

# LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA LEY DEL «SOLO SÍ ES SÍ»

## CLAVES DE LA POLÉMICA

### **Dirección**

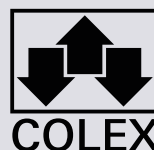
Pastora García Álvarez  
Viviana Caruso Fontán

### **Coordinación**

Marta Rodríguez Ramos



eBook en [www.colex.es](http://www.colex.es)







## ¡Gracias por confiar en Colex!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

# Funcionalidades eBook



**Acceso desde cualquier dispositivo**



**Idéntica visualización a la edición de papel**



**Navegación intuitiva**



**Tamaño del texto adaptable**

Puede descargar la APP «Editorial Colex» para acceder a sus libros y a todos los códigos básicos actualizados.



Síguenos en:





# **LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA LEY DEL «SOLO SÍ ES SÍ»**

Claves de la polémica



# LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA LEY DEL «SOLO SÍ ES SÍ»

Claves de la polémica

## **Directoras**

Pastora García Álvarez

Viviana Caruso Fontán

## **Coordinadora**

Marta Rodríguez Ramos

COLEX 2023

**Copyright © 2023**

**Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos ([www.cedro.org](http://www.cedro.org)) garantiza el respeto de los citados derechos.**

**Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.**

**Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web [www.colex.es](http://www.colex.es) un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.**

© Pastora García Álvarez  
© Viviana Caruso Fontán  
© Marta Rodríguez Ramos

© Editorial Colex, S.L.  
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)  
A Coruña, C.P. 15004  
[info@colex.es](mailto:info@colex.es)  
[www.colex.es](http://www.colex.es)



# SUMARIO

## PRESENTACIÓN

Presentación .....	15
--------------------	----

## EL PRECIO DE UNA REFORMA PENAL FRUTO DE LA PRESIÓN SOCIAL

*Pastora García Álvarez*

1. Introducción .....	17
2. El caso «La Manada» .....	18
2.1. Hechos probados .....	20
2.2. Sentencia 38/2018, de la Audiencia Provincial de Pamplona, de 20 de marzo de 2018, y voto particular del magistrado D. Ricardo Javier González González .....	23
2.3. Sentencia 8/2018, de 30 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal. Pamplona/Iruña .....	30
2.4. Sentencia 344/2019, de 4 de julio, del Tribunal Supremo .....	35
3. Trascendencia social y cobertura mediática del caso .....	39
4. Repercusión del caso de «La Manada» en la reforma de los delitos de abuso y agresiones sexuales introducida por la LO 10/2022 .....	44
5. Del <i>No es no</i> al <i>Solo sí es sí</i> . Reflexión final .....	52
6. Bibliografía .....	54

## UNA VUELTA ALREDEDOR DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO VIII DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL RUBRICADO «DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL»

*María Marta González Tascón*

1. Consideraciones previas .....	57
2. Aproximación al debate sobre el bien jurídico protegido en el Título VIII del Libro II del Código Penal .....	66
2.1. Consideraciones básicas sobre la noción de bien jurídico penal .....	66
2.2. La sexualidad humana en la sociedad actual: una mirada desde el Derecho .....	68

## SUMARIO

2.3. Precisiones sobre el bien jurídico penal . . . . .	73
2.3.1. La defensa de la libertad sexual . . . . .	73
2.3.2. La defensa de la indemnidad sexual. . . . .	78
2.3.3. Las aportaciones realizadas desde el feminismo . . . . .	86
3. Bibliografía . . . . .	89

### **REQUIEM POR LOS ABUSOS SEXUALES**

*Viviana Caruso Fontán*

1. El descrédito de los abusos sexuales . . . . .	95
2. El origen de las figuras . . . . .	102
3. Sobre la relevancia del uso de violencia e intimidación. . . . .	104
4. El consentimiento y el bien jurídico protegido . . . . .	108
5. La contrarreforma . . . . .	110
6. Conclusiones. . . . .	111
7. Bibliografía. . . . .	112

### **LOS DELITOS SEXUALES EN LA FICCIÓN: A PROPÓSITO DE LA DIFICULTAD PARA HACER PIVOTEAR SOBRE EL CONSENTIMIENTO LA DEFINICIÓN DE LAS AGRESIONES SEXUALES**

*Viviana Caruso Fontán*

1. Introducción . . . . .	115
2. El problema del consentimiento en anatomía de un escándalo. . . . .	119
2.1. Los ejemplos que nos ofrece la serie de televisión . . . . .	119
2.2. El consentimiento en las relaciones sexuales bajo el prisma de la legislación inglesa . . . . .	120
2.3. El consentimiento en las relaciones sexuales bajo el prisma de la legislación española. . . . .	125
3. La ficción como instrumento de creación de la opinión pública . . . . .	130
4. Conclusiones. . . . .	132
5. Bibliografía . . . . .	132

### **LA SUMISIÓN QUÍMICA EN LOS DELITOS SEXUALES ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY DEL *SOLO SÍ ES SÍ***

*Beatriz Escudero García-Calderón*

1. Introducción . . . . .	137
2. Sumisión química <i>versus</i> vulnerabilidad química. . . . .	140

## SUMARIO

3. La discusión acerca de la calificación jurídica de la sumisión química antes de la Ley del <i>Solo sí es sí</i> . . . . .	144
3.1. La sumisión química como abuso sexual . . . . .	147
3.2. La sumisión química como agresión sexual . . . . .	148
4. El fin de la discusión: la sumisión química como abuso sexual tras la reforma de 2010 . . . . .	153
5. La sumisión química tras la reforma de la Ley del <i>Solo sí es sí</i> . . . . .	155
5.1. El incremento de las voces doctrinales en contra de la sumisión como abuso sexual . . . . .	155
5.2. La nueva regulación operada por LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual. . . . .	158
5.3. Las equiparaciones penológicas en la nueva regulación . . . . .	161
5.4. Breve referencia a la contrarreforma del PSOE. . . . .	164
5.5. Recapitulación de las consecuencias del nuevo tratamiento de la sumisión y la vulnerabilidad químicas . . . . .	165
6. Bibliografía . . . . .	168

## **AGRESIÓN SEXUAL POR PARTE DEL CÓNYUGE, PAREJA O EXPAREJA DE LA VÍCTIMA**

*Justa Gómez Navajas*

1. Introducción . . . . .	173
2. La agresión sexual por el cónyuge, pareja o expareja de la víctima . . . . .	177
3. Tipo agravado de agresión sexual a la esposa, pareja con análoga relación de afectividad o expareja (art. 180.1. 4.ª CP) . . . . .	181
3.1. El tipo agravado del art. 180.1.4.ª CP . . . . .	181
3.2. La inexistencia y obsolescencia del débito conyugal . . . . .	184
3.3. La esposa o pareja con análoga relación de afectividad como sujeto pasivo del delito de agresión sexual . . . . .	188
3.4. ¿Qué se entiende por «análoga relación de afectividad»? . . . . .	190
3.5. ¿Tiene sentido agravar la pena si el agresor es la expareja de la víctima? . . . . .	192
3.6. Posibilidad de concursos con otros delitos. . . . .	193
4. Tipo agravado de agresión sexual a menor pareja o expareja del autor [art. 181.4. d) CP]. . . . .	193
5. Cuestiones procesales . . . . .	194
5.1. La importancia del testimonio de la víctima . . . . .	194
5.2. Denuncias falsas . . . . .	195
5.3. Denuncias tardías . . . . .	195
6. Conclusiones. . . . .	196
7. Bibliografía. . . . .	198

**ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS EMPLEADOS PARA NEGAR  
LA APLICACIÓN DEL DELITO CONTINUADO EN LAS VIOLACIONES  
EN GRUPO: REFLEXIONES AL HILO DEL CASO «LA MANADA»**

*Jara Bocanegra Márquez*

1. El caso «La Manada»: origen de discusiones y reformas penales . . . . .	203
2. Delito continuado de violación en contextos grupales con intercambio de roles: ¿sí o no? . . . . .	207
2.1. Origen, evolución y estado actual de la doctrina jurisprudencial . . . . .	207
2.2. Argumentos empleados para negar la aplicación del delito continuado . .	212
2.2.1. Los medios comisivos violencia y/o intimidación como impedimento para la apreciación de la continuidad delictiva en la antigua agresión sexual . . . . .	213
a) La afectación a bienes jurídicos eminentemente personales . . . .	213
b) La posibilidad de individualizar las diversas acciones típicas . . . .	215
c) La gravedad de las conductas típicas (especialmente en la violación) . . . . .	217
2.2.2. La pluralidad de sujetos activos en el acceso carnal grupal como impedimento para apreciar la continuidad delictiva . . . . .	218
a) La diversidad de títulos de imputación (autoría/ participación) de cada acción típica a cada interviniente . . . . .	218
b) La circunstancia fáctica del cambio en la persona que realiza el coito en cada acción típica . . . . .	225
3. A modo de reflexión . . . . .	227
4. Bibliografía . . . . .	228

**AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE  
16 AÑOS TRAS LA REFORMA DE 2022**

*Carmen López Peregrín*

1. Introducción . . . . .	231
2. El problema del bien jurídico protegido . . . . .	232
3. El delito de agresión sexual a menor de 16 años (art. 181 CP) . . . . .	237
3.1. Cuestiones previas: la supresión de la distinción agresión/abuso y la definición de consentimiento . . . . .	237
3.2. El tipo básico de agresión sexual a menores de 16 años (art. 181.1 CP) . .	242
3.3. Tipos cualificados . . . . .	245
3.3.1. El tipo cualificado del art. 181.2 CP . . . . .	245
3.3.2. El tipo cualificado del art. 181.3 CP . . . . .	250
3.3.3. Los tipos cualificados del art. 181.4 CP . . . . .	253
3.3.4. El tipo cualificado del art. 181.5 CP . . . . .	260
3.4. Tipo subjetivo . . . . .	260
4. El delito de hacer presenciar al menor de 16 años actos de carácter sexual . .	261

## SUMARIO

5. Los delitos de contacto telemático con menor de 16 años . . . . .	263
6. La cláusula del art. 183 bis CP . . . . .	264
7. Conclusiones . . . . .	266
8. La Proposición de Ley Orgánica de 2023 . . . . .	267
9. Bibliografía . . . . .	269

### **ANÁLISIS DE TRES DE LAS MODIFICACIONES A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL (LO 10/2022, 6 DE SEPTIEMBRE)**

*Nuria Torres Rosell*

1. Notas previas. . . . .	275
2. Breves reflexiones sobre algunas de las modificaciones procesales introducidas por la LO 10/2022 . . . . .	276
2.1. ¿Ley de garantía integral de la libertad sexual? O ¿Ley de garantía integral de la libertad sexual de las mujeres, niños, niñas y adolescentes? . . . . .	276
2.2. De nuevo el deber de denunciar . . . . .	278
2.3. Nuevos delitos de persecución condicionada. . . . .	279
2.4. Ampliación del contenido de la restitución como pretensión civil acumulable al proceso penal: la declaración de nulidad del matrimonio contraído forzosamente . . . . .	280
2.5. La acreditación de la condición de víctima. . . . .	284
3. Tres modificaciones directas de la LECr. . . . .	285
3.1. Modificación del artículo 13 LECr: la nueva Primera Diligencia . . . . .	286
3.2. Modificación del art. 112 LECr: la revocabilidad de la renuncia a la acción civil <i>ex delicto</i> . . . . .	293
3.2.1. Régimen procesal de la pretensión civil ejercida en el proceso penal . . . . .	294
3.2.2. Admisibilidad y eficacia de los actos de causación respecto de la pretensión civil acumulada al proceso penal. Especial atención a la renuncia . . . . .	297
3.2.3. Las causas de revocabilidad de la renuncia . . . . .	302
a) Que el dañado o perjudicado considere que las consecuencias del delito son más graves que las que se preveían en el momento en que se renunció al derecho a la reparación o indemnización . . . . .	302
b) La petición del dañado o perjudicado de revocación de la renuncia fundada en que su renuncia estuvo condicionada por la relación de la víctima con alguna de las personas responsables del delito . . . . .	307
3.2.4. Los presupuestos y requisitos para autorizar la revocación de la renuncia. . . . .	308
3.2.5. Una quiebra de la igualdad de partes. . . . .	310

## SUMARIO

3.3. La ¿nueva? causa de inadmisión de preguntas en el interrogatorio de la víctima-testigo. La modificación del art. 709 LECr y su incidencia en la prueba del consentimiento o de su ausencia en los procesos por delitos contra la libertad sexual . . . . .	311
4. Addenda. La posible reforma procesal que se avanza en la proposición de Ley Orgánica para la modificación de la LO 10/2022: la ampliación de la competencia objetiva y funcional de los juzgados de lo penal . . . . .	320
5. Bibliografía . . . . .	323

### **AVANCES EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIAS SEXUALES EN ESPAÑA ¿CÓMO HACERLA EFECTIVA EN EL MARCO DE LA LEY INTEGRAL PARA LA GARANTÍA DE LA LIBERTAD SEXUAL?**

*Manuel José García Rodríguez*

1. Introducción . . . . .	331
2. La información de las víctimas de violencias sexuales como garantía de acceso a la justicia . . . . .	334
3. Hacia una mejora de la protección a las víctimas de violencias sexuales: ¿qué nuevas medidas se prevén para hacerla efectiva? . . . . .	337
4. La asistencia y reparación integral a las víctimas por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la violencia sexual . . . . .	344
4.1. La asistencia a las víctimas durante su tránsito por el proceso judicial . . . . .	344
4.2. ¿Cómo hacer efectiva la reparación integral a las víctimas en el ámbito de las violencias sexuales? . . . . .	346
5. La necesaria formación de los profesionales para garantizar los derechos de las víctimas ante las violencias sexuales. . . . .	351
6. A modo de conclusión . . . . .	354
7. Bibliografía. . . . .	356

### **ACIERTOS Y DESACIERTOS DE LA REFORMA DE LOS DELITOS SEXUALES**

*Eduardo Ramón Ribas*

1. La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: contenido penal. . . . .	359
2. La desaparición de los abusos sexuales como consecuencia de su «transformación» en agresiones sexuales. ¿Acierto o desacierto? . . . . .	362
2.1. A las cosas (a los hechos) hay que llamarlas (hay que llamarlos) por su nombre. Violación de menores de edad . . . . .	362
2.2. Lo principal y lo accesorio . . . . .	365
2.3. Significación de la violencia y la intimidación en la nueva regulación de los delitos sexuales . . . . .	368
2.4. Crítica a las críticas que denuncian que se produce una injusta equiparación de conductas manifiestamente desiguales o, incluso, un sabotaje al Derecho . . . . .	371

## SUMARIO

3. La definición del consentimiento sexual: ¿acierto o desacierto? . . . . .	377
3.1. ¿Está la libertad sexual en peligro como consecuencia de la definición del consentimiento? . . . . .	378
3.1.1. La durísima crítica de ÁLVAREZ GARCÍA . . . . .	378
3.1.2. Actos y circunstancias. La construcción del consentimiento. . . . .	383
3.2. Prevención general positiva o pedagogía social. Quien calla, no otorga . .	387
3.3. ¿Está en peligro el principio de presunción de inocencia? . . . . .	388
3.4. Resumen. ¿Era necesaria la definición del consentimiento sexual? ¿Era conveniente? ¿Pone en peligro la libertad sexual? ¿Destruye la presunción de inocencia? . . . . .	391
4. La regulación de los delitos de agresiones sexuales a menores de edad. Aciertos y desaciertos . . . . .	392
4.1. La distinción entre agresiones sexuales consentidas y agresiones sexuales no consentidas. Sin duda, un acierto . . . . .	392
4.2. La violencia e intimidación en los delitos de agresiones sexuales a menores de edad . . . . .	394
4.3. La destipificación de los atentados sexuales fraudulentos a menores de 16 y 17 años . . . . .	395
5. El revisionismo irreflexivo. El polémico régimen de penas de la Ley del <i>Solo sí es sí</i> . . . . .	396
5.1. Los cambios introducidos por la reforma . . . . .	396
5.2. Las penas en el caso de víctimas menores. . . . .	397
5.3. La Disposición transitoria quinta del Código Penal. . . . .	398
5.4. La individualización de la pena y la revisión de la condena a la luz de la nueva regulación . . . . .	400
6. Algunos desaciertos por omisión . . . . .	402
6.1. El delito continuado de agresión sexual . . . . .	402
6.2. Consentir el estado de prostitución o corrupción de menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección por parte de quien las tiene bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento . . . . .	404
7. Bibliografía. . . . .	405

### **ASESINATO HIPERCUALIFICADO DEL ARTÍCULO 140.1 CP («QUE EL HECHO FUERA SUBSIGUIENTE A UN DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL QUE EL AUTOR HUBIERA COMETIDO SOBRE LA VÍCTIMA»)**

*M.ª del Valle Sierra López*

1. Introducción . . . . .	411
2. Justificación de la circunstancia. . . . .	413
3. Hecho «subsiguiente»: cuestiones de espacio y tiempo . . . . .	417
4. «Delito contra la libertad sexual» . . . . .	420

## SUMARIO

5. «Que el autor hubiere cometido sobre la víctima» . . . . .	423
6. La especial vulnerabilidad de la víctima . . . . .	424
7. Relación entre la circunstancia 4. <sup>a</sup> del artículo 139.1 (Matar para facilitar o para evitar que se descubra) y la 2. <sup>a</sup> del artículo 140.1 (Muerte subsiguiente a un delito contra la libertad sexual) . . . . .	429
8. Conclusiones. . . . .	434
9. Bibliografía . . . . .	437



# PRESENTACIÓN

Dentro de la normativa jurídico-penal, la legislación en materia de delitos sexuales es, probablemente, aquella que resulta más sensible a los cambios sociales y políticos. Buena prueba de ello es la intensa evolución que ha venido sufriendo desde que, en el año 1822, España tuviera su primera y breve aventura codificadora. Por aquel entonces se trataba de proteger una forma de vida en la que estaban enraizadas las buenas costumbres católicas: fueron tiempos en los que el término «honestidad» sirvió para resumir y presentar todo lo que se consideraba valioso en el ámbito sexual. Era preciso preservar un «estado de cosas» en el que la mujer debía ser, primero, una doncella de acreditada honestidad y, luego, esposa y madre de intachable conducta. En consecuencia, la normativa sobre los delitos sexuales estaba llamada a castigar todos aquellos comportamientos que atentaran contra esa forma de vida. Numerosos son los ejemplos que ilustran aquel estado de cosas: desde la regulación del adulterio, pasando por la configuración del estupro por prevalimiento, hasta la existencia misma del delito de rapto impropio.

La interpretación que de las normas penales realizaron la jurisprudencia y la doctrina tampoco dejó de estar a la altura de las expectativas de la época, negando la posibilidad de que se verificara una violación dentro del matrimonio y exigiendo que la resistencia de la mujer frente a la imposición por la fuerza de comportamientos sexuales tuviera que ser «seria, constante y efectiva», de forma que cualquier atisbo de cesión frente a lo inevitable tuviera que ser visto como un consentimiento voluntario por su parte.

Tales interpretaciones y expectativas, afortunadamente, se fueron superando y ahora podemos, incluso, observarlas con cierta incredulidad, ignorando o mirando con cierta ligereza la lucha que debió librarse para lograr un cambio tan significativo. Pero, si bien hasta hace algún tiempo no quedaba duda de que lo que debía protegerse en el ámbito de los delitos sexuales era la libertad de la que debían gozar los individuos para desarrollar su sexua-

lidad, la reforma experimentada recientemente por la legislación en esta materia podría volver a abrir el debate. Suele suceder que, cuando una lucha es muy intensa, resulta difícil establecer la meta de llegada; tal vez eso sea lo que está sucediendo en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, ámbito en el que, tras los inmensos logros obtenidos en 1995, podríamos estar siendo testigos de decisiones que parecen ponerlos en duda.

La ley del «Solo sí es sí» lleva a cabo una profunda reforma de los delitos sexuales que obliga a una reflexión sosegada sobre los mismos. Por esta razón, el objeto de esta obra es, tras un análisis exhaustivo del caso que dio el pistoletazo de salida a esta ley, exponer los estudios realizados por un grupo de profesores de Derecho penal sobre los aspectos que hemos entendido más destacables de la reforma, entre los que se encuentran la desaparición de la categoría delictiva de los abusos sexuales y la consiguiente transformación de todo acto de carácter sexual realizado sin el consentimiento del sujeto pasivo en agresión sexual; la nueva configuración del consentimiento y la creación de los tipos cualificados por la utilización de psicóticos y narcóticos, así como por la existencia de una relación de pareja entre los sujetos implicados. Además, teniendo en cuenta que el verdadero campo de pruebas de una ley lo constituye su aplicación por los Tribunales de Justicia, lo anterior se completa con el análisis de las repercusiones de algunas de estas reformas en el ámbito procesal, cuestión que no es baladí. Y, como no podemos olvidar a las verdaderas destinatarias de esta reforma integral, también es objeto de estudio cómo las reformas introducidas contribuyen a mejorar la protección de las víctimas de los delitos sexuales. Para finalizar, y con la idea de que el lector pueda obtener una visión general de lo que esta ley ha supuesto en la materia, se efectúa un análisis recapitulatorio en el que se exponen tanto los puntos fuertes como aquellos más cuestionables de la nueva regulación.

No podemos terminar sin transmitir públicamente nuestro agradecimiento a todos los compañeros que han aceptado participar en esta obra, así como a la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, por la concesión de ayudas económicas que hacen posible la realización de este tipo de actividades, fundamentales tanto a nivel académico como social. Solo esperamos contribuir al debate en una materia de gran impacto social; debate informado que esperamos que trascienda a las aulas y llegue a la ciudadanía. Porque no cabe duda de que una sociedad mejor informada es siempre una sociedad más difícil de manipular.

Sevilla, 12 de diciembre de 2022

**Profa. Dra. Pastora García Álvarez**  
**Profa. Dra. Viviana Caruso Fontán**

*Área de Derecho penal. Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla*

# EL PRECIO DE UNA REFORMA PENAL FRUTO DE LA PRESIÓN SOCIAL

Pastora García Álvarez<sup>1</sup>

*Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla*

## 1. Introducción

Aunque no sea, desde luego, la primera vez que ocurre, la reforma introducida por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (a partir de ahora LO 10/2022) en sede de delitos sexuales constituye, sin duda alguna, un claro ejemplo de cómo nuestro legislador interviene a golpe de casos con gran repercusión mediática; casos utilizados, además y como no podía ser de otra forma en los tiempos que corren, como instrumentos de rédito político<sup>2</sup>.

Me refiero, en esta ocasión, al conocido como caso de «La Manada»<sup>3</sup>, en el que se juzgaron unos hechos de carácter sexual cuya calificación como delitos sexuales, o como delitos sexuales específicamente de una determinada tipología, no fue pacífica jurisprudencialmente y sobre los que —por decirlo de forma sutil— planeó la duda de si la opinión pública y los juicios sociales paralelos pudieron repercutir en las sentencias dictadas por las distintas instancias judiciales.

---

1 Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo Interuniversitario e Interdisciplinario de Investigaciones sobre la Criminalidad (SEJ678) y del Proyecto de Investigación PID2020-117403RB-100 sobre «Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos».

2 Ya que como advertía FUENTES OSORIO en el año 2005, «no sólo es que haya una presión pública sobre la clase política, sino que ésta es utilizada por cada partido para garantizarse el éxito electoral». Cfr. FUENTES OSORIO, J. L.: «Los medios de comunicación y el Derecho penal», en *RECPC*, 07-16, 2005, <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf> (última consulta: 29 de agosto de 2022).

3 Se le denominó así por ser «La Manada» el nombre del grupo de WhatsApp que los cinco acusados mantenían con más integrantes y a través del cual contaron los hechos ocurridos en Pamplona el 7 de julio de 2016 a los que no estuvieron presentes en los mismos.

En este trabajo, tras sintetizar los hechos probados<sup>4</sup> y exponer las cuestiones argumentales conflictivas que en cada una de ellas se suscitaron<sup>5</sup>, analizaré cómo, a raíz de la respuesta social que generaron y su cobertura por los medios de comunicación, estos hechos han terminado teniendo un reflejo palmario en el nuevo tenor legal que la LO 10/2022 ha otorgado a algunos de los delitos contra la libertad sexual del Título VIII del Libro II del Código penal (en adelante, CP); y expondré las evidencias del error que, desde mi punto de vista, supone esta forma de proceder del legislador.

