cuestión individual, sino social; y no se trata de una problemática coyuntural, sino estructural, estrechamente relacionada con una determinada cultura sexual arraigada en patrones discriminatorios que debe ser transformada. Al mismo tiempo que se inflige un daño individual a través de la violencia sobre la persona agredida, se repercute de forma colectiva sobre el conjunto de las mujeres, niñas y niños que reciben un mensaje de inseguridad y dominación radicado en la discriminación, y sobre toda la sociedad, en la reafirmación de un orden patriarcal. Por ello, la respuesta a estas violencias debe emerger del ámbito privado

se extienda más la criminalización de la tercería locativa con la creación de un tipo atenuado que no exigiese la habitualidad.

⁴² Vid. Maqueda Abreu, M. L., “Como construir «víctimas ficticias» en nombre de las libertades sexuales de las mujeres”, *Viento Sur*, pp. 1-6. Disponible en <https://vientosur.info/como-construir-victimas-ficticias-en-nombre-de-las-libertades-sexuales-de-las-mujeres/>. En la doctrina penal, la asimilación que la posición abolicionista de la prostitución hace entre prostitución libre y prostitución forzada es fuertemente cuestionada; alzándose también voces contra la propuesta de criminalización de la tercería locativa recogida en el PLOGILS (por ejemplo, Acale Sánchez, M., “Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma”, en *IgualdadEs*, 2021, nº. 5, p. 470) o denunciando la paradoja de perseguir el consentimiento expreso de la mujer a la realización de actos sexuales y no reconocérselo cuando versa sobre actos sexuales por precio (así, Caruso Fontán, V., “¿Solo Sí es Sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en *Diario La Ley*, 2020, nº. 9594, p. 10).

⁴³ Así, Maqueda Abreu, M. L., “La “prostitución forzada” es una forma agravada de agresión sexual: propuesta para una reforma imprescindible”, en Vicente Remesal, J. de/ Díaz y García Conlledo, M./ Paredes Castañón, J. M., et al., (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario, Vol. II*, Ed. Reus, Madrid, 2020, pp. 1751-1760; posición que comparten Álvarez García, F. J./ Molino Romera, M. del, “Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma”, en Vicente Remesal, J. de/ Díaz y García Conlledo, M./ Paredes Castañón, J. M., et al., (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario, Vol. II*, cit., pp. 2037-2039; González Tascón, M. M., “Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas”, en *RECPCR*, 2020, nº. 22-10, p. 40. En profundidad, Pozuelo Pérez, L., “La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetes, clientes y violación de personas prostituidas”, en *Indret*, 2022, nº. 1, pp. 206-229.

⁴⁴ Nótese que, si bien en su artículo 3.3 se señala que en el caso de la violencia ejercida contra niñas, niños y adolescentes sus disposiciones deberán estar alineadas con lo establecido en la LOPIAV, lo cierto es que la LOGILS apenas recoge disposiciones que atiendan específicamente a la situación de las personas menores de edad.

y situarse indiscutiblemente en la esfera de lo público, como una cuestión de Estado”. Así las cosas, tal parece que la ley respondería en realidad a un ulterior objetivo consistente en superar las limitaciones a las que conduce el concepto restrictivo de violencia de género a efectos de la aplicación de la LOVG, que, como se apuntó, deja fuera de su ámbito de aplicación a una parte de las mujeres víctimas de la violencia contra la mujer por razón de género, so pena de insistir en la reduplicación normativa⁴⁵. En este camino no solo la victimización sexual de los hombres adultos seguirá sin despertar el interés del legislador y el resto de poderes públicos, debiendo superar estas personas por sí mismas las barreras que la sociedad patriarcal les impone para reconocerse víctimas de los delitos sexuales y denunciar, sino que, además, por el hecho de ser hombres, se les priva de la atención especial prevista en la LOGILS cuando una discapacidad les sitúa en una situación de vulnerabilidad frente a las acciones de victimización sexual realizadas por terceros.

Se silencia en el Preámbulo de la Ley una visión de la violencia sexual más allá de la violencia de género; omnicompreensiva, por tanto, de un enfoque de la violencia sexual en sintonía con la explicación ecológica de la delincuencia sexual que habría puesto de manifiesto, entre otras cosas, que los delincuentes sexuales no conforman un grupo homogéneo⁴⁶. Y ello a pesar de su innegable interés para el análisis de la violencia sexual y su tratamiento por parte de los poderes públicos con evidentes repercusiones en el diseño de las medidas de prevención primaria, secundaria y terciaria más eficaces.

La mirada unidireccional del Legislador sobre la violencia sexual como manifestación de la violencia contra la mujer por razón de género se deja igualmente sentir a lo largo del articulado de la ley; pudiéndose vincular a ella avances positivos en materia de protección y asistencia de la gran parte de las víctimas de la violencia sexual, pero también el descuido de otros aspectos fundamentales en orden a su prevención. Podría citarse en este sentido la escasa dinamización de los programas de intervención con los agresores sexuales potenciales, encausados y condenados⁴⁷, no obstante las obligaciones jurídicas contraídas al respecto en virtud del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (en adelante Convenio de Lanzarote), que se refiere a todos ellos⁴⁸. También del muy presente en el Legislador Convenio de Estambul, que por alusión a los condenados dispone que las

⁴⁵ Vid. sobre los problemas de la coexistencia de ambas normativas [Marín de Espinosa Ceballos, E. M., “Por qué es innecesaria e inconveniente una ley integral en garantía de la libertad sexual”, cit., pp. 8-9.](#)

⁴⁶ Una aproximación a las teorías explicativas de la delincuencia sexual en [Martín Fernández, N., *Análisis del delito de agresión sexual desde una perspectiva ambiental: patrones espacio-temporales, conductas de movilidad del infractor y características del escenario del crimen ubicados en espacio público urbano*, tesis doctoral leída en la Universidad del País Vasco, 2016, pp. 39-68, o en \[Gil Cabrera, M., *Factores de inicio y desistimiento delictivo en delincuentes sexuales encarcelados*, tesis doctoral leída en la Universidad de Barcelona, 2020, pp. 53-64.\]\(#\)](#)

⁴⁷ No obstante lo dicho, las intervenciones suelen desarrollarse en el ámbito público tras la condena. Para una aproximación al tema, vid, por ejemplo, [González Tascón, M. M., “El mecanismo de respuesta penal frente al delincuente sexual imputable: del favorecimiento de la ideología inoquizadora en detrimento del tratamiento resocializador”, en Roca Agapito, L., \(dir.\), *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 415-432; \[González-Pereira, S./ Martínez-Catena, A./ Pozuelo, F./ Ruíz, A./ Soler, C./ Martínez, M./ Pérez, M./ Redondo, S., “Actualidad y futuro del tratamiento y la reinserción social de los delincuentes sexuales”, en *CPC*, nº. 131, pp. 285-304.\]\(#\)](#)

⁴⁸ Dice el artículo 7: “cada Parte velará por que las personas que temen que puedan cometer uno de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio tengan acceso, en su caso, a programas o medidas de intervención eficaces dirigidos a evaluar y a prevenir el riesgo de que se cometan dichos delitos”. A la intervención durante la fase procesal y con posterioridad a la condena, se refiere en su capítulo V.

Partes “tomaran medidas legislativas u otras necesarias para crear o apoyar programas de tratamiento dirigidos a prevenir la reincidencia de los autores de delitos, en particular los autores de delitos de carácter sexual” (art. 16.2). Esta cuestión se salda en la LOGILS con una referencia, parcial y genérica, en el marco del derecho a la reparación de las víctimas, a la obligación de las administraciones públicas de promover programas específicos dirigidos a favorecer la reinserción y prevenir la reincidencia de las personas condenadas por delitos contra la libertad sexual (art. 55.4), cuya única novedad sería la apelación para el desempeño de esta función al conjunto de las administraciones públicas. A la que se une la modificación de algunas normas penales en orden a garantizar que los condenados por estos delitos participen en programas específicamente destinados a ellos, tal es el caso del artículo 36.2 del Código penal, muy cuestionable desde el prisma del mandato constitucional de reinserción social, o en programas formativos de educación sexual y de educación en igualdad⁴⁹, como se observa en los artículos 83.2 del Código penal y 7, 10, 13 y 19 de la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM). Ciertamente, y de forma comprensible debido a su naturaleza, los programas no suelen ser objeto de diseño en una disposición normativa general, pero algunos, por sus implicaciones para los derechos humanos, sí reclamarían una regulación legal, aunque fuese de mínimos, para despejar las dudas que rodean su aplicación. Así sucede, por ejemplo, con los tratamientos farmacológicos con antiandrógenos, respecto de los que el ALOGILS se pronunciaba proponiendo una modificación de la Ley orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria (en adelante LOGP) para su dispensación como parte del tratamiento penitenciario de los delincuentes sexuales⁵⁰. No parece tampoco que las intervenciones basadas en la filosofía de la justicia restaurativa, que impliquen la participación de la víctima, vayan a ser consideradas, a salvo las previsiones de la LORPM⁵¹, si tenemos presente que la disposición final duodécima de la LOGILS modifica el artículo 3.1 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, para establecer que “en todo caso estará vedada la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual y de violencia de género”⁵², aunque no sea esta una disposición que pudiera tener efectos más allá del proceso penal⁵³. En cualquier caso, no se hace eco la LOGILS de las posibilidades que aquella ofrece para evitar el delito o la reincidencia del condenado por delito sexual.

⁴⁹ Nótese que la LOPIAV introdujo en la LOPJM un artículo 17 bis en el que se dispone que las personas menores de 14 años que cometan un delito, sujetos no responsables penalmente, sean incluidas en un plan de seguimiento que valore su situación socio-familiar diseñado y realizado por los servicios sociales competentes de cada comunidad autónoma. Este plan deberá incluir un módulo formativo en igualdad de género para los que cometan un delito contra la libertad (o indemnidad) sexual o de violencia de género.

⁵⁰ Vid. Disposición final segunda del ALOGILS (propuesta de introducir en la LOGP un apartado 4º en su artículo 66 y un nuevo artículo 74 bis). En profundidad sobre este tipo de tratamiento y su previsión en el Anteproyecto de LOGILS, Carrasco Andrino, M. M./ Moya Fuentes, M. M., “Castración química: ¿Una herramienta de gestión del riesgo para la delincuencia sexual?”, en *EPC*, 2021, vol. 41, pp. 1145- 1123, específicamente sobre la propuesta de regulación legal pp. 1210-1212.

⁵¹ Adviértase, no obstante, que se han reforzado las exigencias para la aplicación de la modificación de la medida (art. 13) y el sobreseimiento del expediente abierto al menor (art. 19).

⁵² Obsérvese que el Convenio de Estambul, en su artículo 48, no prohíbe el uso de medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos la mediación y conciliación, sino que estos sean obligatorios.

⁵³ Vid. una defensa de la utilidad de la justicia restaurativa en Villacampa Estiarte, C., “Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal”, en *Polít. Crim.*, 2020, vol. 15, nº 29, pp. 47-75.

Entre las medidas que se recogen en la LOGILS para luchar contra la violencia sexual ocupan un lugar destacado, como ya se habrá advertido, las de naturaleza penal, que se encuentran contenidas principalmente en su disposición final cuarta, dedicada a la modificación del Código penal⁵⁴. Estas medidas no solo responderían ya a la protección de un bien jurídico plenamente reconocido en nuestra sociedad actual, como es la libertad sexual⁵⁵, frente a conductas especialmente peligrosas para el mismo, sino también a la consecución de un ulterior y ambicioso objetivo: la transformación social. Un planteamiento que suscitara serias dudas desde el prisma de una concepción garantista del sistema de justicia penal al tiempo que daría cuenta del peligroso poder atractivo de las conductas sexuales sobre las concepciones morales⁵⁶. Precisamente esa finalidad está detrás del cambio que se ha producido en la redefinición del tratamiento penal de la violencia sexual consistente básicamente en la realización de actos sexuales con otra persona sin el consentimiento de esta al objeto de soterrar los prejuicios y estereotipos sexistas que han conformado en la sociedad machista la llamada cultura de la violación, favoreciéndose con ello el ejercicio de violencia sexual, la impunidad de parte de la delincuencia sexual, la culpabilización a las víctimas y la victimización secundaria. Un cambio que finalmente no ha sido tan radical como en un primer momento parecía anunciarse debido a que, a lo largo del proceso de gestación de esta ley, se acabaría renunciando a una de las herramientas básicas que se proponía implementar en el Código penal a tal efecto. Esto es, el señalamiento de la forma en la que el consentimiento sexual tenía que manifestarse para ser considerado jurídicamente válido en una línea estricta del modelo de consentimiento sexual afirmativo, que, sin llegar al extremo, como defiende algunas autoras feministas radicales o de la dominación, de desplazar el criterio del consentimiento en favor del criterio del deseo o el querer de la mujer⁵⁷, originaba, al exigir que aquel fuese expreso, al menos dos grandes problemas de orden constitucional. Uno, se produciría una auténtica intromisión estatal en un aspecto tan íntimo de la personalidad como es la sexualidad donde la forma de comunicación entre las personas, fruto del proceso de aprendizaje social y personal, se puede producir perfectamente a través del lenguaje no verbal, confiando los avances y retrocesos en la intimidad compartida en atención de las expresiones corporales de los participantes. Dos, se estaría introduciendo solapadamente una presunción de falta de consentimiento en la realización de actos sexuales que tendría el efecto, buscado por el prelegislador⁵⁸, de alterar el régimen probatorio, obligando al propio acusado a aportar la prueba diabólica de su existencia y, consiguientemente, a demostrar su inocencia⁵⁹. En definitiva, propuestas de ese calibre afectarían al libre desarrollo de la personalidad, uno de los fundamentos de nuestro orden político y paz social (art. 10 CE), y

⁵⁴ De la modificación de la LORPM se ocupa la disposición final séptima.

⁵⁵ Vid., Díez Ripollés, J. L., “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en *RDPCrUNED*, 2000, nº. 6, pp. 69-101.

⁵⁶ Denuncian los sesgos ideológicos, Díez Ripollés, J. L., “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, cit., p. 5-8, o Caruso Fontán, V., “¿Solo Sí es Sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, cit., p. 4.

⁵⁷ En profundidad, Malón Marco, A., *La doctrina del consentimiento afirmativo*, cit., *passim*.

⁵⁸ Sin ningún reparo, el propio prelegislador justificaba en el ALOGILS su reforma para reorientar el régimen de valoración de la prueba, incidiendo el Consejo Fiscal, *Informe ...*, p. 66, en la necesidad de omitir semejante afirmación, que ya no aparece en el PLOGILS.

⁵⁹ El Consejo General del Poder Judicial, *Informe...*, p. 84, rechazó por este motivo la inclusión de la cláusula normativa sobre el consentimiento prevista en el ALOGILS. Como nos recuerda, Ramírez Ortiz, J. L., “¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal? En defensa de una ley menos «integral»”, en *IgualdadEs*, 2021, nº. 5, pp. 506-507,

a algunos pilares básicos del sistema de justicia penal. Así la responsabilidad penal por el hecho -el atentado a la libertad sexual, cuya existencia o inexistencia no puede quedar al albur de formalidades-, la presunción de inocencia, el principio acusatorio o el principio de libre valoración judicial de las pruebas. Principio este que en ningún caso ampararía la falta de explicación racional de la conclusión alcanzada por el órgano judicial.

En la misma dirección pedagógica se movería la nueva infracción penal leve y semipública, tildada en el Preámbulo de la LOGILS como acoso callejero, que se ha incorporado entre los delitos contra la integridad moral para criminalizar el hecho de dirigirse a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad (art. 173.4)⁶⁰ .⁶¹ En este caso se habría logrado implementar en la ley penal un mandato de no permisividad de actitudes sexistas, si bien enlazado al menoscabo de la integridad moral, destinado a acabar con las deficiencias de una socialización amparada en una concepción desigualitaria de hombres y mujeres discriminatoria para la mujer. Ahora bien, y sin adentrarnos en una cuestión de mayor calado como es la relativa a la legitimidad de la sanción penal de estos comportamientos y la denuncia del distinto tratamiento que reciben las conductas de este tipo sin connotación sexual⁶² , junto con la dificultad de delimitar las conductas meramente groseras o molestas de las conductas penalmente típicas, el nuevo tipo penal se presta en sede de culpabilidad a su exclusión por vía del error. Ello será así mientras la realidad social siga distanciada de la norma de comportamiento que se quiere imponer, dado que en tal escenario resulta perfectamente factible que el sujeto crea de forma razonable que su comportamiento no era hostil, vejatorio o intimidador, sino halagador.

El recurso a las normas penales con un fin pedagógico es además discutible en términos de eficacia, y aunque esta es difícil de medir, parece razonable dudar de la misma, aunque solo sea por la reconocida dificultad de adaptación del individuo a un modelo de comportamiento que no aprende en su entorno social, sino que se le impone normativamente, pudiendo resultar este frontalmente opuesto a lo aprendido en aquel. Ello con el inconveniente añadido, no lo olvidemos, de que la norma penal lleva aparejado un mayor riesgo de privaciones y restricciones de derechos injustificadas, que, en pro de la transformación cultural, se acaban imponiendo al margen de un principio básico del Derecho penal como es el de culpabilidad del sujeto. Un riesgo innecesario si tenemos presente el amplio abanico de medidas educativas y de formación de profesionales en materia de igualdad y violencia sexual con perspectiva

el descubrimiento de la verdad, la salvaguarda de los derechos procesales y la minimización del riesgo de abuso y error llevan consigo un grado de sufrimiento para las víctimas imposible de suprimir.

⁶⁰ En sentido igualmente crítico Llobet Anglís, M., “Restricciones político-criminales y dogmáticas en el punitivismo de género. En especial, consentimiento, adecuación social y acoso sexual”, en Fernández Teruelo, J. G./ Fonseca Fortes-Furtado, R. H., *Violencia de género: retos pendientes y nuevos desafíos*, Ed. Aranzadi, 2021, pp. 184-186; Caruso Fontán, V., “El hostigamiento callejero como vejación injusta de carácter leve”, en *Diario La Ley*, 2022, nº 10061, pp. 1-16.

⁶¹ Nótese que a esta forma de acoso sexual se refiere el artículo 40 del Convenio de Estambul, dejando a la facultad del Legislador nacional la decisión sobre el uso o no del Derecho penal: “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales”.

⁶² Así, Mata Barranco, N. de la, “Aspectos penales de la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual (I, II y III)”, en <https://almacenederecho.org/>, octubre de 2022.

de género recogidas en la LOGILS, algunas de ellas ya previstas con anterioridad en otras leyes⁶³. Estas medidas ya están dando sus frutos también en el campo de la impartición de la justicia penal, sin perjuicio de hechos aislados, de los que lamentablemente siempre habrá que escuchar; debiéndose reconocer la gran labor didáctica que el propio Tribunal Supremo está realizando a través de sus sentencias en los últimos años. Entre ellas⁶⁴, por su conexión con el asunto que detonó la activación de esta reforma de los delitos, me gustaría reproducir la clara explicación de la intimidación ambiental recogida en su sentencia n.º. 462/2019, de 14 de octubre, (FJ. 7º), si bien se omite en el siguiente párrafo la alusión a otro elemento relevante de la distinción entre agresión sexual y abuso sexual: la entidad del mal que acecha a la víctima. Dice el Tribunal Supremo: “En numerosas situaciones la intimidación no se verbaliza de un modo directo, ni siquiera se exterioriza físicamente de una manera determinada y explícita. Son numerosos los supuestos en los que el amedrentamiento, incluso preordenado a la consecución de un fin concreto y específico, puede proyectarse de modo consciente, y de manera paralelamente comprensible para el destinatario, sin necesidad de un lenguaje verbal o de un lenguaje gestual manifiesto e incontestable. En el conjunto de las relaciones humanas, en ocasiones, el contexto aporta un significante o un componente material con un contenido comunicacional esencial y determinante, de modo que resultaría absurdo evaluar el comportamiento y la intencionalidad del emisor del mensaje desde una interpretación aislada de la conducta. El contexto, y la forma en que se encadena con la actuación humana, son elementos que -considerando las convenciones humanas y la realidad social en el que se desarrollan- pueden interactuar de una forma tan inseparable y sugerente, que ningún observador ecuaníme dudaría sobre su significado o sentido. Se trata de supuestos en los que todos los sujetos que se interrelacionan interpretarían lo que acontece de un modo semejante, permitiendo con ello una perfecta comunicación de mensajes, esto es, que el destinatario o cualquier observador externo descifren el comportamiento con un sentido equivalente al que motivó su emisión. Si en una hora profunda de la noche y en un parque solitario, cinco desconocidos se acercan a un hombre, mujer o niño que esté en palmaria situación física de inferioridad y, tras rodearle, uno de ellos pide que le entregue las joyas, el reloj o el dinero que pueda llevar, cualquier persona entiende que no se reclama un préstamo, sino que nos enfrentamos a una exigencia de entrega con la conminación de evitar males mayores. Y quien realiza la acción es consciente de que el traspaso responde a esos parámetros y que, en clara relación causa-efecto, es fruto del temor que indiscutiblemente ha impulsado. La falta de anuncio de daño no siempre es equivalente a ausencia de intimidación, como tampoco desaparece el amedrentamiento cuando no exista una real intención de causar el mal

⁶³ Los efectos de estas medidas ya han comenzado a constatarse. Así, por ejemplo, la [Delegación de Gobierno para la Violencia de Género, *Percepción social de la violencia sexual*](#), Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, Madrid, 2018, p. 80, concluye que el porcentaje de la población que tolera las actitudes que pudieran justificar esta violencia, culpabilizar a la víctima o eximir al agresor es pequeño. Por lo que se refiere en concreto a la evaluación de la verosimilitud de la declaración de la mujer denunciante de una agresión sexual, [Gancedo, Y./ Sanmarco, J./ Selaya, A./ González-Dapía, A./ Novo, M., “Estudios de los efectos de los mitos sobre las agresiones sexuales en la verosimilitud de una víctima-denunciante de una agresión sexual”, en *Acción Psicológica*, 2021, vol. 18, n.º. 1., pp. 229](#), se hacen eco también de un cambio social cualitativo.

⁶⁴ Sobre la valoración de la declaración de las víctimas de los delitos de violencia de género en el proceso penal, vid. la sentencia del Tribunal Supremo, n.º. 119/2019, de 6 de marzo. Obsérvese que Vicente Martínez, R. de, “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, en [Faraldo Cabada, P./ Acale Sánchez, M., \(dirs.\), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, cit., pp. 208-209](#), ha sugerido la reforma de la LECR para incorporar la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre la valoración de la prueba testifical de la víctima.

sugerido. Siempre que el sujeto activo perciba que hay razones objetivas para infundir temor y que esa sospecha es materialmente adecuada para modificar la que sería la libre opción del destinatario, la instrumentalización de esa situación para la consecución de los fines que pretenden favorecerse integra el concepto legal de intimidación. Es a este tipo de intimidación al que podemos denominar intimidación ambiental⁶⁵.

Hechas estas observaciones de orden general sobre el origen, la influencia, la finalidad y el ámbito de aplicación de la LOGILS al servicio de una mejor comprensión de la reforma del delito de agresión sexual, descenderemos seguidamente en el objeto principal de estas líneas: el delito de agresión sexual destinado a proteger la libertad sexual de las personas de dieciséis años en adelante, con independencia de su identidad sexual. Un incontrovertido bien jurídico penal que, si bien no goza aún de un reconocimiento expreso en la Constitución española (en adelante CE), sí se encuentra amparado en ella a través del valor de la libertad (art. 1 CE), que abarcaría la libertad general de actuación o libertad general de autodeterminación individual, de la propia dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y de su vinculación con derechos fundamentales como la integridad física y moral (art. 15), la libertad y seguridad (art. 17.1) o la intimidad personal (art. 18.1 CE).

2. EL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

2.1 Observaciones previas

A raíz de la reforma del Código penal por la LOGILS se ha reconfigurado legalmente la figura delictiva conocida como agresión sexual⁶⁶, cuya tipificación se sigue realizando en el artículo 178 del Código penal si la víctima tiene dieciséis años o más y en un nuevo artículo 181 si esta es menor de dieciséis años. El primero de estos preceptos, continúa dando inicio al articulado del capítulo I, “De las agresiones sexuales”, del Título VIII “Delitos contra la libertad sexual” del Libro II del Código penal. De ahí que generalmente nos refiramos a él simplemente como delito de agresión sexual, sin necesidad de una ulterior alusión en su denominación a la edad del sujeto pasivo. Con el segundo de esos artículos se inicia su capítulo II, dedicado con la reforma a los delitos de agresiones sexuales a menores de dieciséis años (“De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”), que han pasado a ocupar el espacio que se libera con la supresión de los abusos sexuales (anterior capítulo II “De los abusos sexuales”), desapareciendo del título, en consecuencia, el capítulo II bis “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, fruto de las reformas del Código penal por Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, y por Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Son, por tanto, ahora seis los capítulos en los que se estructura el título rubricado “Delitos contra la libertad sexual”, cuya denominación presenta como novedad su acortamiento al

⁶⁵ Un seguimiento de las sentencias del Tribunal Supremo, según ha señalado, *Faraldo Cabana, P.*, “La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión”, en *RDPCrUNED*, 2019, nº. 22, p. 390, denotaría una ampliación excesiva por su carácter innecesario de esta construcción. Esta creación también se aplica en algún otro delito, vid. *Marín de Espinosa Ceballos, E. M.*, “Reflexiones sobre el concepto de intimidación a propósito de la sentencia de ‘La Manada’”, en *Vicente Remesal, J. de/ Díaz y García Conlledo, M./ Paredes Castañón, J. M., et al., (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario, Vol. II, cit., pp. 1761-1770.*

⁶⁶ Durante la tramitación de la ley se pronunció en favor de mantener la regulación tal y como estaba Ferran Bel Accensi (Grupo Parlamentario Plural, enmienda 187), para evitar incurrir en una prohibición de defecto de protección y una prohibición de exceso.

prescindirse de la referencia que desde la Ley orgánica 11/1999, de 30 de abril, se hacía a la indemnidad sexual. Al hilo de este apunte, cabría recordar que el anterior enunciado legal habría servido de criterio argumentativo en favor de la identificación a nivel dogmático de dos bienes jurídicos penalmente protegidos en estos delitos en función de la víctima: la libertad sexual y la indemnidad sexual. Aunque entonces también existía en el tenor de la Ley otro argumento de mayor peso a tal fin como era la utilización de la expresión indemnidad sexual en la descripción de alguna conducta típica (así, en el art. 181 derogado)⁶⁷. Es esperable, por tanto, que las modificaciones ejecutadas por la LOGILS en esos extremos estén llamadas a avivar el debate doctrinal sobre el bien jurídico protegido en estos delitos cuando la víctima es una persona a la que el derecho no reconoce la capacidad de expresar un consentimiento jurídicamente válido en la esfera sexual al carecer de la capacidad para comprender el sentido y trascendencia de esa decisión⁶⁸. Tal sería el caso de las personas menores de una determinada edad y las personas que presentan cierto grado de discapacidad intelectual o del desarrollo⁶⁹. Nuestro legislador de forma consciente ha omitido la referencia a la indemnidad sexual en este título, sin perjuicio de que, por vía de una enmienda transaccional recogida en el Informe de la Ponencia del Congreso⁷⁰, realice una llamada de atención sobre esa realidad al disponer en su artículo 3.4 que “en el marco de la legislación vigente, habrá que tomar en consideración, junto con la libertad sexual, la protección frente a las violencias sexuales cometidas contra menores o contra personas con capacidad jurídica modificada, como manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano

⁶⁷ Obsérvese, por otra parte, que en el Código penal y en otras leyes aún se hace referencia a la indemnidad sexual posiblemente por esa tendencia legislativa a no considerar las repercusiones que los cambios normativos pueden tener en otras disposiciones. Por ejemplo, arts. 57.1, 74.3, 89.4, 90.3, 129 bis, 132.1, 166.2.b, 188.5, 570 bis 3, 573.1 del CP, art. 23 de la LOPJ o art. 17 bis LOPJM.

⁶⁸ El cambio de rúbrica no convencía al Consejo General del Poder Judicial, *Informe...*, p. 78, precisamente porque entendía que suponía prescindir de una doctrina consolidada sobre el contenido de la indemnidad sexual y no se ajustaba a los usos lingüísticos. Distinta era la valoración que hacía el Consejo Fiscal, *Informe ...*, pp. 62-63, favorable a la modificación por ser más acorde con el paradigma de la reforma. En la doctrina han valorado positivamente la supresión de la referencia a la indemnidad sexual Díez Ripollés, J. L., “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, cit., p. 5; Aguado López, S., “Las reformas proyectadas de los delitos contra la ‘indemnidad sexual’ en las leyes integrales de libertad sexual y de protección de la infancia. Especial referencia a los delitos de ‘child grooming’ y ‘sexting’ (artículo 183 ter)”, en González Cussac, J. L., (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 65. En contra, González Rus, J. J., “Propuesta de un nuevo enfoque sobre la regulación de las agresiones sexuales”, en Abel Souto, M./ Brage Cedán, S. B./ Guinarte Cabada, G./ Martínez-Buján Pérez, C./ Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, cit., pp. 693; Esquinas Valverde, P., “El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (art. 181 CP)”, en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde, P., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 216. Sigue defendiendo la necesidad de tomar en consideración la indemnidad sexual tras la reforma, por ejemplo, Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, 24ª ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 4/2022, 6/2022, 9/2022, 10/2022 y 11/2022, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 224-225, 234, 252; Morillas Fernández, D. L., “La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales”, en *CPC*, 2022, nº. 1, pp. 15-26.

⁶⁹ Vid. el estado de la discusión doctrinal antes de la LOGILS en Cabrera Martín, M., *La victimización sexual de los menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*, Ed. Dykinson, Madrid, 2019, pp. 37-74.

⁷⁰ Introdujeron la necesidad de mencionar junto con la libertad sexual la indemnidad sexual las enmiendas nº. 79 de Pilar Calvo i Gómez -Grupo Parlamentario Plural-, nº. 237 del Grupo Parlamentario Popular y nº. 311 del Grupo Parlamentario Republicano.

tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceras personas”.

Más allá de estos casos, la identificación de la libertad sexual como el bien jurídico protegido en el delito de agresión sexual goza de aceptación generalizada entre los autores⁷¹, quienes acostumbran a resaltar que su tutela penal a través de este delito se habría de centrar únicamente en prevenir y sancionar las conductas que suponen que la persona se vea involucrada sin su consentimiento en la realización de actos sexuales⁷².