Empecemos por el principio.

## 2. El caso «La Manada»

En este caso se juzgó a cinco varones por unas relaciones sexuales mantenidas en grupo con una joven durante la fiesta de San Fermín en Pamplona la madrugada del 7 de julio de 2016. Su punto clave residió en determinar si se trataron de unas relaciones sexuales válidamente consentidas por la denunciante o si, por el contrario, no lo fueron o bien el consentimiento por ella prestado había de entenderse, por la forma en la que se desarrollaron los hechos, como un consentimiento viciado.

Así, si bien los hechos de carácter sexual fueron calificados inicialmente tanto por el Ministerio Fiscal como por la Acusación particular y la Acusa-

---

4 Todas las sentencias analizadas en el trabajo han sido consultadas en la base de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/>.

5 Si bien no entro a valorar lo acertado o incorrecto de las distintas decisiones jurisprudenciales adoptadas. Para un análisis específico de las resoluciones dictadas en el caso de «La Manada» pueden consultarse, entre otros: 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»», *Diario La Ley*, n.º 9500, 2019; CARUSO FONTÁN, M. V.: «¿Solo Sí es Sí? La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en *Diario La Ley*, n.º 9594, 2020; FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M. (dir): *La Manada un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, 2018; GIL GIL, A. y NUÑEZ 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*, n.º 77, 2018, pp. 4-15; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A.: «Las huellas de «La Manada»», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 77, 2018, pp. 16-21; MONGE FERNÁNDEZ, A.: Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz del caso «La Manada» («sólo sí es sí»), en Javier Parrilla Vergara (coord.) y Antonia Monge Fernández (dir.): *Mujer y Derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2019, pp. 339-370; y 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 *Revista Criminalia*, Año LXXXVI-1, vol. 86, n.º 1 (2020), <https://www.criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/article/view/28>.

ción popular<sup>6</sup> como cinco delitos de agresión sexual de los en ese momento vigentes artículos 178, 179, 180.1.1.º y 2.º, 192<sup>7</sup> y 74 CP, tal calificación no se correspondió con los hechos que se consideraron acreditados en primera instancia, además de que no todos los magistrados estuvieron conformes con el fallo finalmente adoptado. Esto llevó a uno de ellos a formular un voto particular en el que solicitaba la libre absolución de los condenados.

En efecto, si bien la Audiencia Provincial de Pamplona dictó sentencia el 20 de marzo de 2018 en virtud de la cual se absolvió a los procesados por el delito continuado de agresión sexual solicitado por las acusaciones, condenó a los imputados por dichos hechos<sup>8</sup> como autores de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento del entonces vigente artículo 181.3 CP, en el subtipo agravado del número 4, a la pena de nueve años de prisión<sup>9</sup>. Por su parte, el magistrado D. Ricardo Javier González González formuló frente a este pronunciamiento voto particular en el que, coincidiendo con la solicitud de libre absolución de los cinco imputados por el delito continuado de agresión sexual, discrepó de la admisibilidad de la condena por la Audiencia en su sentencia mayoritaria por un delito diferente a aquél que había sido solicitado por las acusaciones, lo que le llevó a concluir que deberían haber sido absueltos de todo cargo por tales hechos de contenido sexual.

Esta sentencia de la Audiencia sería confirmada por la 8/2018, de 30 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal), órgano que resolvió el recurso de apelación (7/2018) contra aquella interpuesto. Posteriormente, frente a esta última sentencia se interpuso recurso de casación (n.º 396/2019), resuelto por el Tribunal Supremo por sentencia 344/2019, de 4 de julio, en virtud de la cual se terminó sancionando a los acusados por los hechos sexuales acreditados por un delito continuado

---

6 Ejercida tanto por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra como por el Excelentísimo Ayuntamiento de Pamplona.

7 Todos estos artículos del Título VIII del Libro II se han visto afectados por la LO 10/2022.

8 Ya que a uno de los acusados se le condenó también como autor de un delito leve de hurto, del artículo 234.2 CP. Por otra parte, tanto el Ministerio Fiscal como la Acusación particular y las Acusaciones populares solicitaban para todos los imputados la condena por el delito contra la intimidad previsto y penado en el artículo 197.1 y 5 CP. Acusación ésta que la Audiencia no admitió.

9 A todos ellos se le impuso como pena accesoria la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y el pago de una tercera parte de las costas procesales. También se les impuso la prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que fuera por ella frecuentado a una distancia inferior a los quinientos metros; así como la de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante quince años. Así mismo se les impuso cinco años de libertad vigilada. Y en el ámbito de la responsabilidad civil se les condenó a indemnizar conjunta y solidariamente a la denunciante en la cantidad de 50.000 euros y en la de 1.531,37 euros al Servicio Navarro de Salud Osasunbidea que la atendió la noche de autos.

de violación de los entonces vigentes artículos 178 y 179 CP con las agravaciones específicas del artículo 180.1.1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, a una pena de prisión de quince años<sup>10/11</sup>.

Entre la que fuera la resolución inicial y esta condena final este caso suscitó, como apuntaba en la introducción de este trabajo, una respuesta social, podría decirse, sin precedentes. La cuestión es que dicha respuesta social a las distintas calificaciones que podían recibir los actos de contenido sexual que en este caso se enjuiciaron y las diferentes respuestas penales a las que las mismas conllevaban (desde la impunidad hasta una condena a quince años de pena de prisión), traducida en unas exigencias de mayor respuesta penal a cualquier ataque a la libertad sexual, fueron hechas propias por ciertos grupos políticos con representación parlamentaria. Para poder comprender la trascendencia de todo lo que acabo de exponer sintéticamente resulta imprescindible efectuar un análisis lo más preciso y pormenorizado posible de las distintas resoluciones dictadas, así como de las reacciones sociales que las mismas fueron generando en nuestro país.

## 2.1. Hechos probados

Los hechos que se admiten como probados de forma indubitada<sup>12</sup> tanto en la sentencia mayoritaria de la Audiencia Provincial de 20 de marzo de 2018 como en el voto particular a la misma del magistrado D. Ricardo J. González González, fueron los siguientes: los cinco acusados conocieron a la denunciante la madrugada del 7 de julio en Pamplona durante las fiestas de San Fermín. Uno de ellos inició una conversación con ella y después se acercaron el resto y charlaron todos ellos.

---

10 Además, se les impuso a los acusados como penas accesorias la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de duración de la condena y la de prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que fuera frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante veinte años. También se les impuso la medida de seguridad de libertad vigilada durante un periodo de ocho años a cumplir tras la pena privativa de libertad impuesta. Y se aumentó la cuantía a satisfacer como responsabilidad civil de 50.000 a 100.000 euros al tenerse ahora en cuenta el daño moral padecido por la víctima que no había sido cuantificado por la Sala.

11 También se modificó en esta sentencia la calificación jurídica de la sustracción del móvil, condenando al autor de la misma por un delito de robo con intimidación de los artículos 237 y 242.1 CP.

12 Ya que, como expondré en texto, hubo ciertos extremos que, si bien la Audiencia entendió probados, no son admitidos como tales por el autor del voto particular. En nota a pie he ido también apuntando las cuestiones con más trascendencia que resultaron controvertidas en juicio.

La denunciante, tras ese encuentro, telefoneó a un chico al que había conocido esa misma noche y con el que había convenido quedar para seguir la fiesta en los bares después del concierto; no llegando a reunirse y aplazando su cita hasta la hora del encierro.

Poco antes de las tres de la madrugada, todo el grupo se puso en movimiento a la vez<sup>13</sup>.

Durante el trayecto los acusados se acercaron al portero de un hotel intentando que les permitiera el paso facilitándole, a tal fin, un nombre y número de habitación supuestos. Como el portero les negó la entrada al comprobar que no figuraban en su lista de clientes, le preguntaron si tenían una habitación, por horas o para toda la noche, afirmando «que la querían para follar», a lo que el portero respondió negativamente sugiriéndoles que lo intentaran en otro hotel. Durante esta conversación, la denunciante, una vez llegó a la altura del hotel donde se encontraba el portero, se mantuvo a una corta distancia del grupo que no le impidió escuchar parte de la conversación<sup>14</sup>.

Al no conseguir habitación, todos siguieron caminando en una fila disgregada que encabezaba la denunciante en compañía de uno de los acusados, seguidos a pocos pasos por el resto.

En un momento dado, uno de ellos observó que una mujer se dirigía hacia un portal, yendo tras ella con el fin de alcanzar la puerta del mismo antes de que aquella entrase y se cerrara y de esa manera acceder al inmueble, lo que consiguió hacer, por lo que abrió la puerta y franqueó el paso al resto del grupo que permanecía en la calle<sup>15</sup>.

La denunciante entró en compañía de los cinco acusados al portal y, tras atravesar una puerta, llegó, junto con aquellos, a una especie de rellano que daba acceso a los cuartos de servicio de agua y electricidad, con unas dimensiones de 2,73 cm de largo por 1,02 cm de ancho en su parte más estrecha y de 1,63 cm en la parte más ancha<sup>16</sup>, donde mantuvieron una serie

---

13 En este punto, mientras que la acusación —así lo entiende acreditado la sentencia mayoritaria— sostuvo que la denunciante había puesto de manifiesto su voluntad de irse a su coche a dormir y que estaba convencida de que los acusados la estaban acompañando al mismo; la defensa, así como el autor del voto particular, cuestionaron que realmente esto fuera así, apoyándose en la previa conversación telefónica por ella mantenida (en la que posponía el encuentro con un amigo), como por la dirección hacia la que se encaminaron, totalmente alejada del coche, caso de que este hubiera sido realmente el destino de la caminata que el grupo había emprendido.

14 Aunque acusación y defensa discrepan sobre el alcance de lo que la denunciante pudo realmente llegar a escuchar.

15 En este punto del curso de los acontecimientos, mientras que la acusación y la sentencia mayoritaria entendieron acreditado que la denunciante fue introducida en dicho portal, si no a la fuerza, sí arrastrada en cierta forma hacia el interior; la defensa y el autor del voto particular cuestionan el que realmente los hechos se desarrollaran de tal forma.

16 Siendo las dimensiones del espacio en cuestión un asunto de trascendencia como veremos *infra*.

de relaciones sexuales sin que dicha denunciante les expresase ni de palabra ni con gestos, ni de ninguna otra manera, su disconformidad, creyendo en todo momento los dichos cinco acusados que ella estaba conforme con los actos sexuales que entre ellos mantuvieron<sup>17</sup>.

Mientras esto sucedía, varios de los acusados grabaron diversos archivos de vídeo con sus respectivos teléfonos móviles y tomaron algunas fotografías.

Tras los hechos, los acusados se vistieron y fueron abandonando el portal de forma escalonada, dejando en él a la denunciante, sola y medio desnuda.

Antes de abandonar el lugar, uno de los acusados se apoderó, en su propio beneficio, del teléfono móvil de la denunciante, que tuvo conocimiento de este hecho después de que todos los acusados abandonaran el portal.

A continuación, la denunciante se vistió, cogió la riñonera que portaba y, tras comprobar que le faltaba el teléfono móvil, salió del portal. Sin tratar de pedir ayuda ni alertar a nadie, se dirigió a un banco en el que se sentó, siendo interpelada instantes después por una pareja de jóvenes que transitaban por el lugar y que se acercaron a ella al escuchar su llanto desconsolado. Mediante una llamada telefónica al 112 dieron aviso a la policía, que se personó en el lugar poco tiempo después.

La denunciante fue trasladada a un centro médico donde fue atendida, realizándosele una prueba de detección de alcohol en sangre que arrojó un resultado de 0,91 gramos de alcohol por litro, lo que supone un nivel de alcoholemia al momento de ocurrir los hechos en cualquier caso superior a 1 g/l, aproximadamente entre 1,2235 g/l y 1,3225 g/l de alcohol en sangre.

A la denunciante se le prestó asistencia y se le administró tratamiento farmacológico por el Servicio Navarro de Salud Osasunbidea.

Antes de que la Policía Municipal les comunicara a los imputados su detención, estos manifestaron que habían mantenido relaciones sexuales consentidas y que las habían grabado en vídeo. Trasladados a dependencias policiales, reiteraron que las relaciones habían sido consentidas y manifestaron espontáneamente que las habían grabado con sus teléfonos móviles<sup>18</sup>.

---

17 En lo que a la forma en la que se desarrollaron las relaciones sexuales respecta, el principal punto conflictivo radicó en la discrepancia entre la acusación, que entendió que la denunciante se sintió «agobiada» por los acontecimientos por lo que se limitó a «someterse» a los deseos de los acusados «ante el temor a sufrir un mal mayor», de tal modo que consideraron que el consentimiento por ella prestado estaba viciado—extremo que se estimó probado en la sentencia mayoritaria de la Sala—; y el cuestionamiento por parte de la defensa y del autor del voto particular de que tales extremos hubieran resultado realmente acreditados.

18 De hecho, entregaron voluntariamente sus móviles y contraseñas de los mismos para que pudiera constatarse cómo las relaciones sexuales habían sido mantenidas —desde su punto de vista— con el consentimiento de la denunciante. La visualización de la infor-



## **2.2. Sentencia 38/2018, de la Audiencia Provincial de Pamplona, de 20 de marzo de 2018, y voto particular del magistrado D. Ricardo Javier González González**

En esta resolución intervinieron D. José Francisco Cobo Sáez como ponente, el magistrado D. Ricardo Javier González González y D.<sup>a</sup> Raquel Fernandino Nosti, quienes, como ya he anticipado, no estuvieron de acuerdo en el fallo finalmente dictado, hasta el punto de que el magistrado D. Ricardo Javier González formuló un voto particular al mismo.

Como ya he apuntado por lo que a los actos de carácter sexual objeto de enjuiciamiento se refiere, en esta sentencia la Audiencia absolvió a los procesados de la acusación por el delito continuado de agresión sexual por no entender acreditado que los hechos se llevaran a cabo ni con violencia<sup>19</sup> ni con intimidación<sup>20</sup>. Extremo éste tampoco cuestionado por D. Ricardo Javier González en su voto particular.

Sin embargo, la Audiencia entendió acreditado que «los procesados conformaron de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante, objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella, aprovechando la superioridad así generada, para abusar sexualmente de la denunciante quien de esta forma no prestó su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación»<sup>21</sup>. Y continuaba: «Según hacemos contar en nuestra declaración de hechos probados y la justificación que de valoración de la prueba, realizamos en el precedente fundamento, las relaciones de contenido sexual se mantuvieron en

---

mación contenida en esos móviles llevaría, además, a la condena de todos ellos por un delito de abuso sexual cometido tres meses antes de lo hechos de Pamplona, ya que sirvió como prueba de que habían «manoseado» y besado a una mujer que, yendo con ellos en el coche, se encontraba privada de sentido al haberse quedado dormida. Hechos que uno de ellos grabó con su móvil y posteriormente difundió (puede verse al respecto la sentencia 360/2020, de 11 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Córdoba).

19 Así puede consultarse el Fundamento de Derecho (a partir de ahora FD) Cuarto donde se dispone que «Las acusaciones no han probado el empleo de un medio físico para doblegar la voluntad de la denunciante, que con arreglo a la doctrina jurisprudencial implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros; es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la denunciante y obligarle a realizar actos de naturaleza sexual, integrando de este modo la violencia como elemento normativo del tipo de agresión sexual».

20 Cfr. también al respecto el FD Cuarto en la parte en que dispone que: «En las concretas circunstancias del caso, no apreciamos que exista intimidación a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual, como medio comisivo, que según se delimita en la constante doctrina jurisprudencial (...) requiere que sea previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado».

21 Cfr. FD Cuarto.

un contexto subjetivo y objetivo de superioridad<sup>22</sup>, configurado voluntariamente por los procesados, del que se prevalieron, de modo que las prácticas sexuales se realizaron, sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada, quien se vio así sometida a la actuación de aquellos (...)»<sup>23</sup>. De modo que, en cuanto consideró acreditado que las prácticas sexuales a las que se vio sometida la denunciante fueron consecuencia y estaban vinculadas en relación causal con dicha situación de preeminencia conformada por los procesados, quienes abusaron de su superioridad así generada, la Audiencia Provincial de Pamplona calificó las relaciones sexuales como constitutivas de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento del artículo 181.3 CP cualificado conforme al subtipo agravado del número 4 (FD Cuarto).

Asimismo, la Audiencia entendió probado que, dada esa situación de preeminencia creada por los acusados y de la que estos se prevalieron, la denunciante «sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados»<sup>24</sup>.

Se apreció la continuidad delictiva<sup>25</sup>, cuestión ésta que no sería cuestionada posteriormente en momento alguno.

---

22 Para llegar a tal conclusión, la Audiencia considera en su sentencia mayoritaria lo siguiente: «(i) El escenario de opresión configurado por los procesados, en la forma que acabamos de señalar;

(ii) La asimetría derivada de la edad y las características físicas de denunciante (...).

(iii) La radical desigualdad en cuanto a madurez y experiencia en actividades sexuales de la denunciante y procesados.

Según se hemos argumentado en el precedente fundamento, para valorar la personalidad de la denunciante, entre otros aspectos, consideramos que a la fecha de los hechos se encontraba en los albores de su vida sexual, nunca había tenido relaciones sexuales en grupo, ni con personas desconocidas y en ninguna circunstancia había sido penetrada por vía anal.

Esta esta vivencia de su sexualidad, no es parangonable con la de los procesados, quienes con excepción de ... (uno de ellos), reconocieron que anteriormente habían mantenido relaciones sexuales en grupo, que alguno de ellos gustaba de grabar. Pero igualmente aceptaron que en ninguna ocasión anterior habían mantenido relaciones grupales, en la proporción personal, ni con la inmediatez que se define y de desequilibrio en cuanto a la edad y demás circunstancias que declaramos probadas» (cfr. FD Cuarto).

23 Cfr. FD Cuarto.

24 Cfr. nuevamente FD Cuarto. En esta línea argumental trajo a colación las SSTs 305/2013, de 27 abril, 855/2015, de 23 de noviembre y 458/2016, de 26 de mayo, en las que dicho bloqueo emocional fue tomado en consideración como uno de los elementos que a partir de la configuración por el sujeto activo de la situación de la superioridad de la que se prevaleció, determinaría que el sujeto pasivo no prestara su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.

25 Como se sostuvo en la sentencia mayoritaria referida: «En otro orden de consideraciones, y respecto a la estimación de la continuidad delictiva, es bien conocida la evolución de la

Ahora bien, en la medida en que la Acusación pública y las Acusaciones particulares y populares imputaban a los cinco acusados cinco delitos continuados de agresión sexual y la Audiencia, en esta sentencia mayoritaria, los absolvió de los mismos y los condenó por delito continuado de abuso sexual, ésta se vio en la necesidad de argumentar la admisibilidad de tal cambio de calificación jurídica. Cosa que hizo en los siguientes términos: «El delito continuado de abuso sexual por el que condenamos no sólo es homogéneo, en cuanto que excluye alguno de dichos elementos que conforman el tipo de agresión —homogeneidad descendente—, sino que por ello es más beneficioso y correlativamente está sancionado con pena menor, (...)». Lo que le permitió concluir que, pese a que no se había formulado acusación por el delito continuado de abuso sexual sobre el que proyectaba su condena, no se infringía por ello el principio acusatorio, ni se causaba indefensión a los acusados<sup>26</sup>.

Por su parte, el magistrado D. Ricardo Javier González González, en su voto particular, si bien coincidió —como decía— con la sentencia mayoritaria en que había de descartarse que los hechos de contenido sexual probados fueran constitutivos de agresión sexual, discrepó de que la calificación de los mismos como abusos sexuales no desbordara los límites del principio acusatorio<sup>27/28</sup> por la mera circunstancia de que el delito por el que se condenara a los acusados fuera de menor gravedad que aquel otro objeto de la acusación formulada. En consideración de este magistrado, lo que habría procedido —y lo que habría sido real y verdaderamente beneficioso para los acusados— es que, si las pruebas practicadas en el acto del juicio oral no permitieron sustentar la comisión de un delito de agresión sexual, hubieran sido absueltos<sup>29/30</sup>. Asimismo, sostuvo que no porque no se dieran los ele-

---

doctrina jurisprudencial sobre la calificación jurídica de la intervención de diversos sujetos activos en delitos contra la libertad sexual, en la que, siendo apreciable como en nuestro caso la identidad de ocasión, proximidad temporal y espacial, identidad del sujeto pasivo, todos ellos contribuyen a la configuración de la situación en que se producen los hechos e intercambian los papeles en las prácticas sexuales, que no sin alguna excepción —véase la STS 2.ª 786/2017 de 30 de noviembre—, se decanta por la comisión de uno o varios delitos continuados» (FD Cuarto).

26 Para más detalles, cfr. FD Cuarto.

27 Cfr. FD Tercero (Calificación jurídica) del voto particular, pp. 121 y ss. de la sentencia.

28 Para facilitar la búsqueda de la información resumida en texto cuando hago referencia a cuestiones muy precisas, he procedido a añadir en las notas a pie de este epígrafe la página concreta de la sentencia, ya que esta tiene una extensión considerable.

29 Cfr. FD Cuarto (Principio acusatorio) del voto particular, apartado B (Aplicación al caso enjuiciado), p. 128 de la sentencia objeto de análisis.

30 Y por ello sostiene lo siguiente: «Iniciadas las deliberaciones en el seno del tribunal, una vez alcanzada de forma unánime la convicción de que debíamos absolver a los cinco acusados del delito de agresión sexual objeto de acusación, entiendo que ni siquiera debió examinarse la posibilidad de condenar por alguno de los supuestos de abusos sexuales

mentos del delito de agresión sexual se habían de dar por acreditados los elementos constitutivos del delito de abuso sexual<sup>31</sup>; pero es que, además, consideró que el hecho de que se introdujeran de oficio elementos esenciales para la novedosa calificación jurídica que determinó la condena de los acusados implicó que ni estos ni sus defensores tuvieran la menor oportunidad de combatirlos o contradecirlos<sup>32</sup>, lo que le permitió concluir que la sentencia mayoritaria dictada constituyó una condena «‘sorpresiva’, que, en *su* opinión, *vulneraba* las exigencias de un juicio justo»<sup>33</sup>.

En cualquier caso, y aun cuando en el caso concreto enjuiciado se estimase que una posible condena por el delito de abusos sexuales con prevalimiento del art. 181.3 y 4 CP no vulneraba en realidad el principio acusatorio, este magistrado argumentó a lo largo de su voto particular que la mayoría de la Sala no había justificado, en su opinión, suficientemente, más allá de toda duda razonable, la concurrencia de todos los requisitos que exigía tal tipo delictivo. Como no puedo exponer detalladamente el contenido completo de su voto particular, voy a destacar los aspectos que considero más relevantes del mismo sobre la falta de prueba de los hechos por los que se condenó a los procesados en la sentencia mayoritaria.

Primero, el magistrado sostuvo y defendió no solo que no quedó acreditado que la denunciante manifestara en modo alguno su disconformidad a los actos sexuales, sino que también discrepó, argumentándolo, de que quedara realmente acreditado que la misma se encontrara durante las referidas

---

contemplados en el artículo 181 CP pues, suprimidas de los hechos propuestos por las acusaciones la violencia e intimidación que definen el delito de agresión sexual, el resto de lo afirmado por aquellas en sus respectivos escritos de acusación no proporcionaba una base fáctica suficiente para entender cometido el delito de abuso sexual con prevalimiento del art. 181.3 CP por el que la mayoría de la Sala les ha condenado» FD Cuarto (Principio acusatorio) del voto particular, apartado B (Aplicación al caso enjuiciado), p. 131 de la sentencia.