Entre todas las modificaciones que se habrían producido recientemente en el contenido de este título, la más significativa ha sido, como se anticipó, la redefinición legal de determinadas manifestaciones de la violencia sexual, a la que ya apuntan los cambios operados en su estructura. Estaríamos hablando en concreto de la unificación o agrupación bajo una misma denominación o terminología común, “agresión sexual”, de los atentados contra la libertad sexual que desde la aprobación de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal⁷³, se venían desvalorando al amparo de dos figuras delictivas, las agresiones sexuales y los abusos sexuales, cuya diferenciación estribaba en el empleo o no de violencia o intimidación –de cierta entidad- como medio comisivo del hecho, coincidiendo, sin embargo, en su contenido de injusto de naturaleza estrictamente sexual. Esto ha sucedido en relación con la protección penal en la esfera sexual de todas las personas independientemente de que hayan alcanzado o no la llamada edad legal de consentimiento sexual, fijada desde la reforma del Código penal por Ley orgánica 1/2015 en los dieciséis años, sin perjuicio del establecimiento en su día de una cláusula de exención de responsabilidad criminal en atención al reconocimiento de un consentimiento libre del menor de esa edad aplicable cuando el autor es una persona próxima a este por edad y grado de desarrollo o madurez física o psíquica (art. 183 bis)⁷⁴. La relevancia de esa decisión en uno y otro caso no ha sido, sin embargo, la misma,

⁷¹ Sin perjuicio de que algunos autores apelen de forma complementaria a otros bienes jurídicos o que incluso, por referencia a la victimización sexual de la mujer, se haya planteado desde la perspectiva de género una revisión del bien jurídico. En esta línea, podríamos recordar que ya [Asua Batarrita, A.](#), “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Ed. Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, País Vasco, 1998, *passim*, llamaba la atención sobre la tutela de la igualdad en la elección libre de una relación sexual.

⁷² [Acale Sánchez, M.](#), *La violencia sexual de género frente a las mujeres adultas*, Ed. Reus, Madrid, 2019, pp. 167-170, a la luz de algunas formas de violencia sexual (agresiones sexuales en grupo, suministro de drogas sin consentimiento de la víctima que le impiden manifestar su voluntad en materia sexual, distribución de imágenes sexuales realizadas con consentimiento del titular de la imagen que posteriormente se distribuyen sin aquel en internet) plantea una reconfiguración del bien jurídico, que destaque la idea de seguridad, lo que le lleva a hablar de libertad sexual segura. Asimismo, considera que en estos delitos está presente un ánimo de dominio y discriminación que pone en peligro la propia vida e integridad física y psíquica de la víctima, lo que permitiría calificar estos delitos como atentados contra la seguridad personal y considerarlos una modalidad de violencia de género.

⁷³ Nótese que a raíz de la degradación del término abuso sexual a nivel social, algunos autores, partidarios de un modelo legislativo que siga utilizando varias denominaciones para referirse a los actos sexuales proscritos penalmente, proponen el uso en su lugar de la expresión “atentado sexual”; así [Jericó Ojer, L.](#), “Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal”, en [Monge Fernández, A.](#), (dir.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, cit., p. 327; [Álvarez García, F./ Molino Romera, M.](#) del, “Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma”, cit., p. 2029. Por otra parte, recuérdese la discusión sobre el uso en el Código penal del vocablo violación en el pasado, vid. [Asua Batarrita, A.](#), “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, cit., pp. 66-88.

⁷⁴ Este artículo se había reformado el año anterior por la LOPIAV. La nueva redacción, al margen de su marcado carácter moralizante, evidenciado en el reconocimiento de la libertad de decisión del menor respecto de la realización de actos sexuales solo si el autor es una persona próxima a él por edad y grado de desarrollo o madurez física

pudiéndose apuntar al menos, y al margen de la diferente redacción de los tipos penales básicos (art. 178.1 y 181.1), el distinto tratamiento jurídico que recibe la presencia en el hecho de las circunstancias descritas en el artículo 178.2, relativas a la forma de su ejecución o a determinadas condiciones en que se haya la víctima. Solo cuando la víctima no ha cumplido la edad legal de consentimiento sexual aquellas determinan la existencia de un tipo cualificado de agresión sexual (art. 181.1 y 2 p. 1); no siendo entonces tampoco la equiparación entre los medios comisivos recogidos en el artículo 178.2 absoluta, dado que el uso de violencia o intimidación impide la apreciación del tipo atenuado de agresión sexual a menores de 16 años (art. 181. 2 p. 2), un efecto que no se asocia al resto de casos contemplados en ese artículo⁷⁵.

A través de la configuración del nuevo delito de agresión sexual se perseguiría evitar cualquier trivialización de los atentados a la libertad sexual en los que el ofensor no se sirviese para su ejecución de la violencia o de la intimidación, al haberse identificado como causante de ese problema, que redundaría en el riesgo de revictimización, la mencionada distinción entre figuras delictivas y el uso del término “abuso sexual”⁷⁶. Se alinea en este sentido el Legislador

y psicológica, sigue empecinada en introducir una salvedad a la exención de responsabilidad penal basada en el consentimiento libre del menor. Se trata esta de una referencia (“salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, ...”) innecesaria si lo que pretende el legislador es aludir a los vicios del consentimiento, pues la concurrencia de estos hace que no podamos hablar de ese consentimiento libre. Desde este enfoque, la remisión al apartado segundo del artículo 178, no obstante, se quedaría corta, pues allí no se recoge, por ejemplo, el engaño que también puede tener un papel importante en la victimización sexual de las personas menores de edad.

⁷⁵ También se aprecia alguna diferencia al comparar las circunstancias agravantes específicas del artículo 180.1 (agresiones sexuales) con las del 181.4 (agresiones sexuales a menores de dieciséis años). Así, no se contempla en el artículo 180.1 la relativa a que “(cuando) la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedique a la realización de tales actividades” (art. 181.4 h); se observa en la circunstancia recogida en su letra c (correlativa a la prevista en el 180.1.3ª) la conocida precisión “en todo caso, cuando sea menor de cuatro años”; está ausente la connotación del género en la nueva circunstancia de la letra d (“cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia”; cfr. art. 180.14ª); y no se ha alterado la redacción de la contemplada en la letra e (correlativa a la prevista en el artículo 180.1.5º). Por otra parte, el peso específico de estas circunstancias en el *quantum* temporal de la pena de prisión cuando la víctima es un menor de dieciséis años es significativamente inferior. Se establece que esta se imponga en su mitad superior (art. 183.4) y no se contempla una potenciación de su efecto por la concurrencia de dos o más. Esta incongruencia penológica, se explicaría en el hecho de que la pena de prisión prevista para algunas agresiones sexuales a menores de dieciséis, sin necesidad de la concurrencia de estas circunstancias, ya presenta de por sí límites máximos de duración de doce y quince años (art. 183.3).

⁷⁶ Nos recuerda Jericó Ojer, L., “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, en *Boletín Comisión de Violencia de Género. Delitos contra la Libertad Sexual. Anteproyecto de Ley Orgánica. Juezas y Jueces para la Democracia*, 2020, nº. 11, pp. 17 y 18, que etimológicamente el término abusar se refiere al uso indebido o excesivo que presupone de forma implícita el derecho de uso (“hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien”, según la primera acepción de la palabra en el diccionario de la RAE). Asimismo, destaca esta autora la carga simbólica y emocional del lenguaje tanto para la víctima como el agresor. Reconociendo la importancia del lenguaje para ambos, sería importante, no obstante, tener presente que no existe una única clase de víctima como tampoco de agresor, de forma que a veces las reivindicaciones que se realizan en favor de la víctima pueden tener repercusiones negativas en la propia víctima. En este sentido, Gil Gil, A./ Núñez Fernández, J., “A propósito de “La Manada”: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2018, nº. 77, p. 11, advierten que considerar a la mujer legalmente como “violada” puede repercutir negativamente en su proceso de recuperación. No olvidemos, además, como nos recordaba Asua Batarrita, A., “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, cit., p. 87, que la palabra violación por razones históricas captaría otros significados culturales ligados a la honra de la mujer. En el caso del agresor, como advierte Ramírez Ortiz, J. L., “¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal? En defensa de una ley menos «integral»”, cit., p. 508, la equiparación de las conductas provocaría, al igual que habría sucedido con la generalización

con la crítica que hace el movimiento feminista del uso del lenguaje jurídico para invisibilizar la violencia que sufre la mujer por razón de género⁷⁷. “Invisibilización” que para nada habría impedido una gran contundencia de la respuesta penal desde distintos frentes⁷⁸, aparte del hecho de que los marcos penales de la pena de prisión prevista para el delito de agresión sexual y el delito de abuso sexual se solapasen parcialmente, denotando con ello que puede haber abusos sexuales de igual e incluso mayor gravedad que algunas agresiones sexuales.

La lucha del movimiento feminista contra la violencia sexual, como es sabido, dirigió sus esfuerzos en un primer momento a poner fin al uso del binomio fuerza-resistencia como elemento esencial del delito sexual, exigiendo, en buena lógica una vez asentada en las sociedades democráticas la idea de que se trata de un delito contra la libertad sexual, que este se construyese sobre el pilar del consentimiento de la víctima. Y en este punto se encontraba la legislación penal española cuando irrumpen los nuevos vientos reformadores, donde la existencia de aquellas dos figuras delictivas parcialmente diferentes respondía al objetivo ulterior de graduar el marco penal de la pena en correspondencia con el contenido de injusto en consideración a la intensidad de la afectación de la libertad en función del medio empleado o aprovechado en la comisión del delito, recortando así el margen de arbitrio judicial en el momento de la individualización de la pena. Además de esa gran distinción entre agresión sexual y abuso sexual, caracterizada porque en el primer caso la violencia (física o psíquica) hacía indubitable la inexistencia del consentimiento por parte de la víctima porque la contundencia de esos medios doblega o vence su voluntad haciendo innecesaria cualquier mención al consentimiento de la víctima, se describían en el Código penal distintas modalidades del delito de abuso sexual, singularizado porque se realizaban actos atentatorios contra la libertad sexual o la indemnidad sexual sin violencia o intimidación y sin que mediase el consentimiento del sujeto pasivo. Ciñendo nuestra mirada a la regulación legal del abuso sexual a persona de dieciséis años en adelante⁷⁹, cabría señalar, en primer lugar, la modalidad genérica del derogado artículo 181.1, a la que se reconducían una serie de casos que el Legislador reconocía expresamente como abusos sexuales no consentidos en el número 2 de ese artículo debido a la imposibilidad de la persona por la situación o por las condiciones en las que se encuentra de prestar un consentimiento jurídicamente válido (los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare y los cometidos anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas

del uso del término “maltratador” en el contexto de la LOVG, una fuerte estigmatización también del sujeto que realiza conductas de gravedad leve, que dificultará su reinserción social.

⁷⁷ Llama la atención [Gallardo Pauls, B., “Sicofantas en red: el discurso del populismo punitivo”, cit., pp. 35-36](#), sobre el desencuentro comprensible que se produce entre lexicones en atención a la condición de experto o no en la materia del interlocutor.

⁷⁸ Ampliamente en [González Tascón, M. M., “El mecanismo de respuesta penal frente al delincuente sexual imputable: del favorecimiento de la ideología incoizadora en detrimento del tratamiento resocializador”, cit., pp. 392-344](#).

⁷⁹ Adviértase que, desde la reforma del Código penal por Ley orgánica 5/2010, otro gran criterio que ha tenido en cuenta el Legislador en la regulación de estos delitos es el relativo a la edad de la víctima, otorgando un tratamiento autónomo a aquellos que afectan a las personas menores de determinada edad (en un primer momento a los menores de trece años y desde la reforma por Ley orgánica 1/2015 a los menores de dieciséis años). Nos encontramos aquí ante casos en los que efectivamente la persona carece de la capacidad volitiva natural para ejercer por sí misma la libertad de obrar en la esfera sexual y otros, en los que poseyéndola, la ley penal, con una vocación moralizante, no reconoce validez al consentimiento de la persona. Una visión en conjunto del tratamiento jurídico-penal de la edad en el ámbito de los delitos sexuales, en [Mata Barranco, N. de la, “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”, en RECPCR, 2019, nº. 21-22, pp. 1-70](#).

o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto), los casos en los que la propia forma de realización del hecho impide que surja la oportunidad de una manifestación o pronunciamiento por parte de la víctima, como sucede en los ataques sorpresivos o de rapidísima ejecución, y cualquier otro no incluido en otro precepto (así, la mera negativa sin resistencia ni vicio del consentimiento o la inexistencia de una aceptación inequívoca de la participación en el acto sexual pudiendo haberlo hecho). En segundo lugar, el abuso sexual de prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta (art. 181.3 derogado) y, en tercer lugar, el abuso sexual mediante engaño o una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la misma a persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años (derogado art. 182.1)⁸⁰. Supuestos estos últimos en los que el consentimiento no produce efectos jurídicos al considerarse viciado por la mediación de la circunstancia que los individualiza, exteriorizando, aunque sea tácitamente, la víctima una voluntad que no es fruto de su libertad.

En definitiva, a efectos penales hablar del consentimiento de la víctima no significaba sino apelar a un consentimiento reconocido por el derecho, lo que implica tener en cuenta el contexto y las condiciones en las que se conforma la voluntad de la persona, así como reconocer la existencia de situaciones que imposibilitan la expresión de la voluntad. De ahí que desde hace tiempo el silencio o la pasividad de la persona tampoco arroja inexorablemente la conclusión de un asentimiento al acto sexual; simplemente obligaría a un mayor esfuerzo por parte de la acusación en su explicación de la falta de consentimiento, que apuntalase el contexto del hecho para su adecuada valoración judicial. A resultas de lo dicho, con arreglo a la regulación legal sobre la que ha incidido la reforma podría cometerse el delito de atentado contra la libertad sexual perfectamente incluso aunque la persona se hubiese mantenido en silencio o se hubiese manifestado a través de un sí rotundo en favor de la realización del acto sexual.

No existía, por consiguiente, una laguna legislativa en la punición de la realización de actos sexuales no consentidos; debiéndose señalar que la doctrina del Tribunal Supremo sobre estos delitos sexuales denotaría la superación de la exigencia para la aplicación del delito de agresión sexual de un ulterior requisito no previsto en el tipo penal como era la resistencia activa por parte de la víctima⁸¹, así como el rechazo de una presunción favorable a interpretar el silencio o la pasividad como indicador del consentimiento⁸². Sirva como muestra de la primera afirmación la sentencia del Tribunal Supremo nº. 344/2019, de 4 de julio, (FJ. 5º): “en el delito de agresión sexual, tampoco se consiente libremente, pero aquí

⁸⁰ Vid. Díez Ripollés, J. L., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Díez Ripollés, J. L./ Romeo Casabona, C. M., *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 228-233; y específicamente sobre la regulación legal inmediatamente anterior a la LOGILS, por ejemplo, García Rivas, N./ Tarancón Gómez, P., “Capítulo 17: Agresión y abusos sexuales”, en Álvarez García, J., (dir.) *Tratado de derecho penal español. Parte especial 1. Delitos contra las personas* (3ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 1/2015 y las LO 1 y 2/2019), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1159-1173 y 1126-1131.

⁸¹ Sobre esta cuestión se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso MC v Bulgaria, de 4 de diciembre de 2003, que concluyó que, al amparo de los artículos 3 (proscripción de los tratos inhumanos o degradantes) y 8 (derecho a la vida privada) de la Convención europea de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, los Estados tienen la obligación de aprobar leyes penales que sancionen de forma efectiva la violación. Ello implicaría en el momento actual exigir responsabilidad penal por la realización de actos sexuales no consentidos, entre los que se incluyen los que se realizan faltando la resistencia física de la víctima (§. 153, 154-166).