- 31 Conclusión que formula en los siguientes términos: «En segundo lugar, que la condena por el delito de abusos sexuales con prevalimiento no se fundamenta simplemente en que, suprimidos los elementos que caracterizan el tipo de agresión sexual, esto es la violencia y/o intimidación —para la realización de los actos sexuales—, que sostienen las cuatro acusaciones, sus respectivos relatos, despojados de toda la carga violenta e intimidatoria que se les atribuye a los acusados para mantener las relaciones sexuales objeto de enjuiciamiento, subsistan aquellos otros que caracterizan el delito tipificado en el art. 181.3 y 4 del Código Penal». Cfr. FD Cuarto (Principio acusatorio) del voto particular, apartado B (Aplicación al caso enjuiciado), p. 129 de la sentencia.
- 32 Cfr. FD Cuarto (Principio acusatorio) del voto particular, apartado B (Aplicación al caso enjuiciado), p. 129.
- 33 Cursivas añadidas. Para más información sobre su argumentación, cfr. FD Cuarto (Principio acusatorio) del voto particular, apartado B (Aplicación al caso enjuiciado).

relaciones sexuales en una situación de «shock o bloqueo que le hubiese impedido comunicar a los cinco acusados, si así lo hubiere querido, que su deseo no era el de mantenerlas»<sup>34</sup>.

Segundo, argumentó la falta de firmeza de las declaraciones de la denunciante<sup>35</sup> hasta el punto de que consideró que «Lo declarado en juicio por la denunciante *dejó* sin sustento alguno el eje sobre el que se inició y desarrolló todo el proceso, alumbrando (...) un relato que *configuraba* un desarrollo de los hechos radicalmente distinto al que *fue* objeto de investigación, consideración, acusación y defensa»<sup>36</sup>.

34 A estos efectos el magistrado referido reputa incomprensible que la decisión adoptada de forma mayoritaria por la Audiencia se apoyara en opiniones puramente teóricas emitidas por peritos cuyos respectivos informes periciales no versaban sobre las imágenes grabadas en los teléfonos móviles de varios de los acusados, mientras que se desdeñaba totalmente la prueba pericial practicada sobre dichas imágenes por un acreditado Médico Psiquiatra —experto en valorar la mente y la conducta humana— que había afirmado bajo juramento que no veía en las imágenes ni el bloqueo ni la pasividad que se alegaban. Puede consultarse al respecto el FD Segundo del voto particular, en su apartado A, p. 69 de la sentencia.

A mayor abundamiento sobre esta cuestión considera también difícil explicar por qué ante los primeros intentos de acercamiento sexual la denunciante sintió una intimidación o temor de tal intensidad que la paralizó por completo hasta el punto de no ser capaz de expresar la más mínima palabra, el más mínimo gesto, ni realizar siquiera un mínimo movimiento que denotase, al menos, su perplejidad ante lo que estaba aconteciendo; una vez que la denunciante dejó claro durante la celebración del proceso que los acusados ni la forzaron, ni ella intentó huir, ni gritó, ni le taponaron la boca, ni la tiraron al suelo y que entró al portal más dirigida que forzada, y que lo que pensó es que lo hacían para fumar un porro. Para más información sobre esta cuestión, cfr. FD Segundo (sobre Valoración de la prueba practicada) del voto particular de la sentencia analizada en sus pp. 85 y 86.

35 Así, evidencia la falta de concordancia entre las declaraciones presentadas por esta ante la Policía municipal y el Magistrado-Juez instructor con el testimonio prestado en el acto del juicio oral, hasta el punto de que lo declarado en este último constituyó en su opinión una verdadera rectificación e incluso retractación de lo que sostuvo en sus primeras declaraciones, y no unas meras «puntualizaciones» o «matizaciones» como se defendía en la sentencia mayoritaria; siendo el testimonio de la víctima prueba de cargo esencial y determinante [Cfr. FD Segundo (Valoración de la prueba practicada) del voto particular, en el apartado C, p. 71 de la sentencia]. En relación con esta misma cuestión, indica que tampoco puede compartir «el modo en que la sentencia mayoritaria desdeña todas aquellas manifestaciones de la denunciante que entorpecen el argumentario sobre el que fundamenta el juicio sobre su credibilidad, pretextando, reitero, aquella situación de «abatimiento, confusión, tensión y agobio» de sus primeras declaraciones, al tiempo en que, sin embargo, da por buenas aquellas manifestaciones tuyas que sí lo favorecen, obviando que aquellas y estas, necesariamente, se habrían prestado bajo el mismo estado emocional, sin que, por lo demás, se trate de justificar siquiera por qué se desechan las unas y se aceptan las otras» [Cfr. FD Segundo (Valoración de la prueba practicada) del voto particular, en el apartado E (La persistencia en la incriminación), p. 74 de la sentencia].

36 Cursivas añadidas. Cfr. FD Segundo (Valoración de la prueba practicada) del voto particular, en el apartado E (La persistencia en la incriminación), p. 73 de la sentencia objeto de análisis.

Tercero, sostuvo que no percibió en ninguna de las imágenes en las que aparecía la denunciante que su expresión o movimientos sugirieran «oposición, rechazo, disgusto, asco, repugnancia, negativa, incomodidad, sufrimiento, dolor, miedo, descontento, desconcierto o cualquier otro sentimiento similar»<sup>37</sup>. Además, si bien reconoció que no podía afirmar, pues no la observó, una especial iniciativa por su parte en las acciones sexuales que se sucedieron, defendió que no podía compartir la afirmación de absoluta pasividad y sometimiento que se afirmaba por las acusaciones y por la sala mayoritaria. Por el contrario, a su juicio, en las imágenes quedaron evidenciados movimientos proactivos incompatibles con la «no reacción» que se afirmaba y que sugerían, en su opinión, una participación voluntaria por parte de la denunciante<sup>38</sup>.

Cuarto, cuestionó que realmente pudiera sostenerse que los acusados crearan una situación de prevalimiento. Sobre esta cuestión me parece especialmente interesante el siguiente párrafo de su voto particular<sup>39</sup>, que dispone lo siguiente: «La tajante afirmación en la sentencia mayoritaria de que ‘los procesados hubieron de representarse que del modo señalado, configuraron una situación de superioridad, objetivamente apreciable, de la que se prevalecieron, abusando de esta preeminencia para realizar las prácticas sexuales’ así como de que ‘no podían pasar desapercibidas para los procesados, el estado, la situación en que se encontraba la denunciante que evidenciaban su disociación y desconexión de la realidad; así como la adopción de una actitud de sumisión y sometimiento, que determinó que no prestara su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por la situación de abuso de superioridad, configurada voluntariamente por los procesados, de la que se prevalecieron’, constituye a mi juicio una suposición que solo puede sostenerse eludiendo el análisis de la prueba pericial practicada, y eludiendo igualmente cualquier argumento que permita desechar, con lógica, razón y coherencia, la veracidad de lo que al respecto todos ellos declararon; incorporando ‘*ex novo*’ en la sentencia un diagnóstico clínico acerca del estado emocional de la denunciante que ningún perito y tampoco siquiera la denunciante han expresado en tales términos; y en definitiva, asentando

---

37 Cfr. FD Segundo (Valoración de la prueba practicada) del voto particular, en el apartado F (sobre Verosimilitud del testimonio), 2 (sobre Los vídeos y fotografías obtenidos por los teléfonos móviles de dos de los acusados y la prueba pericial practicada sobre ellos), p. 94 de la sentencia.

38 *Ibidem*.

39 Párrafo extraído de la p. 119 de la sentencia objeto de análisis. Para más detalles, cfr. FD Segundo (Valoración de la prueba practicada) del voto particular, en el apartado I (rubricado «Queda finalmente por valorar la declaración de los acusados y al hilo de ésta, las declaraciones de los policías que intervinieron en su identificación en la PLAZA002 y posteriormente en su detención»).

la condena sobre la premisa de que los acusados debieron percibirlo porque así debió ser». Conclusiones frente a las cuales manifestó su más absoluto y frontal desacuerdo<sup>40</sup>.

Por último, y por lo que se refiere a la posible calificación de los hechos como delito de abuso sexual, argumentó que tendría que haber quedado acreditada la concurrencia de dolo sin que procediera impugnar la aplicación del principio *in dubio pro reo* con apoyo en un supuesto «principio» de la ignorancia deliberada<sup>41</sup>. Si el dolo en su significación más clásica significa conocer y querer los elementos del tipo penal o, en el caso enjuiciado, conocer que el acto realizado atenta contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima porque constituye un acto de inequívoco contenido sexual ejecutado sin su consentimiento y querer, pese a ello, realizarlo; para el autor de este voto particular las pruebas efectuadas permitían sostener «una duda más que razonable respecto a que los acusados fueran conscientes, aun cuando se diera por acreditado, que tampoco lo está, que la denunciante se encontraba en la situación de bloqueo o shock que la mayoría de la Sala ha dado por probado, lo que excluiría en ellos una actuación dolosa»<sup>42</sup>. Por lo que, en su opinión y, en resumidas cuentas, el fallo de la sentencia debería haberse limitado a absolver a los acusados del delito continuado de agresión sexual previsto y penado en los artículos 178, 179, 180.1.1<sup>a</sup>, 2 y 3.<sup>a</sup> CP, con toda clase de pronunciamientos favorables<sup>43</sup>.

---

40 Y sobre esta misma cuestión me parece también interesante su siguiente reflexión: «No puedo dar mayor relevancia a la insistente afirmación de las acusaciones de que la mujer permanece en un plano inferior y rodeada por los varones, pues resulta inconcebible la práctica de felaciones a los mismos, en un entorno como el del cubículo de autos, de otro modo que no sea situándose la mujer en un plano inferior que le permita el acercamiento a la zona genital de los varones y, siendo estos cinco y ella solo una, que se sitúen en torno a ella es lo que cabe esperar de una relación de esa naturaleza, sin que de ninguno de esos elementos pueda concluirse no ya el empleo de violencia o intimación como sostienen aquéllas, sino tampoco la falta de consentimiento, ni que éste se hubiese prestado de forma viciada como deduce la sentencia mayoritaria, pues, en todo caso, de haber sido consentidas las relaciones, no cabe suponer que el modo de desarrollarse hubiera diferido del que se ve en las imágenes». Cfr. FD Segundo (Valoración de la prueba practicada) del voto particular, en el apartado F (sobre Verosimilitud del testimonio), punto 2 (sobre Los vídeos y fotografías obtenidos por los teléfonos móviles de dos de los acusados y la prueba pericial practicada sobre ellos), p. 94 de la sentencia.

41 Cfr. FD Cuarto (principio Acusatorio) del voto particular, apartado B (Aplicación al caso enjuiciado), p. 132 de la sentencia analizada.

42 Cfr. FD Cuarto (principio Acusatorio) del voto particular, apartado C (Inexistencia de prevalimiento), p. 135 de la sentencia.

43 Un análisis crítico de este voto particular puede verse en CARRILLO, M.: «Derechos fundamentales y poder judicial en la sentencia de la Manada», en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 24, 2018 (Ejemplar dedicado a: Garantías constitucionales, prensa y Derecho penal), pp. 64-91, <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/issue/view/6/32> (última consulta: 3 de diciembre de 2022). En su aportación, este autor cuestiona el alcance de la libertad del juez para emitir un voto particular discrepante de

### **2.3. Sentencia 8/2018, de 30 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal. Pamplona/Iruña**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona sería recurrida en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra tanto por el Ministerio Fiscal como por la Acusación particular, las Acusaciones populares (ejercidas por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y por el Ayuntamiento de Pamplona), como por los cinco acusados.

La síntesis del contenido de dicho recurso de apelación en lo que a los hechos de carácter sexual se refiere sería la siguiente: el Ministerio Fiscal, así como las demás acusaciones personadas, solicitaron la condena de los acusados por un delito continuado de agresión sexual con la concurrencia de las circunstancias agravantes de la realización conjunta por dos o más personas y por el carácter especialmente degradante o vejatorio de las violencias o intimidaciones ejercidas; de manera subsidiaria, la Acusación particular solicitó que, en caso de mantenerse la calificación de los hechos como delito de abuso sexual, se efectuara una exasperación punitiva<sup>44</sup>; por su parte, la defensa de los acusados solicitó su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables. Como veremos, en esta ocasión también se dictaría una sentencia mayoritaria y dos de los magistrados formularían un voto particular. Apuntado lo anterior, entremos ahora al contenido de la sentencia mayoritaria de una forma un poco más desarrollada.

Empezando por los motivos de apelación de los acusados —si bien expuestos de forma resumida y centrándome en los más relevantes en lo que a los

---

la posición de la mayoría en lo que concierne tanto al contenido de sus manifestaciones como a los límites que afectan al disidente a la hora de exponer sus argumentos jurídicos frente a la decisión mayoritaria.

- 44 Por otra parte, el Ministerio Fiscal y las demás acusaciones solicitaron la modificación de la calificación del apoderamiento del móvil —por uno de los acusados— de hurto a robo con intimidación. Además, la acusación particular y la acusación popular ejercida por el Gobierno de Navarra extendieron también la pretensión de la condena por robo a todos los encausados al entender que, en la medida en que el apoderamiento tuvo lugar a la vista de todos y con su conocimiento, todos habían de ser tenidos en cuenta como coautores o colaboradores necesarios; y, subsidiariamente, la acusación popular del Gobierno de Navarra interesaba la condena de los cinco encausados por delito de hurto. Igualmente, el Ministerio Fiscal solicitó para aquellos encausados que habían efectuado las grabaciones de los vídeos y las fotografías, la condena como autores de un delito contra la intimidad, delito por el que la Acusación particular y las Acusaciones populares interesaban se condenara extensivamente a todos los encausados. Subsidiariamente a lo anterior, la Acusación particular y la Acusación popular ejercida por el Ayuntamiento de Pamplona solicitaron la nulidad parcial de la sentencia dictada por la Audiencia en lo que a la absolución de los acusados por el delito contra la intimidad se refería, al entender que no se daba, en realidad, la falta de presupuesto de procedibilidad en ella invocada.



hechos de contenido sexual se refiere—, todos ellos alegaron la infracción de la presunción de inocencia por contaminación de las pruebas de cargo y la falta de imparcialidad de los juzgadores como resultado de un juicio mediático paralelo y condenatorio que, en su opinión, había afectado a las pruebas de cargo (FD Primero). Este motivo fue desestimado por el Tribunal al entender que la vulneración de tal derecho se hubiera producido si se hubieran conculcado las garantías procesales o si no hubiera habido prueba de cargo suficiente, extremos ambos que entendió no se dieron en el caso concreto<sup>45</sup>. En segundo lugar, todos los encausados alegaron indefensión y falta de garantías procesales, falta de motivación y falta de objetividad, solicitando la nulidad de algunas de las pruebas periciales practicadas por alguno de los peritos. Este motivo fue igualmente desestimado. El Tribunal consideró que ninguno de los alegatos de nulidad podía ser tomado seriamente en consideración y que en el procedimiento había habido suficiente prueba de cargo<sup>46</sup>. Además, los encausados impugnaron la declaración de la denunciante como prueba de cargo, contraargumentando que la denunciante había consentido las relaciones sexuales con ellos mantenidas. El Tribunal desestimó este motivo de apelación considerando que el testimonio de la misma había sido seguro, convincente, y que sus afirmaciones habían quedado corroboradas con una prueba externa profusa y suficiente. También rechazó las dudas sobre la credibilidad de la víctima y consideró que las pretendidas contradicciones en las que los encausados consideraban que esta había incurrido no eran más que pequeñas inexactitudes (cfr. FD Quinto).

También cuestionaron la congruencia de la sentencia al haberlos condenado por un delito de abuso sexual con prevalimiento cuando venían siendo acusados desde el auto de procesamiento, así como en los escritos de conclusiones de todas las acusaciones, por un delito continuado de agresión sexual. El Tribunal Superior de Justicia desestimó una vez más este motivo apoyándose en resoluciones constitucionales que admiten que se pueda condenar por un delito distinto al apreciado en los escritos de calificación

---

45 Argumentándolo en los siguientes términos: «En el presente caso no hay duda de que la causa se ha desarrollado tras un proceso con todas las garantías, siendo decisiva la declaración de la denunciante como prueba de cargo, corroborada por unos testimonios coherentes y vídeos pericialmente valorados, con una prueba médica y psicológica rigurosamente debatida, y una ponderación de los hechos antecedentes y consecuentes a la acción criminal; sin relación de causalidad alguna con una supuesta manipulación mediática o conspiración política. Y el resultado incriminatorio de la sentencia recurrida se basa en prueba de cargo pertinente, válidamente obtenida y debatida, y suficiente para enervar la presunción de inocencia». Cfr. FD Segundo *in fine*.

46 Y así recoge literalmente: «No se acredita ninguna contravención de principios constitucionales o normas procesales que rigen las garantías del acusado, y se muestra correcto el desarrollo del debate procesal de las pruebas y la valoración efectuada en instancia con inmediatez. La presión mediática no ha causado indefensión a los acusados, las pruebas periciales impugnadas no se acreditan contaminadas, y ni siquiera se pueden considerar las periciales impugnadas la exclusiva o decisiva prueba de cargo». Cfr. FD Tercero *in fine*.

siempre que se trate de un delito de igual o menor gravedad, requisito que se entendió cumplido en este caso en cuanto que entre los delitos de agresión y abuso sexual con prevalimiento se consideró se da una homogeneidad descendente (FD Octavo). Por último, uno de los encausados alegó de forma subsidiaria la infracción del artículo 14 y la doctrina del error de tipo invencible al defender la falta de conocimiento por parte de los encausados del estado de desconexión y sometimiento de la denunciante. Nuevamente, el Tribunal Superior de Justicia procedió a desestimar este motivo considerando que era poco razonable pensar que realmente los acusados no hubieran tenido conciencia del abuso y humillación que infligieron a la víctima; entendiendo que la calificación de los hechos como abuso por prevalimiento no era más que la consecuencia inevitable del relato fáctico de la sentencia recurrida (FD Noveno).

Por lo que se refiere a las acusaciones, el primer motivo de apelación del Ministerio Fiscal se basaba en la infracción de los artículos 178, 179, 180.1 y 2, 192 y 74 CP, al considerar que los hechos de contenido sexual fueron en realidad constitutivos de un delito de agresión sexual por intimidación y que debió apreciarse la agravante de actuación conjunta de dos o más personas, así como la que tiene en cuenta el mayor desvalor del injusto por tratarse de actos de carácter especialmente degradantes y vejatorios. Similar argumentación fue esgrimida por la Acusación particular, que estimaba suficiente la existencia de un contexto intimidatorio que entendía era deducible del propio relato de la sentencia. Por su parte, las Acusaciones populares interesaron la calificación de los hechos como agresión sexual por entender quedar acreditada la existencia de violencia. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia desestimó todos estos motivos por entender, por un lado, que la violencia había quedado expresamente excluida en el relato de los hechos probados; por otro, que si bien en los hechos probados se había entendido acreditada la situación de sometimiento y pasividad adoptada por la denunciante, no había quedado acreditada ninguna acción intimidatoria por parte de los acusados que permitiera la calificación de los hechos como agresión sexual (FFDD Cuarto, Quinto y Sexto). También rechazó la apreciación de una amenaza tácita de carácter ambiental al entender que dicha intimidación no había concurrido en los términos en los que ésta es descrita por la jurisprudencia en la que, además, esta se suele emplear no para calificar la agresión sino en sede de autoría para deducir la cooperación necesaria en los delitos contra la libertad sexual cuando concurren personas distintas de las que consuman el acto sexual y que, con su presencia, contribuyen al efecto intimidatorio sufrido por la víctima (FD Séptimo).

También se desestimó el motivo de apelación formulado por la representación de la víctima en virtud del cual se consideraba que el artículo 74 se había aplicado indebidamente y que la pena aplicada no había sido proporcional a la gravedad de los hechos. De nuevo, el Tribunal Superior de Justicia deses-

timó este motivo de apelación entendiendo en esta ocasión que la sentencia apelada había aplicado la pena dentro de los parámetros legales y teniendo en cuenta las circunstancias alegadas (FD Décimo octavo)<sup>47</sup>.

Expuesto todo lo anterior, pasemos a continuación a analizar brevemente el contenido del Voto particular suscrito por dos de los magistrados<sup>48</sup> en consideración de los cuales los actos de carácter sexual imputados a los acusados fueron constitutivos de un delito de agresión sexual por intimidación, cualificado por el carácter especialmente degradante y vejatorio y por la concurrencia de dos o más personas, lo que les llevó a estimar parcialmente los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal, la Acusación particular y las Acusaciones populares<sup>49</sup>.

En la medida en que la pretensión que se sustentó en este voto particular implicaba tanto una agravación en la calificación jurídica de los hechos como de la pena a imponer, en el voto particular referido se analizó en primer lugar la facultad del Tribunal de Apelación a tal efecto; a lo que se concluyó que en cuanto la posibilidad de agravación de la sentencia apelada se ceñía al examen de la subsunción de los hechos en la norma penal sin alteración de los hechos ni su valoración efectuada por el Tribunal de primera instancia,

---

47 También se desestimó la pretensión de calificación de apoderamiento del móvil como delito de robo, así como la de extender la imputación por el apoderamiento no sólo al acusado que lo realizó sino a todos ellos (FD Décimo Noveno). Tampoco estimó la pretensión de la víctima de que se incrementara la indemnización acordada por la Audiencia Provincial (FD Vigésimo quinto). Sí admitió la declaración de nulidad parcial de la sentencia dictada por la Audiencia en lo referido a la imposibilidad de proceder contra los acusados por un delito contra la intimidad por la realización de una serie de grabaciones sin el consentimiento de la denunciante; ahora bien, aunque la Sala entendió que no había ningún óbice de procedibilidad que impidiera el enjuiciamiento del delito contra la intimidad por el que fueron interrogados los cinco acusados desde la primera indagatoria, concluyó que no podía entrar a juzgar un delito que la sentencia de primera instancia se había abstenido de juzgar y que quedó en ella imprejuizado. Por lo que acordó que las actuaciones judiciales fueran repuestas al momento en que se dictó dicha sentencia para que la Audiencia Provincial, con la misma composición, dictara nueva resolución referida exclusivamente al delito contra la intimidad objeto de acusación (para mayor información sobre este extremo, cfr. FD Vigésimo primero a Vigésimo cuarto). Ambos acusados fueron condenados por dichas grabaciones y fotos por un delito contra la intimidad del artículo 197.1 CP por sentencia 239/2019, de 19 de noviembre de la Audiencia Provincial de Navarra, confirmada posteriormente por la 6/2020, de 24 de junio, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra; sentencia esta última recurrida por los condenados en casación ante el Tribunal Supremo, que desestimaría dicho recurso por sentencia 693/2020, de 15 de diciembre.

48 La Sala estuvo integrada por D. Joaquín Cristóbal Galve Sauras, como presidente, y por los magistrados D. Francisco Javier Fernández Urzainqui, D. Alfonso Otero Pedrouzo, D. Miguel Ángel Abárzuza Gil y D. José Antonio Álvarez Caperochipi. El voto particular fue suscrito por el presidente y por D. Miguel Ángel Abárzuza Gil.

49 También fueron partidarios de entender que el acto de apoderamiento del móvil llevado a cabo por uno de los acusados no era constitutivo de un delito de hurto, sino de un delito de robo con intimidación.

no había óbice para que el Tribunal de apelación pudiera alterar la calificación jurídica que correspondiera a las conductas objeto de enjuiciamiento (Segundo. Fundamentación Jurídica del voto particular. Aspectos procesales previos).

En lo que se refiere ya a la calificación de los actos de carácter sexual, los autores del voto particular, tras analizar las declaraciones fácticas contenidas en el relato de hechos probados y en los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada, llegaron a la conclusión de que habían de ser calificados como constitutivos de un delito de agresión sexual y no de abuso sexual por prevalimiento al entender acreditada la existencia de la denominada «intimidación ambiental». En concreto, y cito textualmente, sostuvieron que: «de los hechos probados es de apreciar haber llevado a cabo el sujeto activo una acción intimidatoria, como mantuvieron las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1.999, 18 de diciembre de 2.003 y 26 de abril de 2.010, y que tuvieron los acusados un comportamiento coactivo dirigido a la satisfacción de sus deseos lúbricos (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2.016) y configuraron una situación ambiental en la que la víctima valorase como algo que hace inútil una posible oposición por su parte (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1.991), creando una situación de coacción psíquica que hubiere sentido cualquier persona adulta, en plenitud de sus facultades, al verse rodeada por un grupo de varones dispuestos a satisfacer a toda costa sus apetencias sexuales, creando una situación de intimidación ambiental, que produjo tal estado intimidatorio a la víctima y un reforzamiento, por envalentonamiento de los autores de las conductas atentatorias contra la libertad sexual de aquélla (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1.992, 8 de noviembre, entre otras, recogidas por la de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 27 de septiembre de 2.010, antes citadas)»<sup>50/51</sup>.