⁸² Ramírez Ortiz, J. L., “¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal? En defensa de una ley menos «integral»”, cit., p. 510, nos recuerda también la construcción de la violencia permanente en el contexto de la violencia de género en la pareja, en la que habría sido clave el análisis de la situación desde la perspectiva de género, como apunta Torres Fernández, M. E., “Perspectiva de género y delitos contra la libertad sexual”, cit., pp. 21-22.

el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (*vis phisica* o *vis moral*), para doblegar la voluntad de su víctima. El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. Por eso hemos declarado en STS 953/2016, de 15 de diciembre, ... que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizándolo o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que -sobre no conducir a resultado positivo-, podrían derivarse mayores males". Queda claro de su lectura que la cuestión sobre el calificativo de bastante de la violencia o de la intimidación también ha perdido su importancia⁸³. Por lo que se refiere a la segunda afirmación, la sentencia del Tribunal Supremo nº. 145/2020, de 14 de mayo, (FJ. 2º), con motivo del control de legalidad y constitucionalidad de la prueba practicada así como de la racionalidad de su valoración judicial, afirma: "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 quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin".⁸⁴

Obviamente la regulación anterior, como tantas veces sucede, incluso en ocasiones por la propia realidad de las cosas o por la dificultad de garantizar que la expresión de la norma se ciña exactamente el significado de la prohibición penal, no era ajena a ciertas problemáticas. Así, por ejemplo, la propia redacción del tipo penal en términos de atentar contra la libertad sexual o contra la indemnidad sexual requería de un gran esfuerzo interpretativo, condicionado al tiempo por la relevancia que el orden social moral imperante tiene en la valoración, positiva o negativa, de los comportamientos vinculados con el instinto sexual del ser humano; o la dificultad de encontrar un criterio único para la delimitación de la entidad de la violencia o intimidación penalmente relevante para aplicar el delito de agresión sexual en orden a no incurrir en la prohibición de exceso⁸⁵.

La minusvaloración de la gravedad de determinadas acciones era otra cuestión sobre la que se debía reflexionar⁸⁶, pues como denunciaba la doctrina, si bien la reforma del Código penal en 2010 habría resuelto el problema en relación con la victimización sexual de las personas menores de la edad legal de consentimiento sexual, había catalogado como abuso sexual los atentados que "... se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de

⁸³ Vid., sobre la evolución del concepto de resistencia Caruso Fontán, M. V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 55-58, quien recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1991.

⁸⁴ Nótese que se apela a un consentimiento expreso.

⁸⁵ Especialmente controvertido resulta establecer un criterio común a los efectos de determinar la entidad de la intimidación, vid. en profundidad, González Guerra, C. M., *Allanar la voluntad. Delimitación de la intimidación como medio coactivo en los delitos sexuales*, tesis doctoral leída en la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2011.

⁸⁶ Vid. Álvarez García, F./ Molino Romera, M. del, "Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma", cit., pp. 2025-2027.

fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”. Ello impedía que este tipo de casos, donde se produce de una forma más astuta la anulación de la voluntad de la víctima, incrementando las posibilidades de éxito del plan criminal, tuvieran cabida en el concepto de violencia típica⁸⁷. Sobre este asunto sí se ha pronunciado la reforma, pero no solo mediante la equiparación valorativa de las agresiones sexuales, sino también a través de la previsión de una circunstancia agravante específica consistente en que para la comisión de la agresión sexual “el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto” (art. 180.1.7º). Una decisión que entraña la paradoja de que este medio comisivo se ha terminado considerando a nivel legislativo más grave que la intimidación y la violencia⁸⁸, salvo en el caso de que se trate de una violencia de extrema gravedad que preceda o acompañe a la agresión sexual, por revestir esta también la condición de agravante específica (art. 180.1.2º). Este tipo de circunstancias cualificadoras del hecho plantea, por otra parte, interesantes problemas de orden concursal en los que no nos podemos detener.

La reforma no se ha limitado a ejecutar el mencionado cambio nominativo en aras de ajustar o adaptar el lenguaje jurídico a la percepción social de la gravedad de ese tipo de atentados, evitando con ello que el uso del *nomen iuris* abuso sexual facilite, como ya se apuntó, el oscurecimiento de la gravedad de algunos hechos y favorezca la revictimización de la víctima. La decisión se ha acompañado de una renuncia por parte del Legislador en el momento de configurar la figura delictiva de la agresión sexual (tipo básico) a una ulterior valoración de la gravedad de la agresión sexual en función de una serie de elementos fácticos que hasta el momento, con la omisión del engaño (antiguo art. 182), había sido tomada en consideración por el Legislador en su distinción entre la agresión sexual y el abuso sexual, a excepción de lo que sucede en el delito de agresión sexual a menores de dieciséis años (art. 181.1 y 2). Un criterio este muy respaldado en la doctrina penal⁸⁹, que habría sido durante

⁸⁷ Ampliamente sobre este tipo de ataque, Torres Fernández, M. E., “Suministro de drogas a otra persona para anular su voluntad con fines delictivos: ¿mito o realidad? La llamada sumisión química en Derecho penal: especial referencia a los delitos sexuales”, en *EPC*, 2019, vol. XXXIX, pp. 655-707.

⁸⁸ Críticamente Ramírez Ortiz, J. L., “¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal? En defensa de una ley menos «integral»”, cit., p. 510; Caruso Fontán, V., “Reflexiones en torno a la conveniencia de categorizar a los delitos sexuales como agresiones y abusos”, cit., p. 330.

⁸⁹ Se han pronunciado críticamente sobre la no diferenciación entre las conductas delictivas, el Grupo de Estudios de Política Criminal en su *Comunicado sobre la reforma de las agresiones y abusos sexuales*, p. 2; Gil Gil, A./ Núñez Fernández, J., “A propósito de “La Manada”: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, cit., pp. 4-15; Lascurain Sánchez, J. A., “Las huellas de la manada”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2018, nº. 77, pp. 19-21; Díez Ripollés, J. L., “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, cit., p. 11; Ramírez Ortiz, J. L., “¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal? En defensa de una ley menos «integral»”, cit., p. 509; Álvarez García, F./ Molino Romera, M. del, “Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma”, cit., p. 2029; Muñoz Conde, F., “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso «La Manada»”, en *RP*, 2019, nº. 43, p. 955, y en *Derecho penal. Parte especial*, cit., pp. 232 y 234; Caruso Fontán, V., “Reflexiones en torno a la conveniencia de categorizar a los delitos sexuales como agresiones y abusos”, cit., *passim*; Mata Barranco, N. de la, “Aspectos penales de la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual (I, II y III)”, cit.; Manzanares Samaniego, J. L., “El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, en *Diario La Ley*, 2021, nº 10143, p. 15; Esquinas Valverde, P., “El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (art. 181 CP)”, cit., pp. 211-212; Morillas Fernández, D. L., “La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales”, cit., p. 27. Jericó Ojer, L., “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, cit., pp. 15-19, quien, si bien, como se apuntó, considera que el uso del nombre agresión sexual es una vía para

más de veinticinco años objeto de interpretación por el Tribunal Supremo. No obstante, también se ha defendido por las razones aludidas anteriormente el nuevo criterio en la doctrina⁹⁰, en el que más recientemente hay quien ha visto incluso una vía para acabar con el denunciado ensombrecimiento del carácter central que el consentimiento del titular de la libertad sexual ha de tener en estos delitos⁹¹. Una “sombra”, que, en mi opinión, tendría el efecto positivo de fijar aun con mayor firmeza estas conductas a la lesión de la libertad sexual⁹², pues la falta de su consideración por parte del legislador pudiera servir para apuntar la protección penal hacia otra dirección como la tutela de la sexualidad o de la integridad sexual⁹³.

Se produce así una confusión entre los ataques más graves a la libertad sexual, los menos graves y los leves⁹⁴, diluyéndose en el nuevo concepto de agresión sexual una respuesta legislativa al interrogante suscitado en el caso de la manada sobre la frontera entre el abuso sexual de prevalimiento y la agresión sexual mediante intimidación, clara para unos, sin perjuicio de un posible reconocimiento de la existencia de zonas de penumbra⁹⁵, y discutible para otros⁹⁶, que seguirá obedeciendo a criterios judiciales. Todos ellos a partir

evitar la revictimización, no parece estar de acuerdo en que la equiparación valorativa del reproche penal de todas las conductas amparadas bajo el delito de agresión sexual. Igualmente, Guisasola Lerma, C., “Acerca del movimiento de reforma de los delitos sexuales: el papel del consentimiento de la víctima”, en Abel Souto, M./ Brage Cedán, S. B./ Guinarte Cabada, G./ Martínez-Buján Pérez, C./ Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, cit., 2021, p. 765. También se manifestó en contra de la equiparación el Consejo Fiscal, *Informe ...*, p. 64.

⁹⁰ Así, por ejemplo, Faraldo Cabana, P., “Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género”, cit., pp. 273-275; en relación con la violación, Vicente Martínez, R. de, “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, cit., pp. 204-205; González Rus, J. J., “Propuesta de un nuevo enfoque sobre la regulación de las agresiones sexuales”, cit., pp. 695-696.

⁹¹ Acale Sánchez, M., “Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma”, cit., p. 474.

⁹² En este sentido, afirma Díez Ripollés, J. L., “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, cit., p. 10, que “ello es determinante para evaluar la lesividad de cada conducta en sí misma y en relación con otros supuestos cercanos, facilita el respeto del principio de seguridad jurídica a la hora de formular los diversos tipos delictivos, y permite observar el principio de proporcionalidad en el tratamiento punitivo de las diversas conductas”.

⁹³ Críticamente sobre esta deriva Caruso Fontán, V., “Reflexiones en torno a la conveniencia de categorizar a los delitos sexuales como agresiones y abusos”, en Abel Souto, M./ Brage Cedán, S. B./ Guinarte Cabada, G./ Martínez-Buján Pérez, C./ Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, cit., pp. 319-320.

⁹⁴ En este sentido Malón Marco, A., *La doctrina del consentimiento afirmativo*, cit., pp. 170-171, en referencia a discursos como los del consentimiento afirmativo, escribe: “se ven atrapados en un círculo vicioso al pretender convertir en igual de graves, o como parte de un mismo fenómeno, una gran variedad de hechos, de vivencias y de personas. Si la causa última de toda experiencia sexual *no consentida* es la misma –tanto de la violenta como de la que no lo es; de la claramente culpable como de la dudosa; de las más destructivas como de las más inocuas- y deben ser enfrentadas con un mismo instrumento, el Código penal, al final lo serio y lo nimio se confunden y nos confunden”.

⁹⁵ De esta opinión, Cuerda Arnao, M. L., “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. Consentimiento viciado”, en Faraldo Cabada, P./ Acale Sánchez, M., (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, cit., pp. 124-128; Ramírez Ortiz, J. L., “¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal? En defensa de una ley menos «integral»”, cit., pp. 510-511.

⁹⁶ Así, Faraldo Cabana, P./ Ramón Ribas, E., “La sentencia de la manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España”, en Faraldo Cabada, P./ Acale Sánchez, M., (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, cit., pp. 257-259, para quienes el delito de abuso sexual con prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta tendía un puente entre el abuso sexual y la agresión

de ese momento son merecedores de la misma pena legal abstracta, prescindiéndose, en consecuencia, para la creación del tipo básico de la agresión sexual de la valoración legislativa de cualquier otro elemento, como pudiera ser la violencia, la intimidación o el uso de ciertas sustancias para anular la voluntad de la víctima, cuya presencia en el hecho determinase una agravación de la pena. Una opción legislativa que de seguirse produciría dos efectos positivos. De un lado, reduciría el margen de arbitrio judicial en la ponderación de la gravedad del hecho⁹⁷ y, de otro lado, pudiera motivar la conducta de los potenciales delincuentes en el sentido menos gravoso para el bien jurídico⁹⁸. Se advierte, no obstante, cierta preocupación del Legislador sobre la posible afectación por parte del nuevo planteamiento de la prohibición del exceso punitivo, confiándose al órgano sentenciador la solución satisfactoria del problema a través de dos vías. Por un lado, el reconocimiento legislativo de la existencia de algunas modalidades atenuadas de agresión sexual merecedoras, por consiguiente, de una pena de menor gravedad (art. 178.3)⁹⁹. Y, por otro lado, la fijación de la pena tomando en consideración las penas previstas anteriormente para los delitos de abuso sexual y no solo la de los delitos de agresión sexual.

Llegados a este punto, es evidente que la vía construida sobre la más loable intención de evitar la revictimización sexual puede resultar inoperativa en la práctica por la imperativa salvaguarda del principio de proporcionalidad de la pena que obligará a que se siga teniendo que descender a los detalles del hecho para ajustar la gravedad de la pena a la gravedad del delito salvo que la acusación se conforme con la aplicación de la pena en su límite mínimo que es el único caso que hace innecesario que el juez fundamente la pena individualizada.

Una reforma de tal calado solo se justifica en el Preámbulo de la LOGILS sobre la base del cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del Convenio de Estambul, cuya lectura denotaría, sin embargo, que no existe una exigencia en tal dirección¹⁰⁰. Esta norma supranacional, al hilo del abordaje de formas concretas de violencia contra la mujer, utiliza

sexual; el Consejo General del Poder Judicial, *Informe...*, p. 79, quien consideraba que la distinción era una cuestión de grado; o Acale Sánchez, M., “Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma”, cit., p. 478, que califica la diferenciación entre prevalimiento e intimidación de criminógena, sutil y artificiosa.

⁹⁷ De otra opinión, Acale Sánchez, M., “Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma”, cit., p. 478, ofreciendo como argumento que el delito de agresión sexual se limita a proteger la libertad sexual (*nuda libertad sexual*), debiendo ser castigado el atentado a otro bien jurídico, como por ejemplo la integridad física, de forma separada. Observa también esta autora que ello reduce los riesgos de que los pensamientos personales del juzgador afecten a su decisión.

⁹⁸ En este sentido, venía a denunciar el Consejo General del Poder Judicial, *Informe...*, pp. 79-80, que se producía una merma de la eficacia preventiva general de la norma y recomendaba el establecimiento de una modalidad agravada de agresión sexual en base a la utilización de un medio comisivo especialmente lesivo, “(claramente, violencia, amenazas)”, sancionable con la pena en su mitad superior.

⁹⁹ Nótese que, en el caso de la agresión sexual a personas menores de 16 años, la atenuación de la pena está vinculada al tipo cualificado del artículo 181.2, salvo a su modalidad de violencia o intimidación, y no al tipo básico del 181.1. Así, los tocamientos sorpresivos de las nalgas cuya significación sea inequívocamente sexual a un menor de 16 años como mínimo se castigarán con dos años de prisión, pero si resulta que el sujeto se sirve a tal fin de un abuso de situación de superioridad, la pena inicial de prisión de cinco a diez años podrá bajarse hasta dos años y medio. Lo lógico hubiese sido que la modalidad atenuada se proyectase sobre ambos tipos penales, sin perjuicio de algún matiz.

¹⁰⁰ Ampliamente Díaz y García Conlledo, M./ Trapero Barreales, M. A., “Reforma delitos sexuales y convenio de Estambul”, en Pérez Manzano *et al.*, (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM, Madrid, 2020, pp. 223-233. De otra opinión, Acale Sánchez, M., “Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma”, cit., p. 472; Vicente Martínez, R. de, “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, p. 204; Faraldo Cabana, P., “Hacia una reforma de los delitos sexuales

la expresión “violencia sexual, incluida la violación” en su artículo 36 para agrupar una serie de conductas cuya criminalización exige si se comenten de forma intencionada¹⁰¹. Estas se indican en su número 1: “...a) La penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b) Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; c) El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero”. En sus dos números siguiente, el artículo de referencia se limita a incidir en dos cuestiones básicas en nuestra legislación, la naturaleza voluntaria de la prestación del consentimiento (art. 36.2) y la no exclusión de estos delitos en base a la existencia entre ofensor y víctima, en el pasado o en el presente, de una relación matrimonial o de pareja de hecho (art. 36.3)¹⁰². Ciertamente evitar la victimización secundaria es un objetivo de este convenio, pero las medidas previstas en este a tal fin no se articulan con motivo de la criminalización de determinadas conductas sino en relación con las medidas de protección y apoyo a las víctimas (capítulo IV) y las medidas procesales y de protección de las víctimas (capítulo VI). Entre estas últimas, cabría destacar la relativa a que las pruebas procesales sobre los antecedentes sexuales y el comportamiento de la víctima no sean admitidas salvo que sea pertinente y necesario (art. 54)¹⁰³.

A la luz de lo expuesto, la reconfiguración del delito de agresión sexual, una vez que no se da el paso de plasmar en la ley penal la exigencia de un sí afirmativo, explícito e inequívoco al acto sexual, poco más puede aportar que servir de altavoz para recordar a la ciudadanía que la realización de actos sexuales sin el consentimiento de las personas involucradas es delito. Un mensaje simbólico en nuestra sociedad avanzada, que, tal y como ha sido redactada la

con perspectiva de género”, cit., p. 275, quien llama la atención sobre el hecho de que la violencia y la intimidación por sí solas no aparecen en el catálogo de agravantes del delito previsto en el convenio.

¹⁰¹ Vid. *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, de 11 de mayo de 2011, §. 189-194.

¹⁰² En nuestro sistema jurídico la existencia de un vínculo matrimonial no excluye el delito de violación por el marido desde hace décadas (vid. *Asua Batarrita, A., “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, cit., pp. 90-92; Caruso Fontán, M. V., Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, cit., pp. 44-48*). No obstante, la referencia al mismo como elemento que pudiera conducir a la exención de responsabilidad penal aparece de vez en cuando aún en la práctica forense, como se puede ver a través de la STS nº. 254/2019, de 21 de mayo (FJ. 3º), que confirmaría la condena del marido por el delito de violación. En esta sentencia se recuerda el contenido del voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1995, que más adelante se convertirá en la doctrina de este tribunal: “no existen supuestos “derechos” a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona”. Se reitera así que “el vínculo matrimonial o la relación de pareja no otorga ningún derecho sobre la sexualidad del otro miembro”, que no existe “el débito conyugal en el matrimonio o en la relación de pareja”, a tenor de los artículos 32 de la Constitución Española y 66 a 68 del Código Civil y que, en consecuencia “el matrimonio no supone, al menos hoy teóricamente, sumisión de un cónyuge al otro, ni mucho menos enajenación de voluntades ni correlativa adquisición de un derecho ejecutivo cuando se plantee un eventual incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, si así puede entenderse la afectividad entre los casados o ligados por relación de análoga significación.

¹⁰³ En este sentido, la LOGLS ejecuta una reforma del párrafo segundo del artículo 790 de la LECr, que contenía ya una previsión en esa línea, para resaltar en particular la intimidad sexual, y extiende a las víctimas de los delitos de violencia sexual referidos en su artículo 3 la prohibición de divulgación o publicación de información relativa a su identidad, así como de datos que pudieran facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares (art. 681.3 LECr). Prohibición limitada con anterioridad a la protección de las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.

norma tipificadora, lleva aparejado un coste muy alto al ampliarse el marco temporal de la pena legal abstracta y con ello el arbitrio judicial. Hecho que no deja de ser sorprendente, si tenemos presente que fue la desconfianza en la aplicación judicial del Derecho la coartada de esta reforma.

En orden a conocer exactamente los elementos del nuevo delito de agresión sexual descenderemos seguidamente al análisis de la modalidad básica de esta figura delictiva (art. 178.1), que complementaremos con la lectura de la regla penológica específica prevista para este delito (art. 178.3). No nos detendremos, por razones de espacio, en las repercusiones que la nueva descripción típica de la agresión sexual tiene en los diversos tipos cualificados de los artículos 179 (delito de violación) y 180. No obstante, téngase al menos presente dos cosas. Primero, el delito de violación se ha pasado a construir únicamente por referencia al tipo de acto sexual realizado (“... acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías...”). Segundo, el elenco de circunstancias agravantes específicas del artículo 180.1, que da lugar a los tipos cualificados de las agresiones sexuales distintas de la violación y a los tipos cualificados de la agresión sexual denominada violación, es común a todos los casos subsumibles en el tipo de agresión sexual del artículo 178.1. Este elenco sigue estando formado en su mayor parte por aquellas circunstancias que ya venían operando como agravantes específicas en los atentados contra la libertad sexual con violencia o intimidación, siendo dos de ellas las únicas que se vinculaban con anterioridad a algunas modalidades del delito de abuso sexual (antiguos artículos 181.5 y 182.2). En consecuencia, por esta vía asistimos a una agravación de las penas de algunos atentados contra la libertad sexual; pero los nuevos marcos penales de la pena de prisión prevista en los tipos cualificados por su parte habrían comportado una reducción de sus límites mínimos y en un caso también del límite máximo (así, las agresiones sexuales del artículo 178.1 en relación con el artículo 180.1). A ellas se han sumado dos nuevas circunstancias, la cuarta, relativa a que “... la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”, y la séptima, consistente en que “... para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”. Se ha producido también una modificación parcial de una de ellas, ahora la segunda, concerniente a que “... la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”, y mejorado la redacción de la circunstancia quinta (“cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, o de una relación de superioridad con respecto a la víctima”). Todo ello con la reordenación numérica de alguna de ellas.

La reforma ejecutada por la LOGILS ha incidido también en el capítulo IV del Título VIII, donde se recogen una serie de disposiciones comunes a todos o parte de los delitos contra la libertad sexual. Tampoco podemos adentrarnos en ellas, pero adviértase al menos de la incorporación de un nuevo artículo 194 bis (“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”) dedicado a recoger una nueva regla concursal de compatibilidad expresa y preceptiva entre los delitos contra la libertad sexual y aquellos otros resultantes de la violencia física o psíquica ejercida¹⁰⁴. Esta norma no puede más que leerse desde la

¹⁰⁴ Nótese que en el APLOGILS se contemplaban otras situaciones: “Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la libertad sexual, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud,

doctrina de los concursos de normas penales y los concursos de delitos ligada al imperativo de la proporcionalidad entre el delito y la pena y la proscripción del *non bis in idem*. Por consiguiente, su presencia no debería producir otro efecto que el de servir de recordatorio al órgano sentenciador para que no se olvide de responder íntegramente al desvalor de la conducta realizada¹⁰⁵.

2.2 Elementos definitorios del delito: modalidad básica de la agresión sexual

La modalidad básica del delito de agresiones se tipifica en el artículo 178.1, a cuyo tenor “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”. Junto con la renuncia absoluta en su configuración legal al elemento típico de la utilización medial de la violencia o intimidación, se observa que la nueva descripción típica de este delito común no es sino el resultado de fusionar las redacciones de las dos normas básicas que con anterioridad tipificaban el delito de agresión sexual (art. 178) y el delito de abuso sexual (art. 181.1), con la supresión también de la mención que en este último se hacía a la indemnidad sexual. No así de la referencia a que el hecho tenga lugar sin el consentimiento de la otra persona, a pesar de resultar esta redundante¹⁰⁶, en la medida en que la libertad sexual es un derecho cuyo ejercicio depende exclusivamente de la voluntad de su titular, de manera que la persona para no incurrir con su conducta en responsabilidad penal tiene que contar con el consentimiento de ese otro, llevando, en consecuencia, las conductas delictivas implícito el elemento de la falta de consentimiento de la víctima. En cualquier caso, no estamos ante una práctica insólita del Legislador puesto que en el Código penal se recogen otras normas que contemplan de manera expresa la ausencia del consentimiento del titular del bien jurídico en ellas protegido, reconociéndose así la facultad personal de disposición sobre el mismo -por ejemplo, los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197) o el delito de hurto (art. 234)-. Habría sido extraño en el estado de cosas en que se fragua la reforma de este delito que se hubiese perdido la ocasión de reiterar que los actos de carácter sexual tienen que ser consentidos por los involucrados¹⁰⁷.

Se ha desaprovechado la reforma para dar una redacción más cerrada al tipo penal centrada en la imposición de actos de contenido sexual¹⁰⁸, no obstante el abandono “parcial” de la expresión “el que atentare contra la libertad sexual”. Una línea que se sigue desde la

integridad moral o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos”.

¹⁰⁵ Vid. sobre la problemática de este tipo de reglas, Sanz Morán, A. J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1996, Serrano González de Murillo, J. L., *El concurso de normas y el concurso de delitos en el libro II del Código penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017; Sánchez-Ostiz, P., “Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en el parte especial del Código Penal español”, en *RECPC*, 2022, nº. 24, pp. 1-52.

¹⁰⁶ Así, el Consejo de Estado, *Dictamen ...*, p. 102.

¹⁰⁷ Hace notar Manzanares Samaniego, J. L., “El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, cit., p. 17, que no se ha tenido el mismo celo en la tipificación de las agresiones sexuales a menores de dieciséis años. No obstante, téngase presente la existencia de una cláusula sobre el consentimiento de estos menores (art. 183 bis).

¹⁰⁸ Recomendación que fue hecha por el Consejo de Estado, *Dictamen...*, p. 103, quien sugería el cambio de redacción de la norma y la precisión de que se tratase de actos sexuales.

reforma del Código penal de 2010 en las agresiones sexuales a menores de 16 años, donde el artículo 181.1 sanciona la realización con un menor de actos de carácter sexual, sin perjuicio de ulteriores precisiones con las que se evitan algunos problemas de orden interpretativo sustentados en una interpretación literal de la preposición “con” (art. 181.1)¹⁰⁹, en la que podrían apoyarse quienes defienden todavía su naturaleza de delitos de propia mano¹¹⁰. Esta tesis ha sido superada en el Tribunal Supremo, según se afirma con claridad en su sentencia n.º. 462/2019, de 14 de octubre (FJ. 10.º)¹¹¹, que, a tenor de la redacción de los anteriores tipos de agresión sexual y abuso sexual, no exige para apreciar el delito el contacto corporal de índole sexual entre los sujetos del delito.

Seguirá, por tanto, siendo necesaria la realización de una interpretación restrictiva de la norma a partir de la delimitación del contenido de la libertad sexual, la relación sistemática entre las normas y los principios que rigen el Derecho penal para acotar el ámbito de aplicación del tipo penal en la medida en que la realización de cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona da cabida a acciones de muy diferente naturaleza. No estaría de más insistir en que si bien la redacción de la norma permitiría dispensar protección a la libertad sexual incluso más allá de su vertiente o dimensión negativa, entendida como el derecho de la persona a no verse involucrado sin su consentimiento en actos de naturaleza sexual, la justificación de la intervención penal exigiría la observancia del principio de última *ratio* del Derecho penal. Así las cosas, cabría descartar rápidamente, por ejemplo, la relevancia penal de las conductas obstaculizadoras del desarrollo de la dimensión positiva de la libertad sexual, (así, por ejemplo, la madre que le quita o impide que su hija de 16 años obtenga medios anticonceptivos siendo concedora de que eso inhibirá a la hija de mantener determinadas relaciones sexuales con su novio). Unas conductas que se han venido entendiendo que no deberían recibir una respuesta penal, salvo que se recurriera al uso de la violencia, siendo entonces reconducibles al delito de coacciones (por ejemplo, el empleo de violencia para impedir que una persona se masturbe).

No obstante lo dicho, con motivo del pronunciamiento del Legislador sobre los supuestos en los que en todo caso se considera que existe una agresión sexual, sí se produce una acotación del contenido de la agresión sexual por referencia a la realización de actos de contenido sexual (“a los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen...”, art. 178.2); cuya concreción resultaría asimismo imposible de realizar prescindiendo de las reglas culturales sobre las

¹⁰⁹ Sigue diciendo el artículo 181.1 en su párrafo segundo que “a estos efectos se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor”. Repárese en que antes de esta reforma, esta precisión se encontraba únicamente vinculada a las agresiones sexuales (derogado artículo 183.2 inciso final). Nótese también que en la confrontación entre ambas normas apoya [Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 228](#), su tesis de que el atentado contra la libertad sexual exige contacto corporal entre los sujetos del delito, de la que discreparía, como el mismo advierte, el Tribunal Supremo. Así, las SSTS n.º. 320/2019, de 19 de junio (FJ. 3.º); o n.º. 311/2020, de 15 de junio (FJ. 8.º).

¹¹⁰ Recuérdese que también el Convenio de Estambul recoge el mandato de tipificación de conductas de sujetos que no participan del acto sexual; concretamente se ha de criminalizar el “hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero”. Según el *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, de 11 de mayo de 2011, §. 190, se estaba pensando, por ejemplo, en relaciones abusivas.

¹¹¹ “Se excluye claramente la consideración del delito de agresión sexual como de propia mano, de manera que serían autores -coautores materiales todos aquellos que, actuando concertadamente en la ejecución del hecho e interviniendo directamente en su ejecución más inmediata, ostentan el dominio funcional de su desarrollo y realizan aportaciones esenciales para su consumación”.

manifestaciones del instinto sexual, que devienen determinantes en la identificación del contenido mínimo de injusto necesario para apreciar el delito de agresión sexual¹¹². Ahora bien, no existe ningún indicio a lo largo del proceso de reforma que advierta de que esta caracterización responda a la intención del legislador de modificar el sentido de la acción típica. En cualquier caso, solo se trataría de la concreción de algunos casos de agresión sexual.

El hecho de que el eje de la reforma de estos delitos haya sido la cuestión del consentimiento tiene otro reflejo en el inciso final del artículo 178.1, donde se realiza ahora una precisión sobre el consentimiento del titular de la libertad sexual¹¹³, que finalmente no ha ido tan lejos como se pretendía. La novedosa disposición recoge aspectos indiscutibles de la doctrina general sobre el consentimiento jurídicamente válido: “Solo 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”. Un recordatorio, que con otros términos -“el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”- hace también el Convenio de Estambul en su artículo 36.2¹¹⁴. En definitiva, estaríamos hablando de una conducta humana que por el contexto evidenciaría claramente la voluntad de la persona favorable a la realización del acto de contenido sexual. A resultas, si no se puede constatar con claridad la voluntad favorable al acto sexual, la acción será típica.

La actual fórmula ya se encontraba en el PLOGILS, que había sustituido la formulación del consentimiento prevista de un modo un tanto confuso en el ALOGILS¹¹⁵, donde no se terminaba de aclarar si realmente se pretendía implementar a esos efectos en el Código penal una versión estricta del modelo del “solo sí es sí”¹¹⁶, basada en la existencia de un consentimiento expreso, en la medida en que si bien se exigía una voluntad expresa,

¹¹² Sobre la delimitación del contenido mínimo de injusto del delito sexual antes de la reforma, por ejemplo, [Pérez Alonso, E., “Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales”, en *InDret*, 2019, nº. 3, pp. 1-43.](#)

¹¹³ Algunos grupos parlamentarios se pronunciaron en contra de una referencia aclaratoria de la forma de expresar el consentimiento en estos delitos; así la enmienda nº. 34 del Grupo Parlamentario Ciudadanos y la enmienda nº. 61 del Grupo Parlamentario Euskal Herria Bildu. También había sido considerada innecesaria por el [Consejo General del Poder Judicial, *Informe...*, p. 82-83.](#) En la doctrina, el Grupo de Estudios de Política Criminal en su *Comunicado sobre la reforma de las agresiones y abusos sexuales*, p. 2, considerada que ese tipo de disposición era innecesaria, mientras que algunas voces plantean la introducción de una cláusula general sobre el consentimiento a efectos penales del titular del bien jurídico protegido, así [Acale Sánchez, M., “Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma”, cit., p. 474.](#)

¹¹⁴ En el *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, §. 192, se afirma la necesidad de una valoración contextualizada del consentimiento de la persona a los efectos de determinar que efectivamente era libre, debiéndose reconocer que las víctimas de estos delitos muestran un amplio rango de respuestas conductuales, que excluyen la asunción de un comportamiento típico. Se recalca asimismo la importancia de eludir la influencia de los estereotipos de género y de los mitos sobre la sexualidad del hombre y de la mujer.

¹¹⁵ Recomendación que le había formulado el Consejo de Estado, *Dictamen ...*, p. 104.