Asimismo, entendieron que debía apreciarse la agravación del artículo 180.1.1.<sup>a</sup> CP por haber revestido la intimidación ejercida un carácter particularmente degradante o vejatorio, al considerar acreditado que los hechos acaecidos excedieron el carácter denigrante en todos los supuestos de agresión sexual por concurrir un grado de humillación y menosprecio para la víctima superior al que tiene lugar en toda violación. Los magistrados autores de este voto particular también sostuvieron que concurría la agravante del artículo 180.1.2.<sup>o</sup> CP, que prevé una mayor gravedad de la pena para los casos de comisión por la actuación conjunta de dos o más personas, no

50 Cfr. Cuarto. Sobre la calificación jurídica de los hechos. A). delito de agresión sexual. c.2. Consideración penal de los hechos.

51 Para VIVIANA WAISMAN, presidenta de Women's Link, estos dos votos particulares tuvieron «la capacidad de analizar con perspectiva de género y ver que sí era una violación» [[https://elpais.com/sociedad/2018/12/05/actualidad/1543995494\\_456176.html](https://elpais.com/sociedad/2018/12/05/actualidad/1543995494_456176.html) (última consulta: 23 de agosto de 2022)].

sólo por la mayor gravedad que supone la existencia de un acuerdo anterior o simultáneo para la ejecución de hechos de esta clase, sino por la mayor indefensión en la que se encuentra la víctima caso de un ataque llevado a cabo por varias personas. Agravante cuya apreciación consideraron no constituiría en este caso una infracción del principio *non bis in idem* en cuanto que a cada uno de los cinco acusados se les imputaba un delito de agresión sexual a título de autor, siendo evidente que también había tenido lugar una actuación conjunta de todos ellos<sup>52</sup>.

Tras esta calificación de los actos de carácter sexual sostenían que cada uno de los acusados debería haber sido condenado a una pena de prisión de catorce años, tres meses y un día.

## **2.4. Sentencia 344/2019, de 4 de julio, del Tribunal Supremo**

En esta sentencia se resuelve el recurso de casación n.º 396/2019 interpuesto contra la sentencia de 30 de noviembre de 2018, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el Recurso de Apelación n.º 7/2018. Recurrieron en casación tanto los acusados como el Ministerio Fiscal, la Acusación particular y las Acusaciones populares ejercidas por la Comunidad Foral de Navarra y el Ayuntamiento de Pamplona.

Los cinco condenados alegaron varios motivos de casación. En primer lugar, entendían que el Tribunal juzgador no actuó con imparcialidad objetiva porque sus miembros habían estado sometidos a una incuestionable presión mediática que había influido de manera inequívoca en la resolución recurrida (FD Primero, apartado 1, p. 11), motivo desestimado por la Sala por entender, básicamente, que bastaba con leer la motivación de la sentencia para tener la convicción de que el Tribunal había decidido sobre la base exclusiva de lo visto y oído en el juicio oral<sup>53</sup>. En segundo lugar, entendían que habían sido condenados por una prueba de signo incriminatorio insuficiente por falta

---

52 Cfr. Cuarto. Sobre la calificación jurídica de los hechos. B) Calificación penal de la agresión. a). Del carácter particularmente degradante o vejatorio y b) de la agravación por la actuación conjunta de dos o más personas.

53 Y continúa: «No podemos obviar la discrepancia de criterios de todos los Magistrados intervinientes, tanto en el juicio celebrado ante la Audiencia Provincial donde la sentencia mayoritaria cuenta con un voto particular, como en la de apelación del Tribunal Superior de Justicia, en la que junto la sentencia mayoritaria constan dos votos particulares, lo que demuestra la libertad de criterio y de valoración probatoria llevada a cabo por los jueces de instancia, sin afectación en su decisión por la trascendencia mediática del caso» (FD Primero, 1, p. 13). La Sala considera igualmente que la trascendencia mediática del hecho, que cada vez es mayor y por esto tal «presión» no es sino un elemento normal en la actividad judicial, en todo caso afectaría a la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, pero no a su dimensión procesal (FD Primero, 1, p. 14).

de verosimilitud en la declaración, falta de persistencia en la declaración y ausencia de credibilidad subjetiva; quejándose también de que la Sala del Tribunal Superior de Justicia no había hecho con su resolución una verdadera segunda instancia, al limitarse con una fórmula estereotipada a ratificar los criterios dispuestos por el Juzgador *a quo*. El Tribunal Supremo desestimó también este motivo tras argumentar cómo de la sentencia recurrida no podía desprenderse la falta de motivación alegada, considerando el reproche de falta de motivación como gratuito (FD Segundo, pp. 14-18). En tercer lugar, alegaron vulneración del principio acusatorio, lo cual la Sala entendió que no se produjo, como tampoco indefensión, por haber habido en el caso en cuestión total identidad fáctica y homogeneidad en la calificación jurídica (FD Tercero, pp. 18-20). Y, por último, por calificación indebida de los hechos como delito de abuso sexual con prevalimiento, motivo que se desestima por entender que de los hechos probados se desprendía con claridad el elemento subjetivo del delito cuestionado por los recurrentes (FD Cuarto, pp. 21-22).

El recurso de casación realmente relevante en este caso es el interpuesto por el Ministerio Fiscal en su primer motivo, cuando invoca infracción de ley por inaplicación indebida de los artículos 178, 179 y 74 CP al entender que hubo un error en la subsunción jurídica de los hechos declarados probados. Conforme expone en su recurso el Ministerio Fiscal, toda vez que en el *factum* de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se recoge una actitud intimidatoria de los acusados que les permitió consumir los actos sexuales, tal intimidación no debió entenderse como una intimidación menor que permitiera calificar los hechos como abuso por prevalimiento, sino como una intimidación grave que debería haber dado lugar a la calificación de los hechos como agresión sexual.

El Tribunal Supremo estima este motivo de casación y llega a tal conclusión tras argumentar sobre la diferencia existente entre la intimidación a que se refiere el artículo 178 CP y la ausencia de consentimiento que permite apreciar la figura de abuso sexual del artículo 181 CP; y traer a colación los precedentes jurisprudenciales existentes sobre la denominada «intimidación ambiental». Tal y como expone en esta sentencia, tal intimidación ambiental es la que puede resultar de la intervención de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual de una única persona (STS 1291/2005, de 8 de noviembre) o por la simple presencia o concurrencia de varias personas distintas de la que consuma materialmente la violación (STS 1169/2004, de 18 de octubre). Hipótesis estas en las que se admite un fuerte componente intimidatorio, especialmente si el sujeto pasivo es una única joven, se encuentra en un lugar solitario y, desde luego, si hay una relevante diferencia de edad entre los sujetos activos y el sujeto pasivo (STS 136/2006, de 8 de febrero de 2007). Explicado todo lo anterior, el Tribunal Supremo acude a los hechos probados y entiende que estos permitían efectivamente sostener que se produjo un error de subsunción jurídica por parte del Tribunal de instancia, argumentándolo en los siguientes términos: «aun

prescindiendo de la pluralidad de intervinientes, la situación descrita en el relato fáctico conlleva en sí misma un fuerte componente intimidatorio: el ataque sexual a una chica joven, tal y como era la víctima que solo contaba con 18 años de edad, y en un lugar solitario, recóndito, angosto y sin salida, al que fue conducida asida del brazo por dos de los acusados y rodeada por el resto, encontrándose la misma abordada por los procesados, y embriagada, ello sin duda le produjo un estado de intimidación, que aunque no fuera invencible, sí era eficaz para alcanzar el fin propuesto por los acusados, que paralizaron la voluntad de resistencia de la víctima, tal y como describe el relato fáctico, sin que en momento alguno existiera consentimiento por parte de la misma, y sin que sea admisible forzar el derecho hasta extremos de exigir de las víctimas actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores, como ha dicho esta Sala en múltiples ocasiones».

Y continúa: «Ante esa intimidación, la denunciante se sintió impresionada, sin capacidad de reacción, sintió miedo, experimentando una sensación de angustia y 'un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor, y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera'. En consecuencia, la intimidación hizo que la víctima adoptara una actitud de sometimiento, que no de consentimiento, lo que según el relato de hechos probados los procesados conocían, y además aprovecharon la situación de la denunciante metida en el citado cubículo al que la habían conducido para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso y actuando de común acuerdo (...). Por lo tanto, acreditada la intimidación, su eficacia en la ocasión concreta para paralizar la voluntad de resistencia de la víctima y anular su libertad, así como la adecuada relación causal, los hechos deben ser calificados como delito de violación de los art. 178 y 179 del Código Penal» (cfr. FD Quinto, p. 30).

Que el Tribunal Supremo admitiera esta calificación de los hechos, condenando por un delito distinto de aquél por el que se condenaba en la sentencia casada y por el que, incluso, habían sido ya absueltos los acusados en instancia, lo llevó a tener que plantear si por ello se les causó indefensión. Interrogante este resuelto por el Tribunal en sentido negativo, al entender que en este caso concreto el relato de hechos probados permitía la calificación de estos como un delito de agresión sexual sin modificarlos y sin llevar a cabo una nueva valoración de la prueba practicada, haciéndolo, además con pleno respeto a los escritos de calificación de las Acusaciones. Esto lo llevó a concluir que la cuestión planteada y estimada se reconducía a una cuestión de subsunción jurídica al considerar estrictamente, y sin alterar el relato fáctico, que el mismo debía quedar integrado en el tipo penal de los art. 178 y 179 CP (FD Quinto, p. 32).

El Ministerio Fiscal recurrió también la sentencia en su motivo segundo por inaplicación indebida de las agravaciones previstas en las circunstancias 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del apartado 1 del artículo 180 CP, relativas respectivamente al

empleo de violencias o intimidaciones de carácter especialmente degradante o vejatorio y a la actuación conjunta de dos o más personas, motivo que el Tribunal Supremo también estimaría<sup>54/55</sup>.

Estos tres motivos de casación del Ministerio Fiscal coincidirían con dos de los motivos del recurso de la Acusación Particular y de la Administración Foral de Navarra, que fueron estimados, evidentemente, por las mismas razones a las que, de hecho, el Tribunal Supremo se remite en los fundamentos de Derecho Octavo y Décimo de la sentencia objeto de síntesis. También coincidirían con el primer motivo de casación del Ayuntamiento de Pamplona (cfr. FD Décimo primero)<sup>56</sup>.

Por tanto, y en resumidas cuentas, en esta sentencia el Tribunal Supremo consideró acreditado que la situación descrita en los hechos probados conllevaba en sí misma un fuerte componente intimidatorio adecuado causalmente para paralizar la voluntad de la víctima y anular su libertad, por lo que los hechos debían ser calificados como constitutivos del delito de violación, condenando a cada uno de los encausados a una pena de prisión de quince años. Ahora bien, tras la aprobación de la LO 10/2022 y la modificación y reunificación de los delitos de abusos y agresiones sexuales que la misma conlleva, el abogado defensor de uno de los condenados solicitó la revisión de su condena a efectos de una reducción de la pena de prisión que le había sido impuesta a su representado desde los quince años a trece años y nueve meses. A la reciente resolución de este recurso por la Audiencia Provincial de Navarra el pasado 28 de noviembre me referiré *infra* en el epígrafe IV de este trabajo.

---

54 Entendió acreditado que la forma de actuar de los acusados fue especialmente degradante o vejatoria, y que la apreciación de la agravación por la actuación conjunta de dos o más personas no constituía *bis in idem* ya que «una cosa es la participación en el delito y otra bien distinta la forma comisiva del mismo (...) habiendo solo sido (los acusados) sancionados como responsables de su propia agresión y no como cooperadores necesarios en la de los demás» (FD Sexto, pp. 32-38).

55 También fue estimado el motivo tercero de casación del Ministerio Fiscal en virtud del cual solicitaba que el acto de apoderamiento del móvil fuera calificado no como delito de hurto sino como delito de robo con intimidación del artículo 242.1 en relación con el artículo 237 CP (FD Séptimo, pp. 38-39).

56 Pero, además, la Acusación particular interpuso un tercer motivo de casación por infracción del artículo 109 y siguientes CP por falta de apreciación de los daños morales causados a la denunciante, motivo que fue estimado parcialmente (FD Noveno, pp. 39-42). No se estimó, sin embargo, el motivo de casación de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra por no apreciación de la circunstancia agravante 3.ª del artículo 180.1 CP por entender acreditado que la víctima era especialmente vulnerable por razón de su edad ya que, en consideración del Tribunal Supremo, la edad y el estado de embriaguez de esta ya había sido tenida en cuenta para calificar los hechos como agresión sexual al integrar la intimidación por este delito requerida (FD Décimo, pp. 42-44). Tampoco se estimó su segundo motivo de recurso, en virtud del cual planteaba la participación de todos los acusados en el delito de robo con intimidación que había sido hasta el momento atribuido exclusivamente a uno de ellos.



### 3. Trascendencia social y cobertura mediática del caso

Todo el proceso judicial del caso de «La Manada» generó en nuestro país una respuesta social y una cobertura informativa, como apuntaba, sin precedentes. El mismo día 26 de abril de 2018 en el que se iba a hacer pública la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de marzo de 2018, centenares de mujeres se mostraban expectantes y transmitieron miles de mensajes de solidaridad y apoyo a la víctima en redes sociales del tipo: «hoy nos juzgan a todas»; «yo sí te creo»; «el veredicto nos afecta a todas las mujeres»; «no estás sola, tienes a tu verdadera manada contigo». Concretamente, en la red social Twitter se podían leer comentarios como los siguientes: «Hoy la Justicia manda un mensaje a todas las mujeres. Veremos cuál es...»; «si violar sale gratis, saldremos a la calle»; «la sentencia ha de ser ejemplarizante, porque su veredicto nos afecta a todas las mujeres»<sup>57</sup>.

Por lo que el hecho de que la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra terminara absolviendo a los acusados del delito de agresión sexual y condenándolos por el de abuso sexual a *exclusivamente*<sup>58</sup> nueve años de prisión provocó una ola social de indignación. La primera concentración de rechazo a la sentencia tuvo lugar frente a la propia Audiencia Provincial de Navarra el mismo 26 de abril<sup>59</sup>, y a ella le siguieron, durante otros dos días consecutivos más, otras muchas organizadas, fundamentalmente, por distintos colectivos feministas. En todas estas concentraciones realizadas frente a las Audiencias Provinciales, ayuntamientos y plazas de distintas ciudades y capitales de provincia de toda España, se reclamaba bajo el grito de «yo sí te creo, hermana»<sup>60</sup>, que los hechos fueran considerados constitutivos del delito de

57 Cfr. <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20180426/feminista-mensajes-twitter-manada-6785498> (última consulta: 23 de agosto de 2022).

58 Una explicación detallada de por qué una pena de prisión de nueve años no era en realidad una condena nada desdeñable puede verse en GIL GIL, A. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «A propósito de "La Manada"...», *ob. cit.*, pp. 6 y 7, [https://www.researchgate.net/publication/329217479\\_A\\_proposito\\_de\\_La\\_Manada\\_analisis\\_de\\_la\\_Sentencia\\_y\\_valoracion\\_critica\\_de\\_la\\_propuesta\\_de\\_reforma\\_de\\_los\\_delitos\\_sexuales](https://www.researchgate.net/publication/329217479_A_proposito_de_La_Manada_analisis_de_la_Sentencia_y_valoracion_critica_de_la_propuesta_de_reforma_de_los_delitos_sexuales), (última consulta: 3 de diciembre de 2022).

59 <https://www.youtube.com/watch?v=OihlsuMePJo> (última consulta: 23 de agosto de 2022).

60 Frase empleada por Roy Galán en una carta que dirigió meses antes en su cuenta de Facebook precisamente a la víctima de este grupo, para respaldarla después de que la defensa de los cinco acusados presentara un informe elaborado por detectives privados sobre la vida de la joven posterior a la presunta violación y en la que se trataba de demostrar la mala reputación de la afectada; y que posteriormente fue coreada en todas las manifestaciones contra la violencia machista. [https://www.elconfidencial.com/espana/2018-04-26/la-manada-juicio-sentencia-twitter-apoyo-victima\\_1555398/](https://www.elconfidencial.com/espana/2018-04-26/la-manada-juicio-sentencia-twitter-apoyo-victima_1555398/) (última consulta: 23 de agosto de 2022).

violación<sup>61</sup>. También mostrarían públicamente su disconformidad con el fallo de la Audiencia tanto dirigentes políticos<sup>62</sup> como personalidades de otros ámbitos<sup>63</sup>; es más, las manifestaciones de rechazo a este fallo judicial trascendieron incluso las fronteras nacionales, produciéndose alguna, por ejemplo, en la ciudad de Bruselas (Bélgica)<sup>64</sup>.

Muchas personas de las participantes en las manifestantes mostraron su rechazo a la condena contra los cinco acusados, pero también denunciaron lo que consideraban la muestra de «un sistema de justicia patriarcal», por lo que solicitaban reformas. Esto llevaría a que Mariano Rajoy, en aquel momento presidente del Gobierno de España, anunciara que impulsaría una revisión de la regulación de los delitos sexuales en el CP<sup>65</sup>.

Tras la confirmación de la condena de los cinco imputados por el caso de «La Manada» a nueve años de prisión por el delito de abuso sexual por el

61 Puede consultarse información al respecto en <https://www.rtve.es/noticias/20180426/indignacion-sentencia-manada-todo-pais-yo-si-creo/1722685.shtml> (última consulta: 23 de agosto de 2022).

62 Así, entre los concentrados en Barcelona el 26 de abril de 2018 se encontraban la alcaldesa Ada Colau y otros políticos como los diputados autonómicos Ernest Maragall o Jenn Díaz; en la concentración de Pamplona, la consejera de Relaciones Institucionales del Gobierno de Navarra, Ana Olló, la presidenta del Parlamento, Ainhoa Aznárez y el alcalde de Pamplona, Joseba Asiron; en la del País Vasco, dirigentes políticos como Andoni Ortuzar (PNV), Idoia Mendia (PSE-EE) o Marian Beitialarrangoitia (EH Bildu); en la de Valencia, la vicepresidenta de la Generalitat Valenciana y consejera de Igualdad, Mónica Oltra, la primera teniente de alcalde en el Ayuntamiento de Valencia y secretaria del PSPV local, Sandra Gómez, o el secretario general de Podem, Antonio Estañ, entre otros. <https://www.elmundo.es/espana/2018/04/26/5ae1f7c422601dd71c8b4618.html> (última consulta: 23 de agosto de 2022).

63 Por ejemplo, la actriz Jessica Chastain, o el actor venezolano Edgar Ramírez o el español Antonio Banderas. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-43932079> (última consulta: 23 de agosto de 2022).

64 En ella cerca de dos centenares de personas, la gran mayoría jóvenes españoles que estudiaban o trabajaban en la capital belga, se concentraron ante el edificio de la Bolsa en Bruselas para mostrar su rechazo a la sentencia contra La Manada. La concentración en la capital comunitaria aunó distintas iniciativas espontáneas de asociaciones ciudadanas en Bruselas, incluido el «Me too», que agrupa a trabajadores de las instituciones europeas contra el abuso sexual, así como colectivos como el del «15-M Bruselas», que movilizaron a la gente a través de las redes sociales bajo el lema «No a la Justicia patriarcal». Entre otros, se unieron a la concentración los eurodiputados Ernest Urtasun (En Comú Podem), Lola Sánchez (Podemos) y Ana Miranda (BNG). A través de Twitter mostraron igualmente su rechazo a la sentencia varios eurodiputados, como Ángela Vallina (IU), Iratxe García (PSOE) o Ramón Luis Valcárcel (PP). La delegación de Unidos Podemos en la Eurocámara introdujo a la luz de la sentencia una pregunta parlamentaria para la Comisión Europea, con el objetivo de denunciar el caso y alertar sobre la necesidad de adaptar la definición de violación en los Estados miembros. <https://www.rtve.es/noticias/20180426/indignacion-sentencia-manada-todo-pais-yo-si-creo/1722685.shtml> (última consulta: 23 de agosto de 2022).

65 <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-43940999> (última consulta 23 de agosto de 2022).

Tribunal Superior de Justicia de Navarra el 5 de diciembre de 2018, volvieron a celebrarse diversas movilizaciones contra la misma en varias ciudades de España<sup>66</sup>. Por el contrario, nada más conocerse la sentencia definitiva del Tribunal Supremo, que elevaba a quince años de prisión la condena a los integrantes de «La Manada» por violación, las redes sociales se llenaron de comentarios que celebraban esta decisión; y no sólo fueron comentarios de personas anónimas, sino también de juristas, asociaciones a favor de la mujer y miembros del Gobierno y de otros partidos políticos<sup>67</sup>.

Evidentemente, el tratamiento informativo de este caso durante todas las fases de su enjuiciamiento fue también excepcional. Por ejemplo, el mero hecho de la gran cantidad de mensajes que se estuvieron publicando ya con anterioridad a que se dictara la sentencia de la Audiencia ante el temor de parte de la población de que no se tratara de una condena lo suficientemente dura y las protestas que esto podía suponer en las calles de España, determinarían que el día en que esta se hizo pública hubiera en la Audiencia Provincial de Navarra cincuenta y ocho medios acreditados, once más que en los dos últimos días de conclusiones<sup>68</sup>. De todas estas concentraciones y manifestaciones públicas de rechazo se hicieron eco no sólo los medios de comunicación nacionales, sino también los internacionales<sup>69</sup>.

El que un caso de estas características fuera objeto de consideración por los medios de comunicación no podía reputarse algo ajeno a una sociedad democrática como la nuestra<sup>70</sup>; sin embargo, la excepcionalidad de esta

---

66 [https://elpais.com/elpais/2018/12/05/album/1544030702\\_036455.html#foto\\_gal\\_2](https://elpais.com/elpais/2018/12/05/album/1544030702_036455.html#foto_gal_2) (última consulta: 23 de agosto de 2022).

67 Así puede consultarse, por ejemplo, el mensaje publicado a las 16:15 horas el 21 de junio de 2019, en Twitter por Pedro Sánchez, en esos momentos Presidente en funciones del Gobierno de España: «Fue una violación. El fallo del Supremo sobre La Manada así lo confirma. *Solo sí es sí*. España sigue avanzando en la protección de los derechos y libertades de las mujeres, y no se va a detener. Porque la creímos, porque os creemos. Porque os queremos VIVAS, LIBRES, SIN MIEDO». <https://www.telemadrid.es/noticias/sociedad/reacciones-sentencia-Manada-0-2133086689--20190621055111.html> (última consulta 29 de agosto de 2022).

68 Según se indica en <https://www.lavanguardia.com/sucesos/20180426/443012325241/feministas-se-movilizan-sentencia-la-manada.html> (última consulta: 23 de agosto de 2022).

69 Cfr. al respecto, por ejemplo, <https://www.radiocable.com/nm-indignacion-sentencia-manada429.html> (última consulta: 23 de agosto de 2022).

70 Como recoge GARCÍA ARÁN, «Como es sabido, según abundante jurisprudencia constitucional la Constitución protege el derecho a comunicar o recibir informaciones cuando estas sean, además de veraces (...), de interés general», característica que cumplen los procesos penales (GARCÍA ARÁN, A.: «Libertad de información y procesos penales en curso», en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 24, 2018. Ejemplar dedicado a: Garantías constitucionales, prensa y Derecho penal), p. 18, <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/issue/view/6/32>, última consulta: 3 de diciembre de 2022). Y, entre todos los delitos, son los violentos y sexuales los que más aparecen en los medios de comunicación por ser, como indica PAREDES CASTAÑÓN, los «más atractivos

cobertura en ese contexto de presión social y mediática exacerbada y sin precedentes en España<sup>71</sup> dio pie a que se cuestionara si se trató de una cobertura objetiva y neutral de los acontecimientos<sup>72/73</sup> y si la misma llegó a manipular a la opinión pública<sup>74/75</sup>.