¹¹⁶ Nótese que ni siquiera en Suecia, donde el feminismo radical parece que ha logrado más éxitos, se dio ese paso, pues el Código penal sueco, en su capítulo 6, dedicado a los delitos sexuales, que comienza tipificando el delito de violación (art. 1), uno de cuyos elementos típicos alude a que la persona no participa voluntariamente en determinados actos sexuales, dispone que para valorar si su participación es o no voluntaria, se considerará en particular si la voluntad se expresó de palabra o por hechos o en alguna otra forma; realizándose a continuación el inventario de casos en los que la ley considerará siempre que no ha habido una participación voluntaria de la persona.

esta podía desprenderse de actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes¹¹⁷. No se trata en realidad, como decíamos, de una fórmula capaz de provocar realmente un cambio sustancial ni en la concepción del consentimiento jurídicamente válido en materia sexual, que exige como presupuesto que la persona tenga la capacidad natural de discernimiento y juicio necesaria para estar en disposición de comprender el alcance y el significado o sentido del acto sexual sobre el que se manifiesta el consentimiento y que se hace depender de la no concurrencia de vicios de la voluntad, ni en su forma de manifestación al exterior, que puede ser expresa pero también tácita¹¹⁸, pues lo trascendental es la vulneración del bien jurídico, que se constata cuando de forma inequívoca se llegue a la convicción de que el titular del bien jurídico tutelado efectivamente no consentía la acción sexual, ni en el tiempo de emisión del mismo, debiéndose este exteriorizarse antes o de forma coetánea a la acción del agente. Seguimos estando en este punto donde estábamos¹¹⁹, pues todo intento de eludir un problema de naturaleza probatoria, como es la existencia o no de consentimiento, a través de la redacción de la norma penal se encuentra ante un callejón sin salida en los sistemas penales regidos por el derecho a la presunción de inocencia y el principio acusatorio. La informalmente denominada Ley del solo sí es sí con su reforma de los tipos penales no habría ido más allá por lo que a esta cuestión atañe del otorgamiento a la norma penal de un sentido pedagógico.

Aunque expresamente no se diga, desde una visión en conjunto de los atentados contra la libertad sexual, bien podría concluirse que se vuelve sobre el consentimiento en el artículo 178.2, evitando así que la literalidad de las palabras, “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”¹²⁰, pudiera traducirse en una limitación del ejercicio de la libertad sexual de quienes realizan prácticas sexuales

¹¹⁷ Una contradicción ya denunciada por el Consejo General del Poder Judicial, *Informe...*, p. 83 y el Consejo Fiscal, *Informe ...*, p. 64. Se decía en concreto en la versión del artículo 178.1 en el ALOGILS: “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”. Obsérvese que en la versión del anteproyecto sobre la que emite su dictamen el Consejo de Estado (p. 104) el tenor ya era otro (“Se entenderá que no hay consentimiento cuando no se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara e inequívoca la voluntad de la persona”), sugiriéndose por parte de este órgano consultivo que se articulase una formulación en sentido positivo para evitar una doble confusión: del modelo de consentimiento y de la que puede originar la utilización de una doble negación.

¹¹⁸ Como recuerda Luzón Peña, D-M., “El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión solo de la tipicidad penal”, en Fernández Teruelo, J. G., (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Ed. *Constitutio Criminalis Carolina*, 2012, p. 382, se está pensando en “hechos (o silencios) concluyentes e inequívocos de que el tercero actúa con conocimiento y conformidad del afectado, o sea, a ciencia, vista y paciencia de este, como se dice en Derecho civil”.

¹¹⁹ De otra opinión Tomé García, J. A., “La ley del «solo sí es sí»: consentimiento sexual y carga de la prueba”, en *La Ley Penal*, 2022, nº. 159, pp. 1-12, o Manzanares Samaniego, J. L., “El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, en *Diario La Ley*, 2021, nº. 10143, p. 17, quienes destacan la relevancia de que la voluntad se tenga que manifestar de manera clara a efectos probatorios. Acale Sánchez, M., “Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma”, cit., p. 477, por su parte, ve en la reforma una aportación de seguridad jurídica. En cambio, Álvarez García, F. J., “La libertad sexual en peligro”, en *Diario la Ley*, 2022, nº. 10007, pp. 1-20, apunta hacia la creación de una fuente de inconvenientes en caso de ser objeto el término “actos” de una interpretación ajustada a la literalidad, que el mismo rechazaría.

no normativas, pero consentidas por los involucrados (así, por ejemplo, el sadismo y el masoquismo o la somnofilia).

Todas las circunstancias explicitadas en el artículo 178.2, cuya concurrencia en el hecho no lleva aparejada de por sí un incremento de pena¹²¹, revelarían, salvo casos excepcionales como los apuntados, la inexistencia de un consentimiento jurídicamente válido al acto de contenido sexual¹²², habiendo sido ya objeto en su mayor parte de un reconocimiento expreso en la anterior regulación penal de los tipos básicos de agresión y abuso sexual. La novedad se encontraría comparativamente hablando en la referencia al abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima, que parece que se habría incorporado al tomar como referencia la estructura del delito de determinación coactiva a la prostitución de adultos del artículo 187.1, que comparte a su vez con la trata de personas mayores de edad los medios comisivos (art. 177 bis 1) -si bien en estos delitos también se habría producido la equiparación entre otros medios no mencionados en el artículo 178.2 como son el engaño y el abuso de una situación de necesidad de la víctima-, y la contemplación de la anulación de la voluntad de la víctima por cualquier causa¹²³. Circunstancias ambas que tienen en común su idoneidad para favorecer la comisión del delito; en el primer caso, ante la menor capacidad de la víctima de ofrecer resistencia al hecho y, en el segundo caso, por la ausencia absoluta de voluntad. No limita el legislador en ninguno de los casos el origen de estas situaciones, que puede hallarse tanto en factores endógenos como exógenos a la víctima. Así, como ejemplos de una situación de vulnerabilidad de la que podría abusar el agresor podrían mencionarse la edad -pensamos dado el tratamiento autónomo que reciben las agresiones sexuales a menores de dieciséis años, en una edad avanzada-, la debilidad física o mental (por ejemplo, un estado de embriaguez), la discapacidad, tanto de naturaleza física como psíquica, una situación económica acuciante, una situación administrativa irregular en territorio español, etc. Entre las causas de anulación de la voluntad de la víctima se encuentra el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea para anular la voluntad de la víctima, que, como se apuntó, conduce a un salto en la pena cuando es el sujeto activo del delito quien los emplea a tal fin. También podrían encontrarse en esa situación personas que por el influjo psíquico de otra persona han quedado sometidas completamente a una voluntad ajena como podría suceder, por ejemplo, en el contexto de las sectas o de la violencia de género y doméstica.

¹²⁰ Nótese que las enmiendas nº. 34 del Grupo Parlamentario Ciudadanos y nº. 372 del Grupo Parlamentario Republicano apelaban además a otros dos medios comisivos, la coacción y el engaño. En la justificación de la última de ellas se explica que se estaba pensando en los atentados contra la libertad sexual que se producen en los contextos de las revisiones médicas, terapéuticas y ginecológicas.

¹²¹ Adviértase que durante la tramitación del PLOGILS algún grupo parlamentario se opuso a esta norma, así la enmienda nº. 34 del Grupo Parlamentario Ciudadanos y la nº. 371 del Grupo Parlamentario Republicano, explicándose en esta última que esos elementos debían determinar la aplicación de la pena en su mitad superior.

¹²² [Acale Sánchez, M., "Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma", cit., p. 475](#), parece que va más allá al considerar que no concurriendo esas circunstancias, si la persona puede expresar su voluntad y no lo hace, se habría de entender que sí consiente, si bien termina reconociendo que la reforma no cambiará la interpretación de los tribunales.

¹²³ Repárese también en un cambio en la forma de tomar en consideración la realidad de las personas que sufren una discapacidad intelectual que afecta a su desenvolvimiento en la esfera sexual. Ahora se emplea una fórmula más amplia al hablarse de un abuso de la situación mental de la víctima mientras que antes se aludía al abuso del trastorno mental de esta.

Ahora bien, como decíamos, no son las únicas situaciones en las que se produce este atentado contra la libertad sexual. El reconocimiento de este derecho lleva consigo la imposibilidad de aceptar la disponibilidad por tercero del cuerpo humano de otro con fines sexuales sin el consentimiento de este. En consecuencia, la voluntad de esta persona tiene que manifestarse al exterior en sentido positivo y si esta manifestación no se produce la conducta del primero será penalmente típica; así sucede cuando la naturaleza sorpresiva del ataque impide que la persona afectada exprese su voluntad o cuando el silencio de la víctima no refleja en atención al contexto su voluntad favorable a que se realicen los actos sexuales. Asimismo, la voluntad de la persona favorable al acto sexual puede hallarse viciada en su formación por alguna otra razón distinta a las expresadas en el artículo 178.2, como podría ser el error, que cuando versa sobre la identidad de la persona ya habría sido hace tiempo objeto de reconocimiento judicial como vicio del consentimiento del acto sexual¹²⁴, y el engaño que conduce a error sobre lo que se consiente, siendo, por tanto, un engaño jurídicamente relevante (piénsese, por ejemplo, en los contextos de las revisiones médicas, de las terapias de bienestar, de creencias religiosas o mágicas, etc.)¹²⁵. Este último vicio del consentimiento recibía una atención particular en la anterior regulación de los abusos sexuales a personas menores de edad que ya habrían cumplido los 16 años (anterior artículo 182), silenciándose completamente en la nueva regulación¹²⁶.

En relación con el engaño, se echa en falta que una reforma penal que se ancla en una concepción de la violencia sexual como un problema de violencia de género no haya dado el paso de pronunciarse expresamente sobre un fenómeno de reciente actualidad pública, como es el “stealthing”, consistente en prescindir de la expresada opción sexual de la mujer de realizar los accesos carnales con preservativo¹²⁷. Esta conducta, que supone el incumplimiento de la condición de la que depende el consentimiento sexual de la mujer y, por tanto, afecta al mantenimiento de este durante el acto sexual, ha comenzado a analizarse en nuestros tribunales recientemente como un atentado a la libertad sexual. A la luz de los contados casos que se van conocido¹²⁸, ya se ha puesto de relieve la inseguridad sobre la

¹²⁴ Así, recuerda Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 230, la STS de 15 de junio de 1957, que condena por delito de violación a quien fingiendo ser el marido de una mujer semidormida y aprovechándose de estas circunstancias, yace con ella. Más recientemente la SAP de Cáceres nº. 209/2020, de 24 de septiembre, se pronuncia sobre un caso de este tipo en el siguiente sentido: “Nos encontramos ante un supuesto de hecho un tanto inusual, en el que la víctima lo cierto es que consiente la realización, por parte del acusado, de actos de naturaleza sexual, primero caricias y luego un acceso carnal, a los que no solo no se opone sino que expresamente los facilita, y llega a disfrutar de ellos según dijo; si bien ese consentimiento adolece de un vicio esencial derivado de un error acerca de la identidad de la persona con la que se mantiene la relación sexual, de forma que si la víctima hubiera sabido que esa persona no era quien ella creía sino otra diferente ese consentimiento no habría existido.

Ese error, indudablemente, vicia de forma radical el consentimiento de la víctima, haciéndolo nulo y, por tanto inexistente, efecto del que es muestra lo establecido con carácter general para la validez del consentimiento en el artículo 1.265 de nuestro Código Civil (“Será nulo el consentimiento prestado por error ...”), por lo que concurren los elementos objetivos que conforman el indicado delito de abuso sexual, y en particular el que requiere que la acción que atenta contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona se realice “sin que medie consentimiento”, (FJ. 2º).

¹²⁵ Consejo General del Poder Judicial, *Informe...*, p. 87, se limitó a mencionar al respecto que los casos del artículo 182 derogado serían reconducibles a la conducta básica del artículo 178.

¹²⁶ El engaño, tradicionalmente entendido como la falsa promesa de matrimonio que hacía un hombre a una menor para mantener con ella relaciones sexuales, se entendía modernamente que tenía relevancia penal si se proyectaba sobre la propia significación del acto sexual o sobre sus consecuencias.

¹²⁷ Ampliamente sobre el problema Gili Pascual, A., “‘Stealthing’: Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual”, en *CPC*, 2021, nº. 131, pp. 85-134.

calificación jurídica del caso¹²⁹. El consentimiento, como decíamos, versa sobre los actos sexuales que se realizan o se pretenden realizar, siendo los involucrados en la práctica sexual quienes definen los términos de esta, formando parte de su facultad de autodeterminación en el plano sexual la decisión de condicionar la forma de su realización, así como la de revocar en cualquier momento el consentimiento. En consecuencia, siendo claro que al hacer depender la mujer su consentimiento de la observancia por el hombre de esa condición, el incumplimiento de esta deja sin efecto aquel, pasando el hecho a ser constitutivo de agresión sexual, se suscita, sin embargo, la duda sobre si el delito cometido es o no el tipo agravado del artículo 179 en atención al acto sexual realizado, pues, si en puridad estamos ante esa conducta, la pena asociada a la misma parece excesiva por el menor menoscabo que en este tipo de casos comparativamente se produce en su dignidad¹³⁰.

El interés que ha despertado la víctima a lo largo de la reforma no ha comportado, sin embargo, la introducción de un delito imprudente de agresión sexual, que permitiese reconocer, en su caso, el daño causado a la víctima cuando se realiza la conducta sexual no consentida en una situación de error vencible¹³¹. La configuración del delito doloso desde la óptica de la protección de la libertad sexual, por su parte, habría excluido hace tiempo la exigencia de un ulterior elemento subjetivo distinto del dolo para su apreciación¹³², si bien es frecuente en la casuística de los tribunales que se siga aludiendo al *animus* lascivo, lúbrico, de satisfacción sexual, que operaría como un elemento delimitador de la significación sexual de un acto o del agotamiento del delito (así, la STS nº. 351/2021 de 28 abril, FJ. 4º).

2.3 La agresión sexual atenuada

La creación de la nueva figura de la agresión sexual se ha visto acompañada de la introducción en el artículo 178.3 de una regla específica de determinación de la pena en aras, como sucede en otros delitos (así, por ejemplo, en los artículos 153.4, 171.6, 172.4 o 368

¹²⁸ La Audiencia Provincial de Sevilla (Secc. 4ª), de 29 de octubre de 2020, confirmada por la sentencia nº. 186/2021, de 1 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, condena en un caso de este tipo por un delito de abuso sexual del artículo 181.1 y 4 en concurso con un delito de lesiones del artículo 147.1. En cambio, si bien se trata de una sentencia de conformidad, sentencia nº. 1/2019, de 15 de abril, el Juzgado de Instrucción de Salamanca (Secc. 2ª), condena por un delito de abuso sexual del artículo 181.1. El Ministerio Fiscal también calificó de abuso sexual del artículo 181.1 y 4 el caso analizado en la sentencia nº. 379/2020, de 14 de octubre, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 3ª), que concluye no condenando ante la insuficiencia probatoria para llegar a firmes conclusiones sobre los hechos.

¹²⁹ Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 231, considerando que el tipo penal de las agresiones sexuales debe ser objeto de una interpretación restrictiva, concluye que solo podría incluirse esa conducta en este delito si es equivalente a los supuestos contenidos en el artículo 178.2.

¹³⁰ En el debate parlamentario del PLOGILS el Grupo Parlamentario Republicano en su enmienda nº. 370 se hará eco del problema: “El consentimiento debe permanecer vigente durante la práctica sexual y está acotada a uno o a varias personas, a unas determinadas prácticas sexuales y a unas determinadas medidas de precaución, tanto ante un embarazo no deseado como ante infecciones de transmisión sexual”.

¹³¹ El Consejo General del Poder Judicial, *Informe...*, p. 85, planteó la posibilidad de que fuese punible el error vencible de tipo de agresión sexual. Se ha expresado en favor de la incriminación de la imprudencia Lascuraín Sánchez, J. A., “Las huellas de la manada”, cit., p. 1.

¹³² Nótese que la STSJ del País Vasco nº. 80/2021, de 23 de septiembre, confirma la condena de la Audiencia Provincial de Álava (Secc. 2ª), de 2 de junio de 2021, a tres reclusas por delito de violación en el que una de ellas, actuando conjuntamente con las demás, introdujo los dedos en la vagina de la víctima con la finalidad de quitarle la droga que creían que ocultaba allí.

p. 2), de evitar un exceso de pena. En concreto, pensando en las agresiones sexuales de menor gravedad, se dispone que “el órgano sentenciador¹³³, 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”¹³⁴.

A su tenor, esta regla, que se construye atendiendo a los dos elementos claves de toda individualización de la pena -la gravedad del hecho y las circunstancias personales del culpable (vid. art. 66.1 6ª)-, no parece, sin embargo, encontrarse en disposición de cumplir el fin que se propone desde el momento en que no ofrece ningún tipo de seguridad jurídica sobre los casos en los que resultaría aplicable¹³⁵. Únicamente está claro por disposición legal que la concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 180 es determinante de la imposibilidad de afirmar que la agresión sexual es atenuada¹³⁶. Lo mismo ocurre cuando la agresión sexual consiste en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, dado que el tratamiento individual de la violación en el artículo 179 deja a estas manifestaciones de la agresión sexual fuera del artículo 178.1, que es al que se enlaza el artículo 178.3, según se desprende de su ubicación sistemática y de la referencia que se hace en él sin más “a la pena de prisión en su mitad inferior”.

En consideración a la nueva regulación, la apelación al criterio de la menor gravedad del hecho debería conectar la decisión judicial con la gravedad del ataque a la libertad sexual, cobrando una vez más importancia los medios comisivos¹³⁷. Otro criterio claro de valoración sería la entidad de la intromisión corporal debido a su conexión con la intimidad sexual de las personas. Ambos contribuirían a limitar una posible proyección sobre el hecho de consideraciones de orden moral propias del órgano judicial¹³⁸. Por su parte, en la aplicación del parámetro de las circunstancias personales, todo un cajón de sastre, habría que otorgar un peso específico al fin de prevención especial de la pena.

Cabría resaltar también en relación con las agresiones sexuales tipificadas en el artículo 180 la incongruencia de descartar la aplicación de la regla a esos casos con base en su mayor gravedad, cuando resulta que el límite mínimo de la pena de prisión prevista en el artículo 180.1 es de dos años, por tanto, inferior en parte a la pena de prisión señalada en el artículo 178.3¹³⁹.

¹³³ El uso del lenguaje inclusivo fue sugerido por el [Consejo de Estado, Dictamen ...](#), p. 106.

¹³⁴ Obsérvese que la enmienda nº. 120 de Pilar Calvo i Gómez (Grupo Parlamentario Plural) y la nº. 440 del Grupo Parlamentario Republicano pretendía que se oyese a la víctima antes del pronunciamiento judicial como forma de hacer efectivo el principio del empoderamiento de las víctimas y supervivientes.

¹³⁵ Inseguridad jurídica ya denunciada por el [Consejo General del Poder Judicial, Informe...](#), p. 81; el [Grupo de Estudios de Política Criminal en su Comunicado sobre la reforma de las agresiones y abusos sexuales](#), cit., p. 3, Díez Ripollés, J. L., “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, cit., p. 27; o [Ramírez Ortiz, J. L., “¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal? En defensa de una ley menos «integral»”, cit., p. 512.](#)

¹³⁶ La referencia genérica que se hace al artículo 180, englobaría la relativa al prevalimiento de la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, aunque en relación con ella no se utilice el término circunstancia.

¹³⁷ El Decreto de la Fiscalía General del Estado de 21 de noviembre de 2022, dictado al respecto de la aplicación retroactiva en el tiempo de la ley penal favorable al reo, establece el criterio de que la ejecución del hecho con violencia o intimidación excluirá, con carácter general, la consideración del hecho como de menor entidad.

¹³⁸ [Ramírez Ortiz, J. L., “¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal? En defensa de una ley menos «integral»”, cit., p. 512.](#)

Si tenemos presente que la pena prevista para estos casos, pena de prisión de un año a dos años y medio o multa de dieciocho a veinticuatro, coincide en gran parte con la pena prevista en el derogado artículo 181.1 (pena de prisión de un a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro), y el peso de la doctrina asentada con arreglo a la anterior regulación, no parecería descabellado pensar que muy posiblemente el órgano sentenciador aplique la regla penológica a la gran parte de los anteriores abusos sexuales del artículo 181.1, pero la ley no descartar su uso en atentados contra la libertad sexual con violencia o intimidación, castigados anteriormente con pena de prisión de uno a cinco años. En cualquier caso, el hecho de que expresamente se establezca como parámetro de la decisión las circunstancias personales del culpable abre una puerta de efectos imprevisibles¹⁴⁰.

3. UN APUNTE SOBRE LA PENA TÍPICA Y SUS EFECTOS COLATERALES

La nueva regulación de las agresiones sexuales ha implicado también modificaciones en la pena principal de prisión prevista para estos delitos, produciéndose, dependiendo de las concretas conductas típicas, tanto agravaciones como atenuaciones en su duración.

En el caso concreto de la modalidad básica del delito de agresión sexual del artículo 178.1, la pena típica ha pasado a ser una pena de prisión de uno a cuatro años. Lo que ha supuesto un cambio en la valoración jurídica de la gravedad de estas conductas, expresivo, por un lado, de que las conductas anteriormente calificadas de agresión sexual básica no deberían ser castigadas tan gravemente, reduciéndose en consecuencia en un año el límite máximo de la duración de la pena de prisión; y, por otro lado, de que aquellas que se definían como abuso sexual en su modalidad básica, tanto del anterior artículo 181.1 como del derogado artículo 182.2 (tipo específico para la protección de las personas de 16 y 17 años)¹⁴¹, deberían ser objeto de mayor desvaloración, experimentado, a resultas, un aumento en la gravedad de la pena. Todo ello sin perjuicio de la contemplación, como ya vimos, de una respuesta específica para las agresiones sexuales atenuadas o de menor gravedad.

El replanteamiento de la gravedad de la pena de prisión se observaría también en las modalidades de agresión sexual cualificada, donde la unión de la agresión sexual y el abuso sexual habría conducido a nuevos y extensos marcos penales que habrían, curiosamente, dado el contexto de la reforma, ampliado la facultad discrecional del órgano sentenciador durante el proceso de determinación de la pena. Así, en ocasiones nos encontramos que su marco penal sería simplemente el resultado de combinar el límite mínimo de la pena de prisión prevista en el antiguo y común abuso sexual cualificado y el límite máximo de la pena de prisión asociada a la agresión sexual cualificada como se observa, por ejemplo, en el delito de violación. Este se sanciona ahora con la pena de prisión de cuatro a doce años mientras que anteriormente las conductas actualmente subsumibles en este delito se castigaban con la pena de prisión de seis a doce si mediaba violencia o intimidación (art. 179) y en otro caso con la pena de prisión de cuatro a diez (art. 181.4)¹⁴². Sucede igual en la violación agravada por la concurrencia de una circunstancia agravante específica del artículo 180.1, que se encuentra castigada con la

¹³⁹ Como afirma [Mata Barranco, N. de la](#), “Aspectos penales de la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual (I, II y III)”, cit., es un despropósito.

¹⁴⁰ En contra de esta disposición la enmienda nº. 373 del Grupo Parlamentario Republicano, donde se cuestiona también que el tipo básico se castigue con una pena alternativa.

¹⁴¹ Se castigaban respectivamente con una pena de prisión de uno a tres años o de multa de dieciocho a veinticuatro meses y con la pena de prisión de uno a tres años.

pena de prisión de siete a quince años -antes pena de prisión de doce a quince si se ejecutaba con violencia o intimidación (art. 180.1) o pena de prisión de siete a diez años en otro caso (art. 181.5)-¹⁴³ . Como se habrá observado por vía de estos ejemplos, esta combinación de anteriores marcos penales conllevaría una reducción de límite mínimo de la pena de prisión de las antiguas agresiones sexuales. Hay también agresiones sexuales, como vimos sucede en la modalidad básica de la agresión, cuyo marco penal ha experimentado una reducción del límite máximo de la pena de prisión. Tal sería el caso, por ejemplo, de la agresión sexual cualificada del artículo 180.1 en relación con el artículo 178.1, castigada ahora con pena de prisión de dos a ocho años y con anterioridad con la pena de prisión de dos a tres años o multa de veintidós meses a veinticuatro (art. 181.5) o con la pena de prisión de cinco a diez (art. 180.1).

La mencionada fusión ha conllevado otro efecto penológico menos visible y posiblemente imprevisto, fruto de nuestro sistema de determinación de la pena, que habría conducido también a una atenuación de la pena en los atentados sexuales con violencia o intimidación constitutivos de la antigua agresión sexual, dado que en aplicación de las disposiciones que contemplan la rebaja en grado de la pena únicamente se tomaría en consideración a esos efectos el límite mínimo del marco penal. De forma que, por ejemplo, una tentativa de violación con violencia o intimidación hoy se podría castigar con la pena de prisión de dos a cuatro años menos un día.

En relación con las agresiones sexuales del artículo 178.3, cabría destacar la mayor relevancia que adquiere la pena de multa, pues, si bien esta sigue estando prevista en alternativa a la pena de prisión, es factible que ahora se extienda a agresiones sexuales que comportan una mayor afectación de la libertad sexual en atención a la violencia o intimidación. Su aplicación además produce un ulterior efecto beneficioso para el reo, dado que la medida de seguridad de libertad vigilada prevista, de forma imperativa por ley o facultativamente, para los responsables penales de la agresión sexual solo está vinculada a la pena de prisión (art. 192.1).

En este orden de cosas, estaba claro que los tribunales, en virtud del artículo 2.2 del Código penal, tendrían que proceder a la aplicación de la nueva ley retroactivamente en el tiempo en aquellos casos en los que resultase más favorable para el penado, aunque al entrar la misma en vigor hubiera recaído ya sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena¹⁴⁴ . Sin embargo, en ningún momento se explicó a la ciudadanía por parte de los responsables de la nueva ley que las obligadas atenuaciones de las penas no necesariamente

¹⁴² El delito de abuso sexual del derogado artículo 182.2 castigaba la realización de ese tipo de actos sexuales con la pena de prisión de dos a seis años, dando lugar a un inexplicable privilegio en la sanción de estos abusos, que no se producía consecuentemente en su modalidad básica.

¹⁴³ Nótese que las circunstancias agravantes específicas de los abusos sexuales eran entonces únicamente dos.

¹⁴⁴ Obsérvese que la LOGILS no recoge ninguna disposición transitoria donde se contemplen reglas específicas para resolver las cuestiones que suscita la sucesión en el tiempo de leyes penales. Procede, por tanto, la aplicación del mencionado artículo 2.2 del Código penal, que no se pronuncia sobre los efectos de la ley posterior en el tiempo más favorable al reo en las condenas ya cumplidas, aunque, como es sabido, la extinción de la responsabilidad penal puede seguir teniendo consecuencias negativas para la persona condenada penalmente (así, por vía de los antecedentes penales). Desciende a esta problemática, Morillas Fernández, D. L., "La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales", cit., pp. 57-63. Cfr. también la posición de la Fiscalía General del Estado en su Decreto de 21 de noviembre de 2022, partidario de la aplicación del contenido de la disposición transitoria quinta de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y el Comunicado de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en relación con las resoluciones judiciales dictadas como consecuencia de la entrada en vigor de la LOGILS.

tendrían que suponer una merma de las expectativas de seguridad que se ligaban a la LOGILS. Una explicación, por otra parte, difícil de calar en la atmósfera de populismo punitivo que rodea el tratamiento de la delincuencia sexual. En cualquier caso, la realidad evidenciada al hilo de la revisión de las condenas por los delitos de abusos y agresiones sexuales¹⁴⁵ ha dado lugar a la apertura de un nuevo proceso de reforma penal de estos delitos, que también aspira a reparar otros defectos de la reforma.

4. CONCLUSIÓN FINAL

El discurso beligerante contra el sistema patriarcal, que tantos avances ha logrado en la conquista de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, en su intento de cambiar las leyes penales sin un estudio profundo de la realidad, aún pendiente de realizarse, y sin considerar las implicaciones que se derivan del Estado de Derecho para las regulaciones legales, puede terminar, accidentalmente, siendo peligroso para la propia salvaguarda de los derechos del conjunto de los ciudadanos.

Ciertamente en el *iter* del proceso de reforma que ha conducido a la aprobación de la LOGLS se ha dado marcha atrás en el aspecto más cuestionable de la reforma en ese sentido, el relativo a la formalización de la manifestación del consentimiento sexual, pero el resultado final, por lo que se refiere al menos a la regulación del delito de agresión sexual, no acaba de ser, a nuestro juicio, más esperanzador ni en orden a evitar la impunidad de los ofensores y la revictimización ni, si tenemos presente la ampliación de la facultad decisoria del juez, en términos de seguridad jurídica y aplicación igualitaria de la ley penal. El tiempo dirá si no se produce además una defraudación de las expectativas creadas por la reforma penal al hilo de la resolución judicial de los nuevos casos. De momento, ya se habría visualizado el malestar social y la gresca política ante los efectos de la revisión de las sentencias de los condenados por abuso y agresión sexual en aplicación de la retroactividad de la ley penal favorable al reo. Detonante de la presentación de la Propuesta de Ley orgánica para la modificación de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en los delitos contra la libertad sexual, Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, del Grupo Parlamentario Socialista¹⁴⁶.

En el allanamiento del camino hacia la erradicación de la violencia sexual que sufre la mujer consideramos más relevante que la norma penal el mecanismo de la sensibilización y concienciación sobre el problema de la violencia sobre la mujer por razón de género de la ciudadanía y en particular por lo que se refiere al sistema de justicia penal de sus profesionales y colaboradores. Se ha de seguir trabajando con estos el significado de la perspectiva de género, cuya implementación, fue ordenada de forma general en la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, habiéndose erigido además en un principio rector de la LOGILS (art. 2. c)¹⁴⁷. Se trataría sencillamente de que con motivo del desarrollo de sus funciones tengan presente en los casos de violencia

¹⁴⁵ El CGPJ publica en su página web los resultados de estas revisiones, si bien no de todas. No se computan tampoco los casos en los que el principio de la ley favorable al reo se aplica en el momento de la condena.

¹⁴⁶ BOCG, CD, Serie B, nº. 318-1, de 17 de febrero de 2023.

¹⁴⁷ Art. 2 c: “Las administraciones públicas incluirán un enfoque de género fundamentado en la comprensión de los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y sus consecuencias en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones de la ley orgánica, y promoverán y aplicarán de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y para el empoderamiento de las mujeres y las niñas”.

sexual la naturaleza y el significado de las relaciones entre hombres y mujeres, determinadas estas por el proceso de construcción social, en orden a identificar, denunciar, eliminar y evitar los sesgos y estereotipos que, en una sociedad construida a lo largo de la historia sobre la dominación del hombre discriminan a la mujer, han dado lugar a una deficiente tutela de los derechos de la mujer. Se lograría así impedir los efectos negativos asociados a la neutralidad del Derecho, haciendo realidad el principio de igualdad de todos ante la ley, y con ello se evitarían resoluciones judiciales difíciles de entender y compartir, sin tener que asumir los costes que en términos de derechos de los ciudadanos implican algunas reformas legislativas. De ahí la transcendencia de otro tipo de medidas no penales establecidas en la LOGILS, y antes en la LOVG, algunas de ellas vitales para la realización de la justicia penal y la no revictimización secundaria de la víctima, que obviamente no puede ser el sujeto objeto de la investigación, pero tampoco la excusa para alterar el sistema de garantías básicas en el orden penal¹⁴⁸.