Y es que, como puso de manifiesto hace ya años FUENTES OSORIO, la construcción de la realidad criminal que efectúan los medios de comunicación puede ser un elemento de influencia sobre las actitudes punitivas de ciertos sectores de la población<sup>76</sup>. De hecho, así parece ser que ocurrió en este caso

---

para el público» (PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: «La interacción entre los medios de comunicación social y la Política criminal en las democracias de masas», en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 24, 2018. Ejemplar dedicado a: Garantías constitucionales, prensa y Derecho penal), p. 100, <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/issue/view/6/32> (última consulta: 3 de diciembre de 2022).

- 71 Valga como muestra de esta presión mediática exacerbada el que incluso se llegaría a solicitar la inhabilitación de los magistrados de la Audiencia Provincial de Navarra encargados de dictar sentencia en el juicio de La Manada por más de 300.000 personas que apoyaron una campaña puesta en marcha en la plataforma Change.org. <https://www.elmundo.es/espana/2018/04/26/5ae1f7c422601dd71c8b4618.html> (última consulta: 23 de agosto de 2022).
- 72 Lo analizan críticamente, por ejemplo, LIARTE MARÍN, C./ BANDRÉS GOLDÁRAZ, E.: «La objetividad y neutralidad de la información en la red: el tratamiento del Diario.es, ABC.es y El País.com en el juicio contra “La Manada”», en *Fonseca, Journal of Communication*, 18, 2019, pp. 137- 138, <https://doi.org/10.14201/fjc201918119140> (última consulta: 23 de agosto de 2022).
- 73 De hecho, se han publicado distintos análisis sobre la forma en la que se había llevado la cobertura de este caso por los medios de comunicación. Entre otros pueden verse, por ejemplo, los siguientes: <https://somacomunicacion.com/como-han-cubierto-los-medios-de-comunicacion-el-caso-de-la-manada/>; <https://www.elsaltodiario.com/medios/la-manada-como-icono->; [https://www.lavozdeasturias.es/noticia/opinion/2018/04/27/manada-papel-medios/0003\\_201804G27P15991.htm](https://www.lavozdeasturias.es/noticia/opinion/2018/04/27/manada-papel-medios/0003_201804G27P15991.htm) (última consulta: 24 de agosto de 2022). Sobre el papel de la prensa andaluza en la cobertura del caso de la Manada puede verse también SÁNCHEZ-RAMOS, M. <sup>a</sup>: *La prensa andaluza ante el caso de la manada violencias sexuales y deontología periodística: aproximaciones desde la perspectiva crítica feminista*, Tirant lo Blanch, 2021.
- 74 Como lo plantearon los acusados en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 20 de mayo de 2018 de la Audiencia Provincial de Navarra. Cfr. FD Segundo de la sentencia 8/2018, de 30 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.
- 75 E incluso a repercutir en la imparcialidad judicial. De hecho, así lo consideraría la defensa de los acusados desde el primer momento. Pueden consultarse al respecto las alegaciones del señor Ricardo Javier González González en su voto particular a la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra. También puede consultarse el primer motivo del recurso de casación interpuesto por la defensa de los acusados contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, y cómo en el desarrollo del mismo se indica que el Tribunal juzgador no actuó con imparcialidad objetiva porque sus miembros habían estado sometidos a una incuestionable presión mediática que influyó de manera inequívoca en la resolución recurrida; ello a pesar de que se negara expresamente en la sentencia tal presión. Por supuesto, el Tribunal Supremo en su sentencia 344/2019, de 4 de julio, rechazó que la presión mediática repercutiera en el fallo finalmente dictado.
- 76 Cfr. FUENTES OSORIO, J. L.: «Los medios de comunicación...». Pero es que este autor plantea, incluso, si en última instancia no serán los grupos políticos con acceso a los medios

en concreto: se ha comprobado que el tratamiento informativo ofrecido por algunos de los medios de comunicación *online* contribuyó a la movilización de la ciudadanía, al menos, en las redes a través de los comentarios que se podían efectuar<sup>77</sup>. Pero es que, por otra parte, tal y como ponen de manifiesto LIARTE MARÍN y BANDRÉS GOLDÁRAZ, «los comentarios del público, en estos (en los tres diarios *online* sobre los que versa su estudio) y en otros medios, así como las manifestaciones en numerosas ciudades españolas y algunas en otros países, no solo sirvieron como altavoz para mostrar las opiniones de una parte de la ciudadanía, sino que también *podían*<sup>78</sup> ser tomados como una de las causas de que el Gobierno de España empezara a poner sobre la mesa la posible reforma del Código Penal para estos casos»<sup>79</sup>. De modo que, como no es extraño que los agentes políticos pretendan agradar a la opinión pública mediante la adopción de decisiones populares, esperando obtener de ello rédito político<sup>80</sup>, tales exigencias terminaron materializándose en la recientemente aprobada LO 10/2022 tal y como veremos a continuación.

---

de comunicación los que manipulan, en realidad, a la opinión pública (*ob. cit.*, 16:44). Y es que como pone de manifiesto: «a los *mass media* les interesa reproducir la información que reciben directamente de los gabinetes de comunicación de las instituciones políticas y los partidos políticos, que así establecen la agenda: eligen los acontecimientos y su contenido. Además, aunque desde una perspectiva mediática interesa la discusión y la polémica política que garantiza elevadas cuotas de audiencia, ésta se somete a los límites impuestos por los partidos. La idea de política se aleja de la discusión sobre el contenido de los programas de gobierno o las decisiones políticas adoptadas, la controversia ya ha sido resuelta en privado y se entiende como un teatral enfrentamiento entre líderes (y su carisma) que realmente podrían prescindir de sus partidos pero nunca de sus gabinetes de comunicación» (*ob. cit.*, 16:44). Una conclusión semejante considero que puede obtenerse de la reflexión que efectúa PAREDES CASTAÑÓN sobre los requisitos para que los medios de comunicación social incidan en la Política criminal. Este autor entiende que, si bien en principio la acción de los medios de comunicación es insuficiente para condicionar las discusiones y los procesos de adopción de decisiones en materia Político-criminal, las cosas son diferentes cuando, por mero azar o a través de una alianza estratégica intencionada, los medios de comunicación cooperan con otros agentes políticos [PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: «La interacción...», *ob. cit.*, p. 107, <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/issue/view/6/32> (última consulta: 3 de diciembre de 2022)].

77 Y así queda puesto de manifiesto en el análisis técnico realizado sobre la cobertura del mismo por algunos medios de comunicación online. Puede verse al respecto, LIARTE MARÍN, C./ BANDRÉS GOLDÁRAZ, E.: «La objetividad y neutralidad...», *ob. cit.*, pp. 137-138.

78 Cursiva añadida.

79 Cfr. en este sentido LIARTE MARÍN, C. / BANDRÉS GOLDÁRAZ, E.: «La objetividad y neutralidad...», *ob. cit.*, pp. 137- 138.

80 Tal y como lo evidenció hace tiempo FUENTES OSORIO, J. L.: «Los medios de comunicación...», *ob. cit.* En términos similares, puede verse también VIADER, C.: «Abuso, agresión, violación: cuando las palabras lo son todo», en *Asociación Judicial Francisco de Vitoria*, <http://www.ajfv.es/abuso-agresion-violacion-cuando-las-palabras-lo-son-todo-por-carlos-viader/> (última consulta: 28 de septiembre de 2022).

## 4. Repercusión del caso de «La Manada» en la reforma de los delitos de abuso y agresiones sexuales introducida por la LO 10/2022

El que la LO 10/2022 es fruto de esas movilizaciones y acciones públicas generadas por —entre otros— el mediático caso de «La Manada» se reconoce en el propio Preámbulo de esta LO, en los siguientes términos: «En los últimos años, gracias a las movilizaciones y acciones públicas promovidas por el movimiento feminista, las violencias sexuales han obtenido una mayor visibilidad social y se ha puesto de manifiesto la envergadura de los desafíos a que se enfrentan los poderes públicos para su prevención y erradicación». De hecho, aunque no se aprobara finalmente hasta el pasado 6 de septiembre, el origen de esta LO se gestó coincidiendo con la polémica generada por la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona de 2018: en aquel entonces se constituyó la Comisión de expertos para trabajar en la reforma del CP, la cual tenía, como una de sus conclusiones preliminares, precisamente, la eliminación del delito de abuso y la integración de todos los ataques contra la libertad sexual como agresiones sexuales<sup>81</sup>; una propuesta que se materializa en el texto definitivo de la Ley.

En efecto, la LO 10/2022, en el apartado seis de su Disposición final cuarta, en la que se recoge la reforma del CP, modifica diversos preceptos del Título VIII y, como puede comprobarse, convierte todo atentado contra la libertad sexual en un delito de agresión sexual al eliminar toda referencia a los abusos sexuales<sup>82</sup>. Así, el artículo 178 del Capítulo I, relativo a las agresiones sexuales dispone literalmente lo siguiente:

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

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

---

81 Reforma que era apoyada además por las principales asociaciones de jueces y magistrados de nuestro país según se pone de manifiesto en [https://elpais.com/sociedad/2018/12/05/actualidad/1543995494\\_456176.html](https://elpais.com/sociedad/2018/12/05/actualidad/1543995494_456176.html) (última consulta: 23 de agosto de 2022).

82 El Capítulo II, tradicionalmente referido a los abusos sexuales, pasa ahora a englobar las agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

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

Con esta eliminación de la distinción entre abusos y agresiones sexuales se pasa a convertir en agresión sexual todo acto que atente contra la libertad sexual de una persona sin su consentimiento, con independencia de la forma en la que se produzca este ataque. El legislador, además, opta por un modelo de consentimiento positivo, inspirado, en parte, en el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, denominado Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011<sup>83</sup>.

Esta idea había sido ya acogida por el Tribunal Supremo en la mencionada sentencia 344/2019<sup>84/85</sup>: en su FD Quinto, tras reproducir el contenido del artículo 36 del Convenio de Estambul y la referencia que en su apartado segundo se hace al consentimiento, afirmó que «(...) esta específica referencia que se hace en el Convenio de Estambul al consentimiento, como manifestación del libre arbitrio de la persona en función del contexto, deja clara la imposibilidad de interpretar una ausencia de resistencia física como tal voluntad. Por el contrario, la misma debe manifestarse de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho». Sin embargo, no fue este el argumento decisivo que se empleó para calificar los hechos juzgados como agresión sexual; si recordamos, tal decisión fue tomada por el tribunal por entender que la denunciante se encontraba en una situación de intimidación ambiental y que esta tenía la suficiente gravedad como para integrar ese delito.

83 En cuyo artículo 36 se regula la violencia sexual, incluida la violación, y en el que indica que: «1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

- 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».

Para, a continuación, en el apartado 2 de este mismo artículo señalar que «El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes».

84 Y así se hizo constar en el titular de una noticia publicada en El Diario.es de 5 de julio de 2019: «El Supremo hace suyo el *'solo sí es sí'* en la sentencia de 'la manada': el consentimiento sexual debe ser expreso», [https://www.eldiario.es/sociedad/manada\\_1\\_1456017.html](https://www.eldiario.es/sociedad/manada_1_1456017.html) (última consulta: 29 de agosto de 2022).

85 Y siguiéndola expresamente, la Sentencia 485/2019, de 25 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se concluye que el silencio sólo se puede interpretar como una negativa al acto sexual.

Resulta evidente que, con esta nueva regulación de los ataques contra la libertad sexual, el legislador quiere dejar claro que el silencio o la pasividad no necesariamente significa consentimiento, y que el hecho de que la víctima no muestre oposición no puede ser una excusa para actuar en contra de su voluntad, muy probablemente para transmitir el mensaje de que se eleva el estándar de seguridad al fijar la premisa de que a la víctima se la protege cuando no consiente en el acto sexual y no exclusivamente si hubiera mostrado claramente su oposición. Ahora bien, en realidad, se está transmitiendo un mensaje desacertado al insinuarse que regulación vigente hasta la fecha había permitido, de alguna manera, las relaciones sexuales sin consentimiento de los implicados, lo que no se corresponde con la realidad<sup>86</sup>. Como afirmaría VIADER: «el malestar innegable que existe en España en relación con la regulación de los delitos contra la libertad sexual es resultado de su profunda ignorancia, arengada por unos partidos políticos que, habiéndola redactado y aprobado, y por tanto conociéndola (o debiendo conocerla) al dedillo, tratan de sacarle tajada electoral descaradamente, (...)»<sup>87</sup>.

El problema de esto es que, como vamos a ver, esta conversión de todo atentado contra la libertad sexual en agresión sexual no puede cubrir *per se* las expectativas que se han ido generado durante este tiempo en la sociedad española. Es cierto que, como a partir de ahora deja de ser determinante para calificar un hecho como agresión sexual el que haya habido violencia o intimidación, se diluye la trascendencia que tenía hasta la fecha la delimitación entre el prevalimiento y la intimidación; cuestión que, como hemos visto en el caso objeto de estudio, había sido especialmente debatida. También, en principio, pierde importancia la determinación de qué ha de entenderse por «intimidación» y, muy especialmente, la duda de si este concepto, por su indeterminación, requiere en este ámbito antes de una interpretación «desde una perspectiva de género» que lleve a atender no sólo a su lado normativo, sino también a su parte «subjetiva y política», como algunos han exigido<sup>88</sup>.

Ahora bien, el hecho de que estas cuestiones hayan perdido parte de la relevancia que tenían hasta la fecha en cuanto a que ya no son determinantes en la delimitación entre abusos y agresiones sexuales, no implica que hayan desaparecido ni, por tanto, lo hayan hecho los problemas de prueba que suscitaban en cuanto que el apartado 2 del artículo 178 indica que «se

86 Como también lo apuntan críticamente, GIL GIL, A. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «A propósito de 'La Manada'...», *ob. cit.*, p. 15, [https://www.researchgate.net/publication/329217479\\_A\\_proposito\\_de\\_La\\_Manada\\_analisis\\_de\\_la\\_Sentencia\\_y\\_valoracion\\_critica\\_de\\_la\\_propuesta\\_de\\_reforma\\_de\\_los\\_delitos\\_sexuales](https://www.researchgate.net/publication/329217479_A_proposito_de_La_Manada_analisis_de_la_Sentencia_y_valoracion_critica_de_la_propuesta_de_reforma_de_los_delitos_sexuales) (última consulta: 3 de diciembre de 2022).

87 VIADER, C.: «Abuso, agresión...», *ob. cit.*

88 Como lo reivindicaría, por ejemplo, alguna abogada consultada tras la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia en el caso de «La Arandina». Cfr. <https://www.newtral.es/las-claves-de-la-nueva-sentencia-del-caso-arandina-preguntas-y-respuestas/20200319/> (última consulta: 21 de septiembre de 2022).



consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando (...), intimidación». Luego, si en un caso concreto se entiende que hay agresión sexual por «intimidación» esta habrá de haber sido acreditada<sup>89</sup>, al igual que habrá que acreditar, en su caso, si se abusó de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, si la víctima se hallaba privada de sentido o tenía anulada su voluntad, o bien presentaba una situación mental de la que el sujeto activo abusó.

Por otra parte, por mucho que a partir de ahora el término «agresión sexual» pase a englobar también a los hechos llevados a cabo sin violencia ni intimidación caracterizados hasta la fecha como abusos sexuales, tal modificación terminológica va acompañada de un marco de pena que habrá de ser acotado según la gravedad de la conducta realizada, por lo que tampoco a partir de ahora todos los ataques contra la libertad sexual, aunque reciban la misma denominación, van a ser —ni deben serlo— castigados con la misma pena. Por el contrario, la *forma* de realización de los hechos seguirá siendo, como es adecuado con arreglo al principio de proporcionalidad, relevante a estos efectos<sup>90</sup>.

Por ello, si el artículo 178 CP vigente hasta la fecha castigaba las agresiones sexuales con pena de prisión de uno a cinco años y el artículo 181.1 CP los abusos sexuales con pena de uno a tres años de prisión o multa de dieciocho a veinticuatro meses, ahora el artículo 178 CP prevé en su primer apartado que las agresiones sexuales (en las que, como sabemos, quedan incluidos los anteriores abusos sexuales) serán castigadas con una pena de prisión de uno a cuatro años. Y la previsión del apartado 3 del artículo 178 CP permite que un atentado contra la libertad sexual constitutivo de agresión sexual sea castigado con una pena de prisión menos grave e, incluso, con la de multa, en atención a la menor entidad de los hechos y las circunstancias personales del culpable. Es decir, el legislador ha refundido los abusos y las agresiones sexuales, pero ahora prevé para el que realice «cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» un

---

89 Además de que tanto la intimidación como la violencia volverán a recuperar parte de la trascendencia perdida en esta Ley 10/2022 si la Proposición 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 de los menores (BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, n.º 318-1, de 17/02/2023), es finalmente aprobada en los términos en los que fue admitida a trámite por el Congreso de los Diputados ya que tanto la concurrencia de la una como de la otra determinará la apreciación de unos tipos cualificados en los artículos 178.3 y 179.2 CP.

90 En esta línea, de hecho, repercute específicamente la Proposición 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, a la que he hecho referencia en la nota anterior al incorporar la violencia y la intimidación como factores de agravación de la pena a imponer.

marco de pena que más o menos (pero no íntegramente) engloba los marcos penales previstos —de forma independiente hasta la fecha— para agresiones y abusos sexuales.

En términos paralelos, si el artículo 179 CP vigente hasta la fecha castigaba las agresiones sexuales constitutivas de violación (con acceso carnal) con pena de prisión de seis a doce años y el artículo 181.1 CP los abusos sexuales con acceso carnal con pena de prisión de cuatro a diez años, ahora las agresiones sexuales consistentes en «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías», son sancionadas con pena de prisión de cuatro a doce años (art. 179 CP).

Si nos damos cuenta, las agresiones sexuales del ya vigente artículo 178.1 CP llevan aparejado un marco de pena con un máximo inferior al máximo con el que se castigaban las agresiones sexuales en su redacción anterior. Por su parte, el vigente artículo 179 CP castiga los hechos constitutivos de agresión sexual con acceso carnal con un marco penal cuyo mínimo es inferior al previsto en su redacción vigente hasta la fecha (pasa de seis a cuatro años de pena de prisión). Diferentes marcos de pena que han dado pie a numerosas solicitudes de revisión de sentencias condenatorias por delitos sexuales. Y, si bien es cierto que no todas ellas han prosperado<sup>91</sup>, sí ha habido algunas rebajas de penas y presos que han sido excarcelados; rebajas de pena y excarcelaciones que no han sido bien recibidas ni social ni políticamente. De hecho, esto ha generado una auténtica batalla campal entre los impulsores de esta Ley y la judicatura. La ministra de Igualdad, Irene Montero, ha llegado a criticar a los jueces autores de las sentencias referidas al señalar que han revisado esas condenas con un «sesgo machista que contradice la intención de la ley»<sup>92</sup>, y a sugerirles que se formen para interpretar bien la Ley<sup>93</sup>. A lo que el Consejo General del Poder Judicial y asociaciones de jueces y fiscales han respondido diciendo que ellos se limitan a aplicar lo que la Ley dispone<sup>94</sup>; así como que ya habían advertido de que esta situación podía llegar a plantearse en su informe preceptivo a la Ley de febrero de 2021.

---

91 Por ejemplo, a 21 de noviembre de 2022 había cincuenta y cuatro solicitudes de rebaja de pena que no habían prosperado <https://www.20minutos.es/noticia/5077408/0/el-debate-sobre-la-ley-del-si-es-si-solo-acaba-de-empezar-el-supremo-se-pronunciara-en-semanas-pero-la-polemica-podria-llegar-al-tc/> (última consulta: 27 de noviembre de 2022).

92 Cfr. [https://www.elnacional.cat/es/politica/por-que-rebajas-penas-agresores-sexuales-ley\\_918648\\_102.html](https://www.elnacional.cat/es/politica/por-que-rebajas-penas-agresores-sexuales-ley_918648_102.html) (última consulta: 27 de noviembre de 2022).

93 Cfr. al respecto, <https://www.20minutos.es/noticia/5077408/0/el-debate-sobre-la-ley-del-si-es-si-solo-acaba-de-empezar-el-supremo-se-pronunciara-en-semanas-pero-la-polemica-podria-llegar-al-tc/> (última consulta: 27 de noviembre de 2022).

94 Así puede verse en [https://www.elnacional.cat/es/politica/por-que-rebajas-penas-agresores-sexuales-ley\\_918648\\_102.html](https://www.elnacional.cat/es/politica/por-que-rebajas-penas-agresores-sexuales-ley_918648_102.html) (última consulta: 27 de noviembre de 2022).

En esta tesitura se han defendido dos interpretaciones contradictorias. Por un lado, la sostenida, por ejemplo, por Javier Marca, presidente del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, o por el Ministerio de Igualdad, que confiaba en que la reducción de condenas de la que se le advertía no tuviera lugar<sup>95</sup> dada la existencia de la Disposición Transitoria Quinta del CP que dispone que «En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código». En esta línea, el jefe del Ministerio Público, Álvaro García Ortiz, envió un Decreto a los señores fiscales el lunes 28 de noviembre para poner coto a las rebajas de condenas a violadores tras la aplicación de la Ley del «Solo sí es sí», en el que indicaba que «los fiscales llevarán a cabo un proceso de análisis individualizado y se opondrán a una reducción de penas en aquellos casos en los que el castigo esté dentro de la horquilla prevista en la nueva norma del Ministerio de Igualdad»<sup>96</sup>. Criterio adoptado también en un acuerdo de las Secciones Penales de la Audiencia de Navarra y que ha llevado precisamente a que la Audiencia Provincial de Navarra haya rechazado la rebaja de la pena solicitada por el abogado defensor de uno de los condenados por el caso de «La Manada»<sup>97</sup>.

Y, por otro lado, la interpretación que considera que la falta de un régimen transitorio definido en la Ley del «Solo sí es sí» que indique en qué casos procedería revisar las condenas y en qué casos no (cuestión de suma importancia dado que en ella se modifican y refunden delitos), determina que haya de acudirse a los criterios interpretativos del Código entre los que está la retroactividad de la ley penal más favorable (art. 2.2 CP), criterio que forma parte de las garantías de nuestro sistema penal y que no puede ser puesto en cuestión. De hecho, son ya nueve las Audiencias Provinciales (Madrid, Valladolid, Vizcaya, Granada, Córdoba, Málaga, Zaragoza, Asturias y Alicante) las que han unificado criterio en diferentes cónclaves y todas ellas han coincidido en seguir apostando por rebajas de penas para aju-

---

95 Según se recoge en <https://www.20minutos.es/noticia/5077408/0/el-debate-sobre-la-ley-del-si-es-si-solo-acaba-de-empezar-el-supremo-se-pronunciara-en-semanas-pero-la-polemica-podria-llegar-al-tc/> (última consulta: 27 de noviembre de 2022).

96 Puede consultarse en este sentido la noticia aparecida en el periódico La Razón el 28 de noviembre <https://www.larazon.es/espana/20221121/ep4rr7lihrdn5ceq4lh3fv5mny.html> (última consulta: 28 de noviembre de 2022).

97 Por sentencia del 28 de noviembre de 2022, según se informa, por ejemplo, en El Diario de Sevilla de 28 de noviembre de 2022, [https://www.diariodesevilla.es/juzgado\\_de\\_guardia/actualidad/Audiencia-Navarra-no-rebaja-condena-Manada-Angel-Boza\\_0\\_1742826803.html](https://www.diariodesevilla.es/juzgado_de_guardia/actualidad/Audiencia-Navarra-no-rebaja-condena-Manada-Angel-Boza_0_1742826803.html) (última consulta: 28 de noviembre de 2022).

tarlas al nuevo marco legal, sin tener en cuenta, por tanto, la Disposición Transitoria Quinta del Código Penal de 1995 que limita las revisiones<sup>98/99</sup>.

Desde este último punto de vista resulta lógico que, si las agresiones sexuales constitutivas de violación eran sancionadas hasta la fecha con pena de prisión de seis a doce años y ahora todas ellas están castigadas con pena de prisión de cuatro a doce años, los abogados defensores de los condenados soliciten la revisión de las condenas de sus representados; revisiones que los tribunales tendrán que hacer cuando proceda, incluso de oficio. Evidentemente, esto no quiere decir que vayan a tener que revisarse las condenas de los cerca de cuatro mil presos por delitos sexuales que hay en este momento en España; tan sólo afectará a un sector muy concreto de condenas, como es fundamentalmente el de aquellas en las que se impuso «la pena mínima prevista por la Ley».

En esta tesitura, la Fiscalía General del Estado está trabajando en una Circular en la que se armonicen criterios y ha pedido a los fiscales que le hagan llegar resoluciones judiciales e informes propios. Por su parte, el Gobierno había decidido, en principio, no tocar la Ley —como sin embargo se ha reclamado desde distintos sectores políticos y sociales—, al menos hasta que el Tribunal Supremo marcara criterio en casación, ya que las sentencias en las que se ha ido rebajando la condena por aplicación retroactiva de la ley del «Solo sí es sí» son susceptibles de recurso ante este órgano.

Pues bien, el Tribunal Supremo se ha pronunciado ya por sentencia dictada el 29 de noviembre, en la que resuelve el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en el conocido como caso de «La Arandina»<sup>100</sup>. En ella, el Tribunal Supremo indica

98 Según se hace constar en una noticia publicada en el diario Veinte Minutos de 28 de noviembre de 2022, disponible en <https://www.20minutos.es/noticia/5080281/0/diez-audiencias-provinciales-se-desmarcan-de-la-fiscalia-en-la-ley-del-solo-si-es-si-y-revisaran-condenas-a-agresores-sexuales/> (última consulta: de 28 de noviembre de 2022).

99 En esta línea, la Sección primera de la Audiencia Provincial de Cantabria ha ajustado las penas solicitadas por la Fiscalía en un caso de 2017, aplicándole a los condenados en vez de los dieciocho años solicitados, once años de pena privativa de libertad conforme a la nueva redacción de los delitos sexuales por la Ley del «Sólo sí es sí». La Audiencia Provincial de Cantabria incide en este sentido en que en 2020 a ambos se les impuso «la pena mínima prevista en la ley», por lo que, si la misma ha variado con la nueva legislación, sus condenas por esta doble violación deben reducirse. Esta Audiencia sostiene, además, que la Disposición Transitoria Quinta del Código penal valía para lo que había que revisar en 1995, pero que «No se considera que esos criterios sean aplicables a una Ley aprobada 27 años después de aquella». Cfr. noticia aparecida en el periódico El Mundo del 28 de noviembre de 2022, disponible en <https://www.elmundo.es/espana/2022/11/28/6384e-14de4d4d8254c8b45ca.html>, última consulta: 28 de noviembre de 2022).

100 En este caso se juzgó a tres jóvenes integrantes del Club de Fútbol «La Arandina» —de ahí el nombre por el que es conocido— por unos actos de carácter sexual realizados con una joven que, en el momento de los hechos (noviembre de 2017), tenía quince años. Al igual que en el de «La Manada», lo que había que dilucidar en este supuesto era si las relaciones

que «la Ley Orgánica 10/2022 podrá aplicarse en beneficio del reo cuando se fije ahora pena inferior en aquellos supuestos en los que así proceda, pero analizando caso por caso y no de forma global, tanto en asuntos pendientes de juicio como en recursos de apelación y de casación y en ejecutorias penales». Por lo que, si a futuro se quiere eliminar la posibilidad de que ciertos delitos sexuales terminen siendo castigados con arreglo a esta Ley menos gravemente que con la regulación previa a su entrada en vigor, la Ley del «Solo sí es sí» tendrá que ser revisada. Ahora bien, los nuevos marcos penales que en ella se establezcan sólo serán aplicables a los hechos que se cometan a partir de su entrada en vigor<sup>101</sup>, no afectando en modo alguno a aquellos casos en los que se hubiera ya aplicado retroactivamente en beneficio del reo.

Continuando con las dificultades que considero suscita esta nueva LO 10/2022, hemos de ser conscientes de que la nueva exigencia, para que una relación sexual quede fuera del ámbito de lo penalmente relevante (esto es, que exista un consentimiento expreso), también traerá problemas y controversias ya que no se corresponde con las costumbres sociales que suelen rodear a los actos sexuales. Y, por supuesto, la exigencia de que «los actos llevados a cabo por el sujeto pasivo (víctima) expresen con claridad su voluntad» de participar en el acto sexual de que se trate, obligará a tener en consideración no sólo las palabras, sino también, como es lógico, los comportamientos de la misma; valoración esta que, sin embargo, fue duramente criticada, como hemos visto en el caso objeto de estudio.

Pero es que, además, el hecho de que conforme a la nueva tipificación de las agresiones sexuales lo determinante sea la constatación de que se haya prestado un consentimiento expreso, implica un cambio de paradigma a la hora de juzgar los delitos sexuales ya que habrá que entenderse, a partir de ahora, que los actos de carácter sexual son, como punto de partida, no consentidos salvo que la parte acusada demuestre que sí hubo tal consenti-

---

sexuales mantenidas por ese grupo fueron consentidas por la menor o, por el contrario, fueron conseguidas mediante el empleo de violencia o intimidación y, por tanto, se trataba de unas agresiones sexuales. Ahora bien, a lo anterior se le añadía que el sujeto pasivo era una menor de dieciséis años, extremo este que los acusados siempre mantuvieron que desconocían, y cuyo consentimiento a los actos de carácter sexual es, conforme a nuestro sistema normativo vigente, en principio irrelevante salvo que proceda la aplicación de la cláusula contenida hasta la fecha en el artículo 183 quáter CP, con la problemática que el mismo conlleva.

101 Como se advierte expresamente en la Exposición de Motivos de la Proposición 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 de los menores (Bocg. Congreso de los Diputados, serie B, n.º 318-1, de 17/02/2023), entiendo que para no generar con ella unas expectativas que no podrán ser satisfechas.

miento<sup>102</sup>, lo que implica trasladar al acusado la carga de la prueba<sup>103</sup> y vulnerar, en consecuencia, el principio de presunción de inocencia. Consecuencia ésta sumamente cuestionable<sup>104</sup>.

## 5. Del *No es no* al *Solo sí es sí*. Reflexión final

Tras el nuevo tenor literal del apartado 1 del artículo 178 CP, será agresión sexual todo acto de carácter sexual realizado sin el consentimiento del sujeto pasivo, precisándose a continuación que «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». Por lo que la máxima «No es no» que se venía esgrimiendo desde hace años como lema en la lucha contra las agresiones sexuales contra la mujer<sup>105</sup> pasa a quedar sustituida por el lema «Solo sí es sí».

Ahora bien, no porque se eleve todo acto sexual sin el consentimiento del afectado a agresión sexual, ni porque se precise por escrito cuándo se entenderá única y exclusivamente que tal acto ha sido consentido, desaparecerán los problemas de prueba que pueden plantearse en este tipo de delitos. En realidad, estos sólo podrán resolverse —tal y como ha ocurrido siempre— en

102 Tal y como advertía GARCÍA AMADO en su comentario a la sentencia recaída en el caso «Arandina» [GARCÍA AMADO, J. A.: «Sobre la sentencia por agresión sexual de los jugadores de la Arandina», *Almacén de Derecho*, 3 de enero de 2020, <https://almacendederecho.org/sobre-la-sentencia-por-agresion-sexual-de-los-jugadores-de-la-arandina> (última consulta: 1 de septiembre de 2022)].

103 Como lo indicaron ya con anterioridad a esta reforma GIL GIL y NÚÑEZ FERNÁNDEZ en su comentario a la sentencia dictada en el caso de la Manada (GIL GIL, A. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «A propósito de ‘La Manada’, ...», *ob. cit.*, p. 16, [https://www.researchgate.net/publication/329217479\\_A\\_proposito\\_de\\_La\\_Manada\\_analisis\\_de\\_la\\_Sentencia\\_y\\_valoracion\\_critica\\_de\\_la\\_propuesta\\_de\\_reforma\\_de\\_los\\_delitos\\_sexuales](https://www.researchgate.net/publication/329217479_A_proposito_de_La_Manada_analisis_de_la_Sentencia_y_valoracion_critica_de_la_propuesta_de_reforma_de_los_delitos_sexuales) (última consulta: 3 de diciembre de 2022)).

104 Especialmente crítico con la LO 10/2022, ÁLVAREZ GARCÍA, «Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *RECPC* 25-r3, 2023, <http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-r3.pdf> (última consulta 18 de marzo de 2023).

105 Así, por ejemplo, fue utilizada en una campaña del Ayuntamiento de Granada contra la violencia de género en 2014 <https://elindependientedegradada.es/ciudadania/pp-utilizo-hace-dos-anos-lema-no-es-no-violencia-genero-que-ahora-censura>; por el Instituto Navarro para la Igualdad (INAI), en colaboración con ayuntamientos y concejos en 2017, [http://www.navarra.es/home\\_es/Actualidad/Sala+de+prensa/Noticias/2017/06/05/campana+agresiones+sexuales+en+fiestas.htm](http://www.navarra.es/home_es/Actualidad/Sala+de+prensa/Noticias/2017/06/05/campana+agresiones+sexuales+en+fiestas.htm); en Calatayud en 2022 en su campaña como ciudad libre de agresiones sexistas en San Roque, <https://www.calatayud.es/noticia/calatayud-refuerza-su-campana-como-ciudad-libre-de-agresiones-sexistas-en-san-roque>; o sencillamente en las manifestaciones feministas como la de 8 de marzo de 2022, <https://www.gndiario.com/8m-frases-pancartas-manifestacion-feminismo> (última consulta: 29 de agosto de 2022).

el curso de un proceso posterior a la presunta agresión sexual o violación, procesos que podrán llegar a ser, en ocasiones — como ha ocurrido, también, siempre —, extremadamente complicados.

De modo que, con independencia de que se comparta o no esta unificación de todo ataque contra la libertad sexual sin consentimiento expreso de los implicados como agresión sexual, que no creo pueda ser reducida a una mera cuestión terminológica, lo que resulta evidente es que esta nueva configuración legal de los delitos más graves contra la libertad sexual en modo alguno va a ser la panacea en la lucha contra los mismos. Nos seguiremos encontrando con unos hechos que se suelen cometer en un ámbito de intimidad, en los que normalmente solo intervienen dos personas, siendo una de ellas, precisamente, el titular del bien jurídico afectado y, si bien esta no debe ser culpabilizada, tampoco se puede vulnerar la presunción de inocencia del presunto sujeto activo. Considero importante recordar que la indignación ciudadana no debería dar lugar, una vez más, a que se legisle en caliente<sup>106</sup> en casos en los que es discutible que sea estrictamente necesario<sup>107</sup> y en los que se procede indudablemente de forma utilitarista; porque ello no mejora necesariamente un texto normativo ni tampoco otorga *per se* una mayor operatividad real al mismo<sup>108</sup>. Pudiendo incluso, como hemos comprobado, terminar produciendo, en algunos casos, el efecto contrario al pretendido.

Por otra parte, constituye un grave error olvidar o desconocer intencionadamente que lo jueces han de seguir vinculados, como no puede ni debe ser de

106 Tal y como se advierte también en [https://www.lavozdeasturias.es/noticia/opinion/2018/04/27/manada-papel-medios/0003\\_201804G27P15991.htm](https://www.lavozdeasturias.es/noticia/opinion/2018/04/27/manada-papel-medios/0003_201804G27P15991.htm) y en [https://www.lavozdegalicia.es/noticia/opinion/2018/04/27/manada-papel-medios/0003\\_201804G27P15991.htm](https://www.lavozdegalicia.es/noticia/opinion/2018/04/27/manada-papel-medios/0003_201804G27P15991.htm) (última consulta: 24 de agosto de 2022).

107 Ya que no se han tenido en cuenta ni las circunstancias de la delincuencia sexual en España, ni los datos estadísticos a nivel comparado respecto de países de nuestro entorno, como lo pusieron de manifiesto GIL GIL, A. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. en su análisis de la sentencia de la Manada y a la necesidad real de la reforma de los delitos sexuales antes de que esta tuviera lugar [«A propósito de ‘La Manada’...», *ob. cit.*, p. 8, [https://www.researchgate.net/publication/329217479\\_A\\_proposito\\_de\\_La\\_Manada\\_analisis\\_de\\_la\\_Sentencia\\_y\\_valoracion\\_critica\\_de\\_la\\_propuesta\\_de\\_reforma\\_de\\_los\\_delitos\\_sexuales](https://www.researchgate.net/publication/329217479_A_proposito_de_La_Manada_analisis_de_la_Sentencia_y_valoracion_critica_de_la_propuesta_de_reforma_de_los_delitos_sexuales) (última consulta: 3 de diciembre de 2022)].

108 Como advertía hace años FUENTES OSORIO cuando a veces los agentes políticos pretenden agradar a la opinión pública mediante la adopción de decisiones populares y obtener un beneficio político de ello, usando el Derecho penal como una medida demostrativa del interés y la capacidad de respuesta de las instituciones políticas, se puede dar lugar a la introducción en el Código de tipos que por no haber pasado un periodo de reflexión crítica arrojan dudas sobre la precisión y corrección del tipo desde una perspectiva de técnica legislativa [cfr. FUENTES OSORIO, J. L.: «Los medios de comunicación...», *ob. cit.*]. Críticamente también frente al populismo punitivo, cfr. GIL GIL, A. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «A propósito de ‘La Manada’, ...», *ob. cit.*, pp. 17 y ss., [https://www.researchgate.net/publication/329217479\\_A\\_proposito\\_de\\_La\\_Manada\\_analisis\\_de\\_la\\_Sentencia\\_y\\_valoracion\\_critica\\_de\\_la\\_propuesta\\_de\\_reforma\\_de\\_los\\_delitos\\_sexuales](https://www.researchgate.net/publication/329217479_A_proposito_de_La_Manada_analisis_de_la_Sentencia_y_valoracion_critica_de_la_propuesta_de_reforma_de_los_delitos_sexuales), (última consulta: 3 de diciembre de 2022).

otra forma en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro, al tenor literal de la ley y que solo podrán condenar penalmente si entienden acreditado, más allá de toda duda razonable, los requisitos del delito en cuestión<sup>109</sup>; y todo ello en un proceso que habrá de celebrarse con arreglo a lo que la ley procesal establece. Me parece totalmente execrable que nuestros gobernantes y políticos lleguen a apoyar el cuestionamiento de las decisiones judiciales y transmitan a la sociedad unas expectativas en la lucha contra los delitos que, al no poder verse cumplidas, terminarán dando lugar a la exigencia de mayores intervenciones punitivas que serán nuevamente empleadas, cuando no directamente incentivadas, por esos mismos políticos o por los que les sustituyan, para obtener otra vez más un mayor rédito político; lo que no es más que, en última instancia, una burda manipulación de la opinión pública en su propio beneficio.

## 6. Bibliografía

**ACALE SÁNCHEZ, M.:** «A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre la Manada de Manresa», en *Criminal Justice Network*, 10 de noviembre de 2019.

**Ávarez García, F. J.:** «Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», en *RECPC*, 25-r3, 2023.

**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*, n.º 9500, 2019.

**CARRILLO, M.:** «Derechos fundamentales y poder judicial en la sentencia de la Manada», en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 24, 2018 (Ejemplar dedicado a: Garantías constitucionales, prensa y Derecho penal), pp. 64-91.

**CARUSO FONTÁN, M. V.:** «¿Sólo Sí es Sí? La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en *Diario La Ley*, n.º 9594, 2020.

**FARALDO CABANA, P. / ACALE SÁNCHEZ, M. (dirs.),** *La Manada un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, 2018.

---

109 Y sin que sea admisible, como advierte MUÑOZ CONDE, que el Poder legislativo (en definitiva, un poder eminentemente político que busca siempre congraciarse con sus electores) corrija, mediatice o incluso vincule al juez o Tribunal en lo que constituye «el fundamento conceptual de su independencia: la libre valoración de la prueba» (MUÑOZ CONDE, F.: «La vinculación...», *ob. cit.*, p. 242, <https://www.criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/article/view/28>, (última consulta: 3 de diciembre de 2022). Como señala este autor, «El juez está ciertamente vinculado con mayor o menor rigor a la ley que tiene que aplicar, pero aún más a la prueba de los hechos que tiene que juzgar, y a los que tiene que aplicar esa ley» (*Ibidem*).



- FUENTES OSORIO, J. L.:** «Los medios de comunicación y el Derecho penal», en *RECPC*, 07-16, 2005.
- GARCÍA AMADO, J. A.:** «Sobre la sentencia por agresión sexual de los jugadores de la Arandina», en *Almacén de Derecho*, 3 de enero de 2020.
- GARCÍA ARÁN, M.:** «Libertad de información y procesos penales en curso», en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 24, 2018 (Ejemplar dedicado a: Garantías constitucionales, prensa y Derecho penal), pp. 4-32.
- 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 (Ejemplar dedicado a las Huellas de «La Manada»)*, n.º 77, octubre de 2018, pp. 4-17.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A.:** «Las huellas de «La Manada»», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 77, 2018, pp. 16-21.
- LIARTE MARÍN, C. / BANDRÉS GOLDÁRAZ, E.:** «La objetividad y neutralidad de la información en la red: el tratamiento del Diario.es, ABC.es y El País.com en el juicio contra “La Manada”», en *Fonseca, Journal of Communication*, 18, 2019, pp. 119-140.
- MONGE FERNÁNDEZ, A.:** «Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz del caso «La Manada» («sólo sí es sí»», en Javier Parrilla Vergara (coord.) y Antonia Monge Fernández (dir.): *Mujer y Derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2019, pp. 339-370.
- 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 *Revista Criminalia*, Año LXXXVI-1, vol. 86, n.º 1 (2020), pp. 221-244.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M.:** «La interacción entre los medios de comunicación social y la Política criminal en las democracias de masas», en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 24, 2018 (Ejemplar dedicado a: Garantías constitucionales, prensa y Derecho penal), pp. 92-114.
- SÁNCHEZ-RAMOS, M.,** *La prensa andaluza ante el caso de la manada violencias sexuales y deontología periodística: aproximaciones desde la perspectiva crítica feminista*, Tirant lo Blanch, 2021.
- VIADER, C.:** «Abuso, agresión, violación: cuando las palabras lo son todo», en *Asociación Judicial Francisco de Vitoria*.



# **UNA VUELTA ALREDEDOR DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO VIII DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL RUBRICADO «DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL»**

**María Marta González Tascón**

*Universidad de Oviedo*

## **1. Consideraciones previas**

La intervención del Estado a través del Derecho penal en las conductas de naturaleza sexual así como en aquellas otras dirigidas directamente a facilitar la realización de las primeras por terceras personas, conformadora del denominado Derecho penal sexual, dio lugar a partir de la década de los sesenta al gran debate doctrinal sobre el bien jurídico penalmente protegido por esas normas penales<sup>1</sup>, que, como es sabido, a pesar de los envistes que en tiempos más cercanos ha recibido como criterio de legitimación de la criminalización de las conductas<sup>2</sup>, sigue constituyendo una pieza nuclear de nuestro sistema del delito. El valor de la libertad sexual se erigió entonces como el principal objeto merecedor de la tutela penal en el ámbito de referencia<sup>3</sup>, consolidán-

---

1 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *El Derecho Penal ante el sexo. (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 12-117 y 202-226.

2 Vid., por ejemplo, FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Funcionalismo y teoría de bien jurídico», en MIR PUIG, S./ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., (dir.), *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 185-230.

3 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *El Derecho Penal ante el sexo. (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual)*, cit., *passim*; CARMONA SALGADO, C.: *Los delitos de abusos sexuales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 22. No obstante, MUÑOZ CONDE, F.: «Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código penal)», en *EPC*, n.º 13, 1988-1989, p. 278, con motivo del análisis de la reforma de los delitos sexuales de 1989, concluiría que la libertad sexual no era ni el único ni el más importante de los bienes jurídicos protegidos en esos delitos, sino una aspiración político-criminal y una pauta para la interpretación de los tipos penales. Décadas después, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 24.<sup>a</sup>

dose esta idea con el devenir de los años en los estados cuya configuración política responde al modelo de estado social, democrático y de derecho y, con ello, la sustitución de la salvaguarda de otras realidades designadas mediante conceptos más abstractos, genéricos y fuertemente delimitados en su significación por una determinada moral social, excluyente y opresora, de imposible engranaje en los esquemas de la sociedad plural. Así, por ejemplo, el pudor, la decencia pública y muy destacadamente la honestidad, cuya protección habría contribuido a perpetuar a través de los siglos un orden social marcado por la desigualdad de los sexos especialmente restrictivo de derechos para la mujer<sup>4</sup>, a quien se le asignaba la identidad de sujeto dependiente, pasivo, vulnerable, necesitado del control y de la protección de una figura de autoridad masculina (padre, esposo, religioso) y a la que se atribuía una función social ligada a la procreación dentro del matrimonio, donde se encasillaba su desarrollo en la esfera sexual. Al servicio de aquel orden social respondieron, entre otras, las figuras delictivas de adulterio y de amancebamiento, que comportaban un abordaje diferente de la infidelidad conyugal, siendo tratada con mayor dureza la esposa y llegándose incluso a reconocer una atenuación y exención de pena al marido por los delitos de homicidio y de lesiones cometidos contra los amantes; el delito sexual considerado más grave, esto es, la violación, que se definía como el yacimiento con mujer<sup>5</sup>, estableciéndose una pena de menor gravedad si de una mujer pública se tratase y no reconociéndose la violación dentro del matrimonio; los llamados delitos de estupro y corrupción de menores y de rapto, cuyas acciones recaían sobre las mujeres; las reglas de perseguibilidad del delito, que reconocían la legitimación para denunciar al marido; la posibilidad del perdón a través del matrimonio; o la dote de la mujer como vía de reparación del daño<sup>6</sup>.

La identificación de la libertad sexual como el *leit motiv* de la configuración de los delitos sexuales así como el espejo preferente en el que confrontar las

---

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, pp. 223-227, seguirá sosteniendo la existencia de delitos sexuales que sólo en un sentido muy amplio pueden ser calificados como delitos contra la libertad sexual.

- 4 El enunciado «De los delitos contra la honestidad» se introduce en el CP de 1848 y no desaparece hasta la entrada en vigor de la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del CP.
- 5 Del delito de abusos deshonestos, que implicaba la concurrencia de alguna de las circunstancias específicas de la violación, podían ser sujetos pasivos los hombres.
- 6 Una aproximación desde la perspectiva de género a la configuración histórica de los delitos sexuales a partir de la codificación penal en ASUA BATARRITA, A.: «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», en RICÓN, A., (coord.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Ed. Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, País Vasco, 1998, pp. 60-73; CARUSO FONTÁN, M. V.: *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 23-88; o ACALE SÁNCHEZ, M.: *La violencia sexual de género frente a las mujeres adultas*, Ed. Reus, Madrid, 2019, pp. 123-157.

conductas delictivas de naturaleza sexual, no habría impedido, sin embargo, la pervivencia en el tiempo de un elemento de confrontación en la doctrina sobre su idoneidad como adalid de la tutela penal dispensable a las personas pertenecientes a ciertos colectivos o grupos caracterizados por la ausencia de la capacidad de la persona para decidir autónomamente sobre la cuestión sexual; habiéndose advertido a resultas por parte de un sector doctrinal la necesidad de apelar a otro bien jurídico penal, que acabaría siendo mayormente identificado como indemnidad sexual. No habría ocurrido lo mismo en relación con otras manifestaciones de la libertad<sup>7</sup>, sin perjuicio de que pudiera reconocerse en ellas un mayor contenido de injusto en base a la mayor peligrosidad de la acción al ser las víctimas menores de edad o personas con discapacidad.

Esta discrepancia captaría la atención del propio Legislador penal, quien jugará un papel decisivo en la determinación del bien jurídico protegido en los delitos del título VIII del libro II del CP de 1995 a raíz de los cambios propiciados en éste por la LO 11/1999, de 30 de abril. Una ley que no solo auspiciaría la modificación del enunciado legal de este título donde se engloban mayormente los delitos sexuales («Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales»), sino que además integraría la indemnidad sexual, en alternativa a la libertad sexual, en la descripción típica del que fuera el delito de abuso sexual, quedando definido éste, en parte, por referencia al ataque al bien jurídico —artículo 181.1: «El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual...»—. Este hecho conduciría a la ampliación del posicionamiento doctrinal favorable a la determinación del objeto de protección de los delitos tipificados en aquel en función de la víctima, aplicando la distinción entre la libertad sexual y la indemnidad sexual<sup>8</sup>, a pesar de que la redacción de los tipos penales seguía dando muestras de la fuerza atractiva de la libertad sexual<sup>9</sup>.

Ulteriores leyes reformadoras del CP trasladarán este planteamiento legislativo a otras de sus disposiciones, si bien no en todos aquellos preceptos en los que por coherencia interna del sistema una concepción legislativa autónoma del bien jurídico fundamentaría su mención expresa<sup>10</sup>. Tal fue el

7 Cita algunos ejemplos, GONZÁLEZ AGUDELO, G.: *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (art. 183 quater del Código Penal)*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 98.

8 *Vid.* un largo listado de autores en esta línea 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, p. 43, nota 39.

9 *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», en *RDPCrUNED*, n.º 6, 2000, pp. 82-85.

10 Por ejemplo, nunca se han modificado con esa finalidad los artículos 169.1, 177, 193, 225, 229.3, 231.2, 412.3, 444, 450.1, 464.2, 577.2 y 611 del CP, que hablan simplemente de libertad sexual.

caso de la LO 14/1999, de 9 de junio, que incorporó la alusión a los delitos contra la indemnidad sexual en su artículo 57, dedicado a regular el régimen de aplicación de las denominadas genéricamente penas de alejamiento, y en su artículo 132.1 sobre la prescripción de los delitos. Posteriormente la LO 15/2003, de 25 de noviembre, hará lo mismo en el artículo 74.3 (régimen penológico del delito continuado). También la LO 5/2010, de 22 de junio, será fiel a ese criterio en el momento de dotar de independencia al tratamiento de determinadas formas de victimización sexual de las personas menores de la llamada edad legal de consentimiento sexual como se refleja en la redacción originaria del artículo 183 con el que se daba inicio al que fuera el capítulo II bis del título de referencia<sup>11</sup>, «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años», que decía «el que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor...». Esta ley tendrá en cuenta igualmente esa dualidad de bienes jurídicos con motivo del establecimiento de una cláusula concursal expresa al hilo de los delitos relativos a la prostitución de personas menores y personas con determinada discapacidad —art. 187.5: «Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores e incapaces»-; y de la configuración de los tipos más graves de los nuevos delitos de organizaciones y grupos criminales (art. 570 bis 3 y 570 ter 1 a). Ambos estarán presentes en la mente del Legislador con motivo de la aprobación de LO 1/2015, de 30 de marzo, que, si bien prescinde de describir la conducta típica del abuso y la agresión sexual a un menor (menor de dieciséis años) por referencia a la indemnidad sexual (art. 183.1) e incluso llega a introducir una exención particular, aunque parcial, de responsabilidad penal en atención al consentimiento libre del menor de dieciséis años (art. 183 quater)<sup>12</sup>, no olvida en las modificaciones penales que ejecuta cuando resulta procedente la alusión a los delitos contra la libertad e indemnidades sexuales. Así, los artículos 57, 89.4 (sustitución de la pena privativa de libertad a los ciudadanos extranjeros por expulsión del territorio español), 90.3 (nuevo régimen atenuado de la libertad condicional), 129 bis (toma de muestras biológicas de la persona en orden a la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial), 132.1, 166.2 b (nuevo tipo cualificado

---

11 Apuntaba MONGE FERNÁNDEZ, A.: *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Ed. JM Bosch, Barcelona, 2011, p. 45, que resultaba llamativo que el Legislador rompiera con el tratamiento legal unitario de la protección que dispensa a determinados menores de edad y a los entonces denominados incapaces a través de las figuras de abuso y agresión sexual. Desde una visión global del CP, ello se explica porque las normas supranacionales a las que se adaptaba nuestro CP sólo se ocupan de los primeros.

12 Se trata de una cláusula problemática que ha dado lugar a la emisión por parte de la Fiscalía General del Estado de la Circular 1/2017, sobre la interpretación del artículo 183 quater del CP, de 6 de junio.

de las detenciones y secuestros en las que no se da razón del paradero de la víctima)<sup>13</sup> y 188.5 (anterior 187.5). La LO 2/2015, de 30 de marzo, en su nueva redacción del delito de terrorismo se refiere igualmente a la libertad e indemnidad sexuales (art. 573.1). En la década siguiente, la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante LOPIAV), cuyo proceso de gestación coincidió en parte con el que ha llevado a la última reforma de los delitos sexuales, mantendrá también la dicotomía libertad sexual e indemnidad sexual como se puede apreciar en su artículo 7 dedicado al registro central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos así como en aquellas disposiciones modificadoras de otras leyes referidas a esta clase de delitos<sup>14</sup>.

La reciente aprobación de LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (en adelante LOGILS), ha cambiado esta tendencia legislativa con el restablecimiento del enunciado originario del mencionado título VIII, «Delitos contra la libertad sexual», la supresión de toda alusión a la indemnidad sexual en los tipos penales de naturaleza sexual y la ausencia de referencia a ésta en las nuevas disposiciones que remiten a esta tipología delictiva, donde se habla únicamente de delitos contra la libertad sexual (arts. 83.2 y 182). No así en el resto de preceptos del CP que la contemplaban con anterioridad, subsistiendo asimismo la mención que a ella se hace en otras leyes<sup>15</sup>.

En este orden de cosas, y teniendo presente que el enunciado legal del título acostumbra a servir de elemento de unión sistemática de los delitos que ponen en peligro o lesionan un mismo bien jurídico merecedor de salvaguarda penal, aunque en ningún caso ello sea determinante o concluyente en la identificación del bien jurídico penal dogmático debido al hecho de que de *facto* la tutela penal está condicionada por la forma concreta en la que se tipifica el delito<sup>16</sup>, no es descabellado pensar que se avive la discusión sobre la capacidad del bien jurídico libertad sexual, de naturaleza individual y personalista, para aglutinar en torno a sí toda forma de victimización sexual con independencia del estado o situación evolutiva en la que se encuentra la víctima. De hecho, el Consejo General del Poder Judicial en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, de 25 de febrero de 2021, ya se manifestaba en esa dirección al observar críticamente que el cambio de rúbrica iba a suponer prescindir de una doctrina

13 No así el artículo 140.1.2.º, fruto también de esa reforma.

14 Así la disposición final 1.ª, dedicada a la LECr., la 2.ª, relativa al CC, la 6.ª, relativa al CP y la 7.ª, concerniente a la Ley de asistencia jurídica gratuita.

15 Por ejemplo, arts. 23 LOPJ, 17 bis LOPJM, 92 CC, 57 LOPIAV y una pluralidad de artículos de la LECr.

16 De ahí que ORTS BERENGUER, E./ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos contra la libertad e indemnidades sexuales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 15-16, concluyesen que el cambio de rótulo del título VIII no terminaba con la discusión doctrinal.

consolidada sobre el contenido de la indemnidad sexual<sup>17</sup>. No así el Consejo de Estado que entendía que no tendría ninguna repercusión sustantiva, al advertir que «el bien jurídico “libertad sexual” protegido en el Código Penal en su vertiente negativa, como prohibición de interferencia no consentida, se considera en la doctrina y la jurisprudencia desde el prisma de los derechos inherentes a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, en cuyo marco se sitúa lo que se venía denominando la “indemnidad sexual”»<sup>18</sup>.

La proyección de la mirada sobre el bien jurídico protegido en los delitos del título VIII resulta interesante en estos momentos por un motivo adicional vinculado con la LOGILS. Esta ley tiene indubitadamente su origen en la lucha contra la violencia que se ejerce sobre la mujer por razón de género. Baste recordar que la aprobación de la ley ha sido auspiciada por la presión del movimiento feminista, a quien en la propia ley se reconoce su labor por la visibilización social de la violencia sexual<sup>19</sup>; un movimiento que encontró en el archiconocido caso de «la manada» el vehículo para transmitir a la ciudadanía su denuncia contra el tratamiento jurídico e institucional de la violencia sexual contra la mujer y sus propuestas al respecto. Entre ellas destacadamente su objetivo de acabar con la revictimización proponiendo a tal fin, entre otras medidas, una reconfiguración legal del delito de agresión sexual, efectivamente ejecutada por la LOGILS, cuya valoración ha dividido a la doctrina penal<sup>20</sup>, y la alteración del régimen probatorio del hecho delictivo a través de la reformulación del elemento típico consistente en la falta de consentimiento de la víctima que finalmente no habría prosperado en su concepción originaria<sup>21</sup>. Así las cosas, si bien la LOGILS sitúa en el eje de la actuación pública la salvaguarda de la libertad sexual, como se aprecia simplemente en su denominación o en la lectura de su artículo 1.1, que señala

17 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, p. 78. Distinta era la valoración que hacía el CONSEJO FISCAL: *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, de 2 de febrero de 2021, p. 62, favorable a la modificación.

18 CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen n.º 393/2021*, p. 101, quien, no obstante, destaca la importancia de que se hubiera justificado en la memoria el cambio.

19 *Vid.* el Preámbulo de la LOGILS. Además se le atribuye en su articulado un papel en esta lucha (así, arts. 1.3 h y 2 h).

20 *Vid.* las obras colectivas dirigidas 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; MONGE FERNÁNDEZ, A., (dir.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Ed. Bosch, Barcelona, 2019; y los monográficos «Las huellas de la Manada», de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 77, 2018, o el *Boletín Comisión de Violencia de Género. Delitos contra la Libertad Sexual. Anteproyecto de Ley Orgánica. Juezas y Jueces para la Democracia*, n.º 11, 2020.

21 *Vid.* MALÓN MARCO, A.: *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2020.



como su objeto «la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencia sexuales», lo cierto es que circunscribe su ámbito 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, ...» (art. 3)<sup>22</sup>, siendo manifiesto en el texto de la ley, no obstante la mención que se hace a las personas menores de edad, que en realidad es la mujer el epicentro de la ley.

En ese contexto, el debate sobre el bien jurídico en los delitos sexuales se habría visto ampliado con motivo del análisis desde la perspectiva de género de la violencia sexual sufrida por la mujer y la constatación de la influencia que en su ejercicio e impunidad tiene la situación de desigualdad y discriminación por ella vivida; formulándose otras propuestas sobre el bien jurídico penal que alumbran hacia otros intereses de referencia.

Nos adentrarnos seguidamente, aunque con muy distinta intensidad, en estos particulares, pero antes es importante que tengamos presentes otras dos cuestiones relacionadas con el bien jurídico protegido en los delitos sexuales, que las limitaciones lógicas de esta contribución al análisis de las repercusiones penales de la LOGILS no permiten más que apuntar.

Primera. El hecho de que bajo el enunciado legal «Delitos contra la libertad sexual» nos encontremos ante una pluralidad de figuras delictivas independientes, agrupadas a su vez a lo largo de cinco capítulos (I «De las agresiones sexuales», II «De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años», III «Del acoso sexual», IV «De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual» y V «De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores»)<sup>23</sup>, y la existencia de una gran variedad de tipos cualificados han provocado que en relación con algunas modalidades típicas, de un lado, se invoque por la doctrina, a partir del análisis de la descripción normativa, la presencia de otros bienes jurídicos silenciados en la rúbrica (así, la integridad física, la integridad moral, la intimidad, la imagen, el honor, la dignidad de la infancia, la seguridad de la infancia, etc.)<sup>24</sup>, y, de otro lado,

22 Según las investigaciones de base empírica disponibles, el colectivo de mujeres y el colectivo de personas menores de edad están sobrerrepresentados entre las víctimas de la violencia sexual. También el sexo masculino es predominante entre los ofensores. Nótese que la investigación sobre la victimización sexual de las personas con discapacidad es comparativamente muy escasa.

23 El título se cierra con un capítulo VI «Disposiciones comunes a los capítulos anteriores».

24 *Vid.*, por ejemplo, ORTS BERENGUER, E./ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos contra la libertad e indemnidades sexuales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, *passim*. No se trata en cualquier caso de una particularidad de la regulación legal del CP de 1995, así, en relación con la reforma de 1989, ya MUÑOZ CONDE, F.: «Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código penal)», *cit.*, p. 269, cuestionaba que la protección se otorgase a la libertad como tal sin ningún tipo de connotación valorativa adicional tras la que estuviesen otros bienes jurídicos; mencionando, por ejemplo, ORTS BERENGUER, E.:

se cuestione su propia legitimidad debido a la imposibilidad de apreciar en todos los casos un contenido de injusto que suponga la puesta en peligro o lesión de los principales bienes jurídicos de referencia hasta el momento, la libertad sexual y la indemnidad sexual. Recordemos en este punto, por ejemplo, la problemática que rodea la tipificación penal de las conductas de terceros relacionadas con los actos de prostitución libremente decididos por quien realiza la prestación sexual, de la que la tramitación de la LOGILS ha dado buena cuenta<sup>25</sup>; las críticas que han acompañado a la sucesiva ampliación del objeto material de los delitos relativos a la explotación sexual de las personas menores de edad en la pornografía que ha prescindido de la necesidad de la utilización en el hecho de una persona menor de edad tipificando conductas que se proyectan sobre la pseudopornografía infantil (pornografía técnica y pornografía artificial) así como a la criminalización de la posesión con fines de autoconsumo; o el cuestionamiento de la fijación en los dieciséis años de la edad legal de consentimiento para la realización de actos sexuales con terceros en atención a que la evidencia empírica sobre la iniciación de las personas menores de edad en estas prácticas sexuales refleja que cada vez se produce a edades más tempranas sin que ello haya de ser vivido por el menor como una experiencia negativa<sup>26</sup>. Asuntos todos ellos en los que se observa claramente la trascendencia que sigue teniendo en la configuración de los delitos sexuales el orden moral social.

Segunda. A lo largo de nuestro CP la libertad sexual es interés de protección de otros tipos penales sobre los que otros objetos de tutela han ejercido un mayor poder atrayente. Tal sería el caso de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual (art. 177 bis), la solicitud sexual por parte de autoridad o funcionario público (art. 443) o algunos delitos contra la comunidad internacional, así en el delito de genocidio (art. 607.1.2.º), en el delito de lesa humanidad (art. 607 bis 2. 2.º y 9.º) y en el delito contra las personas en caso de conflicto armado (art. 611. 9.º). Se ha producido además en los últimos años, a raíz de la intensificación y extensión de la intervención penal frente al delincuente sexual, la toma en consideración de los atentados sexuales en la configuración de tipos penales muy graves, como se observa, por ejem-

---

*Delitos contra la libertad sexual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 21-58, la libertad sexual, la intimidad, la dignidad, la honestidad y la libertad de desplazamiento.

- 25 La renuncia a modificar la regulación de los delitos relativos a la prostitución de las personas adultas prevista en el Proyecto de LOGILS se recoge en el Dictamen de la Comisión del Congreso de Diputados, BOCG, CD, Serie A, n.º 62-5, de 30 de mayo de 2022.
- 26 Vid, por ejemplo, algunos de esos estudios en GONZÁLEZ TASCÓN, M. M.: «El consentimiento de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual a la realización de actos sexuales con terceros», 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. 116-120.

plo, con motivo de la introducción en la reforma del CP por la LO 1/2015 de un tipo agravado del homicidio doloso y del homicidio doloso denominado asesinato basado en que el homicidio es subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor de aquel hubiera cometido sobre la víctima (art. 138.2. a y 140.1.2.<sup>a</sup>), castigado en el segundo caso con la pena de prisión permanente revisable, y de un tipo cualificado del delito de detenciones ilegales y secuestros sin dar razón del paradero de la víctima en atención al hecho de que la detención ilegal o el secuestro se realiza con la intención de atentar contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima o se hubiera actuado posteriormente con esa finalidad (art. 166.2 b)<sup>27</sup>.

Consideramos igualmente de relevancia dejar anotado en estas líneas generales que las infracciones penales englobadas por el enunciado legal «Delitos contra la libertad sexual», a la luz de la LOGILS, serían sólo una parte de la violencia sexual objeto de la nueva ley, entendiéndose como tal «...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...» (art. 3.1 p. 1)<sup>28</sup>. «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, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. 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» (art. 3.1 p. 2). En consecuencia, se afirma en el Preámbulo de esta ley que «las violencias sexuales vulneran el derecho fundamental a la libertad, a la integridad física y moral, a la igualdad y a la dignidad de la persona y, en el caso del feminicidio sexual, también el derecho a la vida. Estas violencias impactan en el derecho a decidir libremente, con el único límite de las libertades de las otras personas, sobre el desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir injerencias o impedimentos por parte de terceros y exentas de coacciones, discriminación y violencia». Todas ellas a la postre, como vemos, se ligan a la libertad.

27 Téngase presente también que existe un grupo de delitos que, a efectos de pena, dan relevancia a la puesta en peligro de determinados bienes jurídicos, entre los que se encuentra la libertad sexual (por ejemplo, artículos 225 o 229.3) o sencillamente se ponen en relación con aquella (así, por ejemplo, artículos 412.3 o 450). *Vid.* 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., p. 251, nota 2.

28 Sigue diciendo esta disposición que «se considera incluido en el ámbito de aplicación, a efectos estadísticos y de reparación, el feminicidio sexual, entendido como homicidio o asesinato de mujeres y niñas vinculado a conductas definidas en el siguiente párrafo como violencias sexuales».

## 2. Aproximación al debate sobre el bien jurídico protegido en el Título VIII del Libro II del Código Penal

### 2.1. Consideraciones básicas sobre la noción de bien jurídico penal

La consideración del ser humano como epicentro y referencia de la actuación del Estado ha conducido en tiempos modernos a una concepción garantista del Derecho penal dirigida precisamente a controlar el ejercicio del *ius puniendi* estatal a través del establecimiento de auténticos límites para el Estado en consonancia con la salvaguarda de los derechos humanos<sup>29</sup>. Esto ha significado en un estado como el español, configurado con arreglo al modelo de estado social, democrático y de derecho (art. 1.1 CE), que la necesaria legitimidad del recurso al Derecho penal, especialmente intrusivo en los derechos de los ciudadanos, se encuentra en el desarrollo por su parte de una función de garantía de la convivencia pacífica dentro de la sociedad. Una finalidad que abarcaría un aspecto de especial relevancia, particularmente necesario cuando nos movemos en el ámbito de la sexualidad humana, como es el relativo a la facilitación del libre desarrollo de la persona, en la medida en que este mecanismo de control, al utilizarse con arreglo a sus límites, contribuye no sólo a la prevención de las conductas ilegítimas de terceros sino también a la remoción de las normas que reflejan una mera moral social colectiva restrictiva de la autorrealización personal y a la justificación del cuestionamiento de aquellas obstinadas en seguir esa línea.

En el cumplimiento de esta función de garantía, la construcción dogmática del bien o interés jurídico penal, que arranca a finales del siglo XIX, deviene en un elemento clave del Derecho penal, que predominantemente se entiende en la actualidad como un interés, bien o valor social cuya identificación estaría condicionada por el propio modelo de estado y las necesidades sociales, especialmente cualificadas, de cada momento. La concreción del sustrato material del bien jurídico, cuestión de vital importancia para que éste descienda del abstractismo y pueda ser realmente útil al fin de la realización de su función de crítica o política criminal, tiene embarcada a la doctrina en una interesante discusión<sup>30</sup>. Escuetamente, podríamos señalar que, de un lado, se encontrarían aquellos que defiende que estos bienes se localizan en la norma fundamental del ordenamiento jurídico por ser ésta la

---

29 *Vid.*, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2.ª ed. Trotta, Madrid, 1997.

30 Una síntesis de la evolución del concepto de bien jurídico se puede ver en GARCÍA ARROYO, S.: «Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales», en *RECPC*, n.º 24-12, 2022, pp. 5-45.

que define el marco de convivencia social y, en consecuencia, recoge los valores esenciales de la sociedad (tesis constitucionalistas). Teoría de la que se derivaría que la intervención penal habría de constreñirse a la protección de esos valores; lo que no debería implicar, como críticamente han advertido otros autores, la imperatividad del recurso a tal fin del Derecho penal dado el carácter fragmentario y subsidiario que se predica de éste, al tiempo que señalan que el estatismo o inmovilidad de estas normas supondría un obstáculo a la protección de nuevas realidades socialmente valiosas fruto de la transformación social. De otra parte, estarían los defensores de las tesis funcionalistas o sociológicas que partiendo de la dañosidad social consideran como esencial en la conformación del bien jurídico la presencia en él de una dimensión social, de forma que se trataría de condiciones necesarias para la conservación del orden social. Como críticamente se habría puesto de manifiesto, ello conllevaría el riesgo de prescindir de la consideración de la persona individual en aras de la protección de las necesidades del grupo social (así, en las tesis funcionalistas sistémicas), riesgo que se pretende atajar por algunos de los partidarios de estas tesis con el reconocimiento también de un papel central al individuo en la concreción del contenido material del bien jurídico (tesis funcionalistas moderadas y personalistas). A resultas un hecho disfuncional para el sistema social sólo tendría relevancia penal si afecta a las posibilidades de autorrealización del ser humano.

Mayormente, entre nosotros, se ha configurado el bien jurídico penal desde una dimensión social ligada a la autorrealización del ser humano<sup>31</sup>. En esta línea señala, por ejemplo, Silva Sánchez, que «determinados objetos se convierten en bienes jurídicos, en la medida en que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad», advirtiendo asimismo de la necesidad de ulteriores concreciones a partir de la proporcionalidad y la necesidad de la intervención penal<sup>32</sup>.

De nuestro modelo de estado se deriva efectivamente toda una serie de principios limitadores del derecho punitivo del Estado que se enlazan al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, como son el principio de lesividad u ofensividad de la conducta, el carácter fragmentario del Derecho penal o el principio de proporcionalidad<sup>33</sup>; principios que facilitan, de un lado,

31 Así, por ejemplo, MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Gómez Martín, V. y Valiente Iváñez, V., 10.ª ed. *actualizada y revisada*, Reppertor, Barcelona, 2016, p. 174.

32 SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed. Ampliada y actualizada, Ed. BdF, Montevideo, 2010, pp. 431-432.

33 *Vid.*, en profundidad, MIR PUIG, S.: *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994. Téngase presente igualmente la trascendencia que en la legitimación del Derecho penal tiene la racionalidad legislativa, *vid.*, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *La racionalidad de las leyes penales*, Ed. Trotta, Madrid, 2003; o PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *La justificación de la leyes penales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

la confrontación entre la concepción política criminal del bien jurídico, «el deber ser», y su plasmación dogmática en la concreta norma penal, «el ser», y, de otro lado, la interpretación de los tipos penales, siendo lógicamente la determinación del bien jurídico merecedor de la protección penal una tarea previa a la tipificación de las acciones susceptibles de causar la puesta en peligro o lesión penalmente desvalorada. Sucintamente, se compartiría que el Derecho penal no debería ser utilizado para dispensar protección a cualquier valor social sino sólo a aquellos que sean necesarios para la autorrealización personal del ser humano en el marco social de convivencia (los bienes jurídico-penales), no siendo asimismo éstos objeto de garantía frente a cualquier tipo de acción, sino sólo respecto de aquellas que suponen los ataques más graves contra los mismos y siempre que no exista otro medio eficaz para alcanzar el objetivo que entrañe una menor restricción de derechos.

A partir de estos presupuestos, nos acercaremos seguidamente a la realidad que sustenta el reconocimiento de un interés social necesitado de la protección penal en el ámbito de la sexualidad humana al amparo de los delitos propiamente sexuales, anticipando ya, como ha señalado Caruso Fontán, que la protección de la libertad sexual a través de la norma penal está desde ambas perspectivas justificada<sup>34</sup>. Y lo mismo cabría concluir desde el enfoque de la cuestión a partir de la indemnidad sexual. El problema real se localizaría actualmente en la necesidad de contención de un Derecho penal sexual que ha dado evidentes muestras de un uso excesivo al proyectarse sobre él, de forma cuestionable, orientaciones moralistas con las que se perseguiría también la propia transformación social; intención clara de los promotores de las reformas penales encauzadas mediante la LOGILS.

## **2.2. La sexualidad humana en la sociedad actual: una mirada desde el Derecho**

El desarrollo de las sociedades plurales ligadas a nuestro modelo de estado ha contribuido a que en la actualidad la sexualidad humana haya pasado a analizarse desde una perspectiva más amplia que aquella que habría conducido a su definición en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como el «conjunto de condiciones anatómicas y fisiológicas que caracterizan a cada sexo» y el «apetito sexual, propensión al placer carnal». Así, los aspectos de la genitalidad y el contacto carnal se habrían visto progresivamente desplazados por la centralidad de la referencia a la capacidad de la persona de expresar, dar y obtener placer; resultante ésta de una concepción de la sexualidad no sólo como algo connatural a la propia existencia humana

---

34 CARUSO FONTÁN, M. V.: *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, cit., pp. 95-96.

sino también como una dimensión de la persona como ser sexuado, de la que se desprendería la existencia de tantas sexualidades como personas.

El hecho de que la sexualidad se reconozca socialmente como parte de la realización personal de cada individuo, tratándose de un aspecto del desarrollo personal íntimamente vinculado a los derechos humanos, hace que los Estados tengan la obligación no solo de respetar la autodeterminación del ser humano en el plano sexual sino también de favorecer las condiciones necesarias para su ejercicio en libertad, seguridad y en condiciones de no discriminación, dispensando, entre otras cosas, protección a las personas frente a comportamientos de terceros de naturaleza intrusiva, sin incurrir en un paternalismo injustificado que pudiera, en pro de un concepto exclusivamente moral de la dignidad humana, acabar negando la dignidad misma.

En consecuencia, desde el prisma de los derechos humanos, la promoción del desarrollo de la sexualidad se habría convertido en un eje de la actividad pública, entre cuyas líneas básicas de actuación se encontraría la remoción, a través de la afirmación de la libertad sexual como presupuesto básico de la autorrealización del ser humano, del fuerte control normativo y social que tradicionalmente se ha ejercido sobre la persona en orden al mantenimiento de una moral social colectiva especialmente limitadora de los derechos 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. El camino que a tal fin se ha recorrido en concreto entre nosotros se retrotrae en sus comienzos a la década de los setenta y es fruto del proceso de transformación social que conduciría finalmente a la implantación del modelo de convivencia social de la Constitución Española de 1978, frontalmente opuesto a un sistema social anclado en los pilares de una sociedad sin libertades, legitimador de la desigualdad jurídica de la mujer y de fuerte raigambre católica. Por lo que se refiere en particular al Derecho penal, se produciría entonces una renuncia a su instrumentalización en apoyo de una determinada concepción social de la sexualidad humana mediante la aprobación de diversas leyes modificadoras del CP aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre: la Ley 22/1978, de 26 de mayo, de despenalización del adulterio y del amancebamiento; la Ley 45/1978, de 7 de octubre, sobre medios anticonceptivos; la Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto; la LO 8/1983, de 25 de junio, de reforma parcial y urgente del CP; y la decisiva LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del CP. Todas estas leyes responden al reconocimiento del valor libertad sexual<sup>35</sup>, pero no será hasta 1989 cuando los delitos sexuales pasarán a agruparse bajo la rúbrica «Delitos contra la libertad sexual», señalándose

---

35 Así, por ejemplo, en alusión a la Ley 46/1978, observaba Boix REIG, J.: «Del estupro», en COBO DEL ROSAL, M., (dir.). *Comentarios a la legislación penal. Tomo II. El Derecho penal del estado democrático*, EDESA, Madrid, 1983, pp. 340-342, que el centro de atención ya no era tanto una moral determinada sino la libertad sexual.

en el Preámbulo de la LO 3/1989 que «la necesidad de una reforma de los llamados delitos «contra la honestidad» del Código Penal es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad. [] Una primera modificación se impone: Respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión «honestidad» por «libertad sexual», ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado»<sup>36</sup>. La aprobación de la LO 10/1995 incidirá de nuevo en ello en su Exposición de motivos: «En quinto lugar, se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Ciertamente que no es el Código Penal el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias. Además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto». A partir de ese momento asistiremos, no obstante, a algunas reformas del título VIII del libro II del CP que resucitarán el viejo fantasma de la imposición de concepciones morales propias de determinados grupos.

La asunción de una mirada positiva hacia la sexualidad, reconocida incluso como una fuente de bienestar personal<sup>37</sup>, ha contribuido a la progresiva liberación de los comportamientos sexuales. Favorecida esta última también gracias a las políticas de control de los riesgos relacionados con la realización de prácticas sexuales con terceros como, por ejemplo, los embarazos no deseados o las enfermedades de transmisión sexual, que dificultan el desarrollo efectivo de la persona en el ámbito sexual, ligando así la libertad

---

36 Ampliamente DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «Las últimas reformas en el Derecho penal sexual», en *EPC*, n.º 14, 1988-1990, pp. 41-108.

37 Este último enfoque se promueve, en particular, desde el ámbito de la salud, al ser entendida la salud sexual, de acuerdo con la OMS, en un sentido amplio, comprensivo del estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad, y no simplemente como la ausencia de enfermedad, disfunción o incapacidad. La salud sexual, afirma la OMS, *Defining sexual health: report of a technical consultation on sexual health*, 28-31 January 2002, World Health Organization, Geneva, 2006, p. 5, exige de una aproximación positiva y respetuosa a la sexualidad y a las relaciones sexuales, así como la posibilidad de tener experiencias sexuales placenteras y seguras, estando la persona libre de coerción, discriminación y violencia.



sexual con la salud sexual y la salud reproductiva, y más adelante con las políticas educativas. En esa dirección ha operado entre nosotros en fechas más cercanas la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, dirigida a la salvaguarda de los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual (art. 1)<sup>38</sup>, donde la sexualidad humana pasa a abordarse desde el enfoque de los derechos, afirmándose en su redacción originaria que «en el ejercicio 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 razón de sexo, edad, discapacidad u orientación sexual, en el acceso a las prestaciones y servicios en ella previstos (art. 3.3)<sup>39</sup>.

A raíz de la popularización de las tecnologías de la información y de la comunicación, la libertad sexual habría hallado también una nueva forma de conexión con la intimidad, en la medida en que esos avances tecnológicos han dado origen a otras formas de expresarse sexualmente que se pueden ver obstaculizadas si no se refuerza la protección de la intimidad, tal sería el caso, por ejemplo, del fenómeno del *sexting*. En este punto, la LO 1/2015 introdujo, en su título X del libro II «Delitos contra la intimidad, del derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», un nuevo tipo penal destinado a castigar a quien sin la autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona (art. 197.7). La criminalización de este tipo de comportamientos se ha visto ampliada con la LOGLS, al incorporarse un nuevo segundo párrafo en el artículo 197.7, donde se castiga también a quien, habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales referidas anteriormente, las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada.

---

38 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 ejecutada por la Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero, 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).

39 Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero, ha modificado también la redacción del artículo 3, dándole un mayor desarrollo a su contenido.

El hecho de que el desarrollo de la sexualidad humana se encuentre vinculado al proceso evolutivo de la persona, condicionado éste por componentes biológicos, psicológicos y sociales, que hacen que no toda persona goce de la capacidad de obrar en la esfera sexual exigible por el derecho a los efectos del reconocimiento jurídico del consentimiento sexual, ha provocado, no obstante, que esa visión positiva de la sexualidad, que, entre otras cosas, trata de garantizar, como se apuntó, la realización de las prácticas sexuales en condiciones de libertad, seguridad y no discriminación, se haya encontrado con mayores barreras en su implementación en relación con determinados colectivos de personas, las personas menores de edad y las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo<sup>40</sup>, tradicionalmente tratados por el derecho más como objetos de protección que como sujetos de derechos. Por lo que afecta a las segundas prácticamente se estaría iniciando la revolución sexual; un proceso en el que se trataría de avanzar con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En el plano supranacional, el desarrollo sexual de las personas menores de edad ha despertado entre los estados sobre todo la preocupación por las conductas dañinas de terceros, que habría llevado a la celebración de importantes acuerdos internacionales anclados en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. De ahí, que éstos presenten como objetivo básico la criminalización de ciertas conductas (así, en especial, el Protocolo facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000, y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007). En esa línea, la Unión Europea habría realizado, por su parte, una labor de armonización entre las legislaciones de sus Estados miembros a través de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento y del Consejo relativa a la lucha contra abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, de 13 de diciembre de 2011.

El compromiso con la erradicación de la violencia contra la mujer en la region europea ha conducido igualmente a la aprobación de un convenio de referencia en la materia, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención

---

40 *Vid.* CAMPO MON, M. A./ MARTÍNEZ LÓPEZ, V., «La sexualidad y la afectividad en la discapacidad intelectual desde un punto de vista psicológico», 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*, cit., pp. 37-54.

y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul), donde se ordena la tipificación como delito de la violencia sexual, incluida la violación<sup>41</sup>.

A la luz de lo dicho, es incuestionable el reconocimiento por parte de las sociedades defensoras de los derechos humanos en la sexualidad humana de un valor social que genera obligaciones para los estados, entre ellas, el recurso al Derecho penal.

## 2.3. Precisiones sobre el bien jurídico penal

La gran aceptación doctrinal de la libertad sexual como el bien jurídico merecedor de la protección penal se ha visto acompañada, como se mencionó, de la discusión sobre su idoneidad para explicar convincentemente los delitos sexuales cuando la víctima es una persona menor de una determinada edad o una persona con cierto grado de discapacidad intelectual. Asimismo, ha sido objeto de algunas observaciones realizadas desde la perspectiva de género. Descendemos a ellas a continuación.

### 2.3.1. La defensa de la libertad sexual

Uno de los valores sobre los que se asienta nuestra sociedad plural es la libertad (art. 1.1 CE), que se encuentra al servicio de la autorrealización personal, siendo aquella objeto de una mayor concreción en atención al ámbito en el que se ejerce y muy especialmente cuando se produce una estrecha conexión entre la libertad y el libre desarrollo de la personalidad<sup>42</sup>, que, como

41 A ello se refiere el artículo 36.1 especificando que las conductas que han de criminalizarse son 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; los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; y el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero. El Convenio ordena la tipificación penal de otras conductas que, en sentido amplio, se conciben en el contexto internacional como formas de violencia sexual. Así, el matrimonio forzoso (art. 37) y la mutilación genital femenina (art. 38). Se apela también a la sanción del acoso sexual, pero no necesariamente tiene que criminalizarse (art. 40).

42 Esta es una de las razones que explicarían que los delitos contra la libertad sexual disfruten de un tratamiento independiente del de los delitos genéricos contra la libertad, a la que se sumarían, como explica Díez RIPOLLÉS, J. L.: «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», cit., p. 71-75, dos más: las diferentes formas comisivas y los condicionamientos normativos de los delitos sexuales (exclusiva protección de la libertad sexual negativa y el papel de determinadas concepciones éticas de la conducta sexual correcta). Ello no arrojaría, sin embargo, como consecuencia inexorable la necesidad de un título independiente dedicado a los delitos contra la libertad, pudiendo abordarse éstos simplemente dentro de un capítulo del título referido a los delitos contra la libertad; así, Díez RIPOLLÉS, J. L.: *El Derecho Penal ante el sexo. (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual)*, cit., pp. 221-226. De la misma opinión, CARUSO FONTÁN, M. V.:

es sabido, constituye uno de los fundamentos de nuestro orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). Así sucede en el plano de la sexualidad, utilizándose, consiguientemente, la expresión libertad sexual para designar la autodeterminación de la voluntad personal en la esfera sexual.

Esta manifestación de la libertad, cuyo tardío reconocimiento, comparativamente con otras libertades (libertad ideológica, religiosa o de expresión), podría explicar que no se contemple expresamente en la normativa general sobre derechos humanos ni como derecho fundamental en nuestra Constitución, se encuentra intensamente ligada a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad; habiendo recordado el Consejo General del Poder Judicial, con motivo de su informe al *Anteproyecto de Ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual* (ALOGLS), que «no solo se relaciona con el contenido del derecho fundamental consagrado en el artículo 14 CE sino que constituye también una específica modalidad de libertad que se imbrica en el contenido del derecho contemplado en el artículo 17.1 CE, más allá de formar parte de la libertad general de autodeterminación, ahora proyectada a la esfera sexual...», alcanzando transversalmente a otros derechos fundamentales (así, el derecho a la integridad física y moral, a la vida y los derechos reconocidos en los artículos 18.1,3 y 4, 20.1, 24.1 y 2, 25.1 y 2, y 27.2 CE)<sup>43</sup>.

La libertad sexual en su contenido esencial comprende el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad (perspectiva positiva o dinámica), así como el derecho a abstenerse de la realización de actos sexuales (dimensión negativa o estática). Desde la primera de las perspectivas, se ha destacado en especial la facultad de la persona para decidir la opción sexual, el tipo de acto sexual, las condiciones de su práctica, el desarrollo en solitario o con otra u otras personas libremente elegidas que consientan en ello o la disponibilidad del cuerpo con fines sexuales. Desde la segunda de esas dimensiones, alcanzaría particular interés el derecho a no verse involucrado en contextos sexuales no queridos, aspecto sobre el que se focaliza el Derecho penal sexual en consideración al principio de última *ratio* del Derecho penal, aspirando a la prevención de las conductas de índole sexual que tienen en común el haber prescindido de la voluntad de la persona<sup>44</sup>.

---

*Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, cit., p. 104, quien en consecuencia realiza un estudio más completo de estos delitos en el marco de los delitos contra la libertad (pp. 100-153).

43 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., pp. 9-10.

44 Nótese que se ha empezado a plantear si no debería también el Derecho penal sexual actuar frente a otros atentados a la libertad sexual positiva como el sometimiento a terapias de reconversión sexual o a inspecciones de virginidad, así GONZÁLEZ AGUDELO, G.: *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (art. 183 quater del Código Penal)*, cit., p. 105.

La protección penal de la libertad sexual estaría dirigida exclusivamente a garantizar, como expresa convincentemente Díez Ripollés<sup>45</sup>, que la actividad sexual se ejerza en condiciones de libertad sancionando las conductas de terceros no consentidas por el titular del bien jurídico protegido. Así la cosas, la libertad sexual es susceptible de abarcar tanto la libertad sexual actual, aquella que la persona puede ejercer por sí misma, como la libertad sexual potencial o *in fieri*<sup>46</sup>, que se vincularía a las personas que carecen de la capacidad de obrar en el orden sexual, respondiendo, en consecuencia, los tipos penales a la preservación de las condiciones básicas del libre desarrollo de la personalidad en el plano sexual. Otros autores, sin embargo, junto con la libertad sexual verían necesaria alguna precisión ulterior como la referencia a la salvaguarda de su adecuado proceso de formación<sup>47</sup>, cuando no, como veremos, su sustitución principalmente por la indemnidad sexual.

En nuestra opinión, la búsqueda en otro valor social de un complemento o de un sustituto a la libertad sexual no es en realidad algo imprescindible para justificar la existencia de estos tipos penales, pues la ausencia de la libertad de decisión de la persona sobre una acción de terceros de contenido sexual determina la falta de su legitimación, independientemente de que la persona tenga o no capacidad de obrar en la esfera sexual de forma transitoria o definitiva, debido a que se compromete con ella la libertad sexual al involucrarla en un contexto sexual donde no se dan las condiciones de libertad. Se conculca con ello un derecho del que, como hemos dicho, todas las personas sin distinción son titulares, a diferencia de lo que sucedía en los tiempos en los que aparecen las tesis favorables a la diferenciación en los que los menores y las personas con discapacidad recibían por el derecho la consideración de meros objetos de protección. El seguimiento de esa orientación además supone romper con una idea rectora de la configuración legal de los delitos

45 Díez RIPOLLÉS, J. L.: «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», cit., p. 69. Planteamiento que asumiría en su mayor parte, entre otros, TAMARIT SUMALLA, J. M.: *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2.<sup>a</sup> ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 60-61.

46 Comparten, por ejemplo, esta visión de la libertad sexual comprensiva de la libertad sexual *in fieri*, CARUSO FONTÁN, M. V.: *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, cit., pp. 164-179; MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO, R.: «Título VIII, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, 6.<sup>a</sup> ed. Aranzadi, 2011, Cizur Menor, pp. 1139-1140; RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 106; ACALE SÁNCHEZ, M.: *La violencia sexual de género frente a las mujeres adultas*, cit., p. 161; CABRERA MARTÍN, M.: *La victimización sexual de los menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*, cit., p. 48.

47 Así ORTS BERENGUER, E./ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos contra la libertad e indemnidades sexuales*, cit. *passim*.

sexuales que ha producido efectos muy positivos Recordemos, en primer lugar, que alteró radicalmente el significado de los delitos sexuales, dando un paso decisivo en la conquista de la ansiada igualdad entre hombres y mujeres y entre las personas independientemente de su orientación sexual. En segundo lugar, el hecho de que el núcleo de la conducta típica se localizase en el atentado contra la voluntad de la víctima supuso el reconocimiento de que el desvalor del hecho descansaba exclusivamente en el comportamiento del ofensor, evitando con ello que la conducta de la víctima se instrumentalice como un parámetro de determinación del delito<sup>48</sup>. Y en tercer lugar, proporcionó al legislador un parámetro desde el que medir la gravedad de los hechos, resultando la intensidad de la afectación de la libertad además el elemento básico de distinción entre las dos figuras de referencia básica en la familia de los delitos sexuales hasta la reforma del CP por la LOGILS, el delito de agresión sexual y el denostado, a partir del caso de la manada, delito de abuso sexual. El papel de la libertad sexual como valor de referencia en la construcción de los delitos sexuales sigue siendo trascendental, sin perjuicio de que cupieran ulteriores matizaciones<sup>49</sup>, denunciándose a partir del mismo la creación de tipos penales que fueron surgiendo o resurgiendo, así el delito de corrupción de menores, al hilo de la llamada por Díez Ripollés contrarreforma de los delitos sexuales a partir de 1999<sup>50</sup>. Así las cosas, es interesante mantener la apuesta por una visión integradora del bien jurídico protegido en los delitos del título VIII, facilitada por la concepción de la libertad sexual propuesta por Díez Ripollés, que, además de no prestarse a hacer pedagogía penal sobre lo sexualmente correcto, sirve al ulterior objetivo de reforzar la condición de sujeto de derecho de todos los seres humanos, en la medida en que nuestra condición de tales nos hace titulares de los mismos derechos humanos sin discriminación alguna, por lo que aquí interesa, por razón de edad o discapacidad. Distinto es que nuestra concreta situación no permita su ejercicio personal, pero esto no puede llevarnos a confundir los valores sociales de referencia de la intervención penal.

A esta línea de pensamiento respondería la LOGILS, que arranca de la mano de la Proposición de Ley de protección integral de la libertad sexual

48 ACALE SÁNCHEZ, M.: *La violencia sexual de género frente a las mujeres adultas*, cit., p. 167.

49 Así, por ejemplo, CARUSO FONTÁN, M. 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*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 323-326, habla de la autodeterminación del sujeto para desarrollar su proceso de sexuación al advertir la dificultad de desligar de la libertad la dimensión subjetiva de las vivencias del sujeto sexuado.

50 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», cit., p. 7; y específicamente sobre el caso de la protección de los menores CUERDA ARNAU, M. L.: «Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en los delitos sexuales contra menores», en *RECPC*, n.º 19-09, 2017, pp. 1-44.

y para la erradicación de las violencias sexuales del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, cuyas dos versiones asumían con claridad la concepción amplia de la libertad sexual que hemos apuntado<sup>51</sup>. Así se observa en su definición de la libertad sexual como «derecho humano y bien jurídico de especial protección que se inserta en la esfera de la libertad personal, y cuyo contenido esencial tiene que ver con el derecho a decidir sobre la propia sexualidad, con las facultades de autodeterminación sexual actual o potencial. La libertad sexual está intrínsecamente relacionada con la dignidad humana. Todas las personas tienen derecho a la Libertad sexual, lo que se traduce en la necesaria salvaguarda del libre desarrollo de la formación de la propia sexualidad, así como a la protección de la libertad de la persona, para ejercer su derecho en libertad, tanto en su esfera positiva como en la negativa, sin más límite que el respeto a los derechos de terceros» (art. 4.1). El Gobierno de coalición formado tras las elecciones de generales de noviembre de 2019 (PSOE/PSC, Unidas Podemos/CatComú y PCE/IU) redactó el ALOGLS sobre ésta, recogiendo semejante definición en el artículo 2.1 de su versión originaria<sup>52</sup>, pero no en la que se someterá finalmente a los obligados informes consultivos, no incorporándose tampoco ninguna definición al respecto durante la tramitación parlamentaria al texto aprobado finalmente como LOGILS<sup>53</sup>. Aún así la nueva ley a través de su articulado ofrece motivos suficientes para concluir que la libertad sexual, reconocida como un derecho de todas las personas, es el objeto de protección. Volveremos más adelante a la gestación de esta ley, limitándonos a reproducir ahora el parecer del Consejo Fiscal centrado en la reforma proyectada de los delitos sexuales: «lo cierto es que en la indemnidad sexual también está en juego la libertad personal, al menos en su faceta negativa, en la facultad de exclusión que a toda persona ampara, incluidos los menores, de someterse a un acto sexual, que no quiere, de no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual que no quiere. El bien jurídico protegido es la libertad sexual, entendida como autodeterminación o libre disposición

51 BOCG, CD, Serie B, n.º 297-1, de 20 de julio de 2018, y n.º 318-1, de 15 de octubre de 2018. Nótese que su propuesta estaba destinada a proteger de manera integral la libertad sexual de las mujeres, pero sólo era aplicable a las mujeres mayores de dieciséis años. *Vid.* artículo 2.

52 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. 64.

53 A raíz de otra cuestión jurídica en su voto concurrente al Dictamen n.º 393/2021 del Consejo de Estado, Juan Antonio Ortega y Díaz Ambrona, ponía como ejemplo la siguiente definición de la libertad sexual: «1- La libertad personal, garantizada a todos por la Constitución, comprende el derecho a establecer entre personas relaciones íntimas y consentidas de naturaleza erótico-sexual. Tiene como límite el libre ejercicio del mismo derecho por parte de los demás».

de la sexualidad y el derecho a no verse envuelto sin consentimiento en una acción sexual y, como tal bien jurídico, constituye el denominador común que abarca todas las conductas recogidas en el título VIII del libro II CP, sin perjuicio de que cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad, por ejemplo, se deba valorar su derecho al libre desarrollo de la personalidad o la esfera de la intimidad y con ello se incida en su indemnidad sexual. El concepto «libertad sexual» comprende, por tanto, el concepto de indemnidad sexual y quedaría conceptualizado, en sintonía con el Anteproyecto, como un derecho humano y un bien jurídico especialmente relevante, que consiste en el derecho a ejercer la autodeterminación sexual presente o potencial»<sup>54</sup>.

El propio Tribunal Supremo, acostumbrado a manejar la distinción entre libertad sexual e indemnidad sexual, ha afirmado asimismo en alguna de sus sentencias que «en la indemnidad sexual también está en juego la libertad personal, al menos en su faceta negativa, en la facultad de exclusión que a toda persona ampara, incluidos a los menores, de someterse a un acto sexual que no quiere, de no verse involucrado, activa o pasivamente en conductas de contenido sexual que no quiere» (STS n.º 311/2020, de 15 de junio, FJ. 8.º). De lo que se desprende que ambos bienes jurídicos tendrían, a su juicio, un elemento común cifrado en el reconocimiento de que las personas no pueden ser sometidas a contextos sexuales no queridos; unos lo identificarían con la libertad sexual y otros con la indemnidad sexual<sup>55</sup>.

### 2.3.2. La defensa de la indemnidad sexual

La comprensión de la libertad sexual desde la exigencia de su consciente y efectivo ejercicio ha dado lugar a que una parte de la doctrina se afane en encontrar en otro valor