No querría finalizar sin aludir una vez más a los avances que se han producido en este contexto de la mano de la judicatura. La ausencia de un estudio en profundidad de las sentencias dictadas en este tipo de asuntos no puede ciertamente llevarnos a afirmar que los estereotipos que conforman la cultura de la violación hayan sido o no plenamente desterrados de la práctica forense de forma general -habrá que aceptar en cualquier caso que en el sistema de justicia siempre cabría algún verso suelto que por vía de recurso pudiera llegar a rimar¹⁴⁹ -, pero es de justicia reconocer que la lectura de las sentencias denota que las cosas han cambiado mucho para bien. El propio Tribunal Supremo, como se apuntó, está desarrollando una labor especialmente didáctica en materia de violencia contra la mujer por razón de género. Concluimos con sus palabras contra la cultura de la violación, expresadas en su sentencia nº. 145/2020, de 14 de mayo, (FJ. 2º), con motivo del rechazo en concreto del argumento de la defensa de que la "actitud de la víctima" pudiera legitimar o habilitar de algún modo alguno a los recurrentes para haber llevado a cabo los actos de agresión sexual por los que han sido condenados. Reproducimos íntegramente sus palabras.

"No puede, por ello, hacerse responsables a las mujeres de que por una pretendida "actitud" de la víctima alegada por el autor de una agresión sexual sirva como salvoconducto, o excusa para perpetrar un delito tan execrable como el de una violación, y, además, en este caso grupal.

El agresor sexual no tiene legitimación alguna para actuar, sea cual sea el antecedente o la actitud de la víctima, la cual tiene libertad para vestir, o actuar como estime por conveniente. Y ello, dentro de su arco de libertad para llevar a cabo la relación sexual cuando le parezca, y no cuando lo desee un agresor sexual.

No puede admitirse en modo alguno que el agresor sexual se escude en una pretendida provocación previa de la víctima para consumir la agresión sexual. Y ello no convierte en consentida la relación, como propone el recurrente, en base a la suficiencia de la prueba de que se trató del empleo de violencia o intimidación, por la forma en que se describe el hecho probado y por el carácter de intimidación ambiental del lugar donde se ejecutan los hechos, en el piso de contadores, alejado de cualquier opción de que cualquier vecino pudiera ver el hecho y socorrer a la víctima.

¹⁴⁸ Ampliamente Lloria García, P., "Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del Estado", en *EPC*, 2020, vol. XL, pp. 309-357.

¹⁴⁹ Vid. algunos casos cuestionables en Vicente Martínez, R. de, "El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción", cit., pp. 209-213.

Así, los parámetros de partida que deben observarse en cuanto al alegato de que fue la "actitud de la víctima" lo que provocó el hecho hay que puntualizar lo siguiente:

1. La mujer tiene derecho a vestir como estime por conveniente, o a iniciar una relación con un hombre, sin que por ello deba verse sometida a una coactiva relación sexual.
2. La libertad de la mujer para vestir no legitima a ninguna persona a llevar a cabo una relación sexual inconsciente, y que inicie una relación con alguien no le permite a otras personas forzarle sexualmente.
3. 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 quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin.
4. 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", sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas, que es lo que aquí ocurrió con la presencia de los tres recurrentes.
5. Las interpretaciones subjetivas del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de esta última.
6. No puede alegarse como excusa para tener acceso sexual de que es la víctima la que lo provoca por su forma de vestir o actuar. Esto último no puede manifestarse como "consentimiento", ya que vestir o actuar no equivalen al consentimiento que se exige para dar viabilidad a una relación sexual "consentida", como ha reiterado esta Sala.
7. No existe el consentimiento presunto entendido por el agresor a instancia de la interpretación subjetiva del autor por la forma que viste o actúe la mujer".

BIBLIOGRAFÍA

Acale Sánchez, M., "Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma", en *IgualdadEs*, 2021, nº. 5. <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.5.06>.

- "El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales", en González Cussac, J. L., (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

- "La reforma de los delitos contra la libertad sexual de mujeres adultas: una cuestión de género", en Monge Fernández, A., (dir.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Ed. Bosch, Barcelona, 2019.

- *La violencia sexual de género frente a las mujeres adultas*, Ed. Reus, Madrid, 2019.

Aguado López, S., "Las reformas proyectadas de los delitos contra la 'indemnidad sexual' en las leyes integrales de libertad sexual y de protección de la infancia. Especial referencia a los delitos de 'child grooming' y 'sexting' (artículo 183 ter)", en González Cussac, J. L., (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

Álvarez García, F. J., "La libertad sexual en peligro", en *Diario la Ley*, 2022, nº. 10007.

- Álvarez García, F. J./ Molino Romera, M. del, “Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma”, en Vicente Remesal, J. de/ Díaz y García Conlledo, M./ Paredes Castañón, J. M., et al (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario, Vol. II*, Ed. Reus, Madrid, 2020.
- Asua Batarrita, A., “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Ed. Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, País Vasco, 1998.
- Boldova Pasamar, M. A., “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’”, en *Diario la Ley*, 2019, nº. 9500.
- Burton, E., (ed.), *Global status report on preventing violence against children*, Ed. OMS, Ginebra, 2020.
- Butchart, A./ Mikton, C., (coords.), *Global status report on violence prevention*, Ed. OMS, Ginebra, 2014.
- Cabrera Martín, M., *La victimización sexual de los menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*, Ed. Dykinson, Madrid, 2019. <https://doi.org/10.2307/j.ctvk3gnr5>.
- Carrasco Andrino, M. M./ Moya Fuentes, M. M., “Castración química: ¿Una herramienta de gestión del riesgo para la delincuencia sexual?”, en *EPC 2021*, vol. 41. <https://doi.org/10.15304/epc.41.7607>.
- Caruso Fontán, V., “El hostigamiento callejero como vejación injusta de carácter leve”, en *Diario La Ley*, 2022, nº 10061.
- Reflexiones en torno a la conveniencia de categorizar a los delitos sexuales como agresiones y abusos”, en Abel Souto, M./ Brage Cedán, S. B./ Guinarte Cabada, G./ Martínez-Buján Pérez, C./ Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- “¿Solo Sí es Sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en *Diario La Ley*, 2020, nº. 9594.
- Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- Consejo de Estado, *Dictamen nº. 393/2021*.
- Consejo Fiscal, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*.
- Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*.
- Cuerda Arnau, M. L., “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. Consentimiento viciado”, en Faraldo Cabada, P./ Acale Sánchez, M., (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- Delegación de Gobierno para la Violencia de Género, *Percepción social de la violencia sexual*, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, Madrid, 2018.

- Díaz y García Conlledo, M./ Trapero Barreales, M. A., “Reforma delitos sexuales y convenio de Estambul”, en Pérez Manzano *et al.* (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM, Madrid, 2020.
- Díez Ripollés, J. L., “Alegato contra un Derecho penal sexual identitario”, en *RECPC*, 2019, nº. 21-10.
- “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Díez Ripollés, J. L./ Romeo Casabona, C. M., *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2004.
- “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en *RDPCrUNED*, 2000, nº. 6.
- Esquinas Valverde, P., “El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (art. 181 CP)”, en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde, P., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- Faraldo Cabana, P., “Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género”, en Monge Fernández, A., (dir.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Ed. Bosch, Barcelona, 2019. <https://doi.org/10.2307/j.ctvq2w28r.12>.
- “La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión”, en *RDPCrUNED*, 2019, nº. 22.
- Faraldo Cabana, P./ Ramón Ribas, E., “La sentencia de la manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España”, en Faraldo Cabada, P./ Acale Sánchez, M., (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género*, 2014. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/PolicyPaperOnSexualAndGender-BasedCrimesSpa.pdf> (consulta 28 de febrero de 2023).
- Gallardo Pauls, B., “Sicofantas en red: el discurso del populismo punitivo”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2018, nº. 77.
- Gancedo, Y./ Sanmarco, J./ Selaya, A./ González-Dapía, A./ Novo, M., “Estudios de los efectos de los mitos sobre las agresiones sexuales en la verosimilitud de una víctima-denunciante de una agresión sexual”, en *Acción Psicológica*, 2021, vol. 18, nº. 1.
- García Rivas, N./ Tarancón Gómez, P., “Capítulo 17: Agresión y abusos sexuales”, en Álvarez García, J., (dir.) *Tratado de derecho penal español. Parte especial 1. Delitos contra las personas* (3ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 1/2015 y las LO 1 y 2/2019), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- Gil Cabrera, M., *Factores de inicio y desistimiento delictivo en delincuentes sexuales encarcelados*, tesis doctoral leída en la Universidad de Barcelona, 2020.
- Gil Gil, A./ Núñez Fernández, J., “A propósito de “La Manada”: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2018, nº. 77.
- Gili Pascual, A., “‘Stealthing’: Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual”, en *CPC*, 2021, nº. 131.

- González Guerra, C. M., *Allanar la voluntad. Delimitación de la intimidación como medio coactivo en los delitos sexuales*, tesis doctoral leída en la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2011.
- González Tascón, M. M., “La victimización sexual de las personas menores de edad: prevalencia y consecuencias del abuso sexual infantil”, en González Tascón, M. M. (coord.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual. Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- “Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas,” en *RECPCR*, 2020, nº. 22-10.
- “El mecanismo de respuesta penal frente al delincuente sexual imputable: del favorecimiento de la ideología inocuizadora en detrimento del tratamiento resocializador”, en Roca Agapito, L., (dir.), *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- González Rus, J. J., “Propuesta de un nuevo enfoque sobre la regulación de las agresiones sexuales”, en Abel Souto, M./ Brage Cedán, S. B./ Guinarte Cabada, G./ Martínez-Buján Pérez, C./ Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- González-Pereira, S./ Martínez-Catena, A/. Pozuelo, F./ Ruíz, A./ Soler, C./ Martínez, M./Pérez, M./ Redondo, S., “Actualidad y futuro del tratamiento y la reinserción socia de los delincuentes sexuales”, en *CPC*, nº. 131.
- Grupo de Estudios de Política Criminal, *Comunicado sobre la reforma de las agresiones y abusos sexuales*, 2021.
- Guisasola Lerma, C., “Acerca del movimiento de reforma de los delitos sexuales: el papel del consentimiento de la víctima”, en Abel Souto, M./ Brage Cedán, S. B./ Guinarte Cabada, G./ Martínez-Buján Pérez, C./ Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- Jericó Ojer, L., “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, *Boletín Comisión de Violencia de Género. Delitos contra la Libertad Sexual. Anteproyecto de Ley Orgánica. Juezas y Jueces para la Democracia*, 2020, nº. 11.
- “Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal”, en Monge Fernández, A., (dir.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Ed. Bosch, Barcelona, 2019.
- Lascuraín Sánchez, J. A., “Las huellas de la manada”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2018, nº. 77.
- Llobet Anglí, M., “Restricciones político-criminales y dogmáticas en el punitivismo de género. En especial, consentimiento, adecuación social y acoso sexual”, en Fernández Teruelo, J. G./ Fonseca Fortes-Furtado, R. H., *Violencia de género: retos pendientes y nuevos desafíos*, Ed. Aranzadi, 2021.
- Lloria García, P., “Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del Estado”, en *EPC*, 2020, vol. XL. <https://doi.org/10.15304/epc.40.6503>.
- Luzón Peña, D-M., “El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión solo de la tipicidad penal”, en Fernández Teruelo, J. G., (dir.), *Estudios penales*

en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Ed. Constitutio Criminalis Carolina, 2012.

Malón Marco, A., *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

Manzanares Samaniego, J. L., “El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, en *Diario La Ley*, 2021, nº. 10143.

Marín de Espinosa Ceballos, E. M., “Análisis crítico del delito de prostitución de adultos: una propuesta de reforma”, en *CPC*, 2022, nº. 136.

-“Por qué es innecesaria e inconveniente una ley integral en garantía de la libertad sexual”, en *La Ley Penal*, 2021, nº. 150.

-“Reflexiones sobre el concepto de intimidación a propósito de la sentencia de ‘La Manada’”, en Vicente Remesal, J. de/ Díaz y García Conlledo, M./ Paredes Castañón, J. M., *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario, Vol. II*, Ed. Reus, Madrid, 2020.

Martín Fernández, N., *Análisis del delito de agresión sexual desde una perspectiva ambiental: patrones espacio-temporales, conductas de movilidad del infractor y características del escenario del crimen ubicados en espacio público urbano*, tesis doctoral leída en la Universidad del País Vasco, 2016.

Maqueda Abreu, M. L., “Como construir «víctimas ficticias» en nombre de las libertades sexuales de las mujeres”, *Viento Sur*. Disponible en <https://vientosur.info/como-construir-victimas-ficticias-en-nombre-de-las-libertades-sexuales-de-las-mujeres/> (consulta 16-09-2022).

-“La “prostitución forzada” es una forma agravada de agresión sexual: propuesta para una reforma imprescindible”, en Vicente Remesal, J. de/ Díaz y García Conlledo, M./ Paredes Castañón, J. M., *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario, Vol. II*, Ed. Reus, Madrid, 2020.

Mata Barranco N. de la, “Aspectos penales de la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual (I, II y III)”, en <https://almacenederecho.org/>, octubre de 2022 (consulta 10 de noviembre de 2022).

-“Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”, en *RECPC*, 2019, nº. 21-22.

Ministerio de Igualdad/ Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, *Memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual*.

Monge Fernández, A., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio (‘Solo sí es sí’)”, en Abel Souto, M./ Brage Cedán, S. B./ Guinarte Cabada, G./ Martínez-Buján Pérez, C./ Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

-“Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz del caso ‘la manada’ ‘solosí es sí’”, en Monge Fernández, A., (dir.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Ed. Bosch, Barcelona, 2019.

Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, 24ª ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 4/2022, 6/2022, 9/2022, 10/2022 y 11/2002, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

- “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso «La Manada»”, en *RP*, 2019, nº. 43.
- Núñez Fernández, J., “La evidencia empírica sobre las consecuencias de la agresión sexual y su incorporación al análisis jurídico”, en *RDPCrUNED*, 2009, nº. 1.
- Pérez Alonso, E., “Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales”, en *InDret*, 2019, nº. 3.
- Pozuelo Pérez, L., “La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetas, clientes y violación de personas prostituidas”, en *InDret*, 2022, nº. 1. <https://doi.org/10.31009/InDret.2022.i1.04>.
- Presno Linera, M. A., “Proceso penal y proceso social. (A propósito del caso ‘La Manada’)”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2018, nº. 77.
- Ramírez Ortiz, J. L., “¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal? En defensa de una ley menos «integral»”, en *IgualdadEs*, 2021, nº. 5. <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.5.07>.
- Ramón Ribas, E., “La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales”, en Faraldo Cabada, P./ Acale Sánchez, M., (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- Sánchez-Ostiz, P., “Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en el parte especial del Código Penal español”, en *RECPC*, 2022, nº. 24.
- Sanz Morán, A. J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1996.
- Serrano González de Murillo, J. L., *El concurso de normas y el concurso de delitos en el libro II del Código penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017.
- Tomé García, J. A., “La ley del «solo sí es sí»: consentimiento sexual y carga de la prueba”, en *La Ley Penal*, 2022, nº. 159.
- Torres Fernández, M. E., “Perspectiva de género y delitos contra la libertad sexual”, en *RGDP*, 2021, nº. 35.
- “Suministro de drogas a otra persona para anular su voluntad con fines delictivos: ¿mito o realidad?. La llamada sumisión química en Derecho penal: Especial referencia a los delitos sexuales”, en *EPC*, 2019, vol. XXXIX.
- Vicente Martínez, R. de, “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, en Faraldo Cabada, P./ Acale Sánchez, M., (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- Villacampa Estiarte, C., “Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal”, en *Polít. Crim.*, 2020, vol. 15, nº. 29. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992020000100047>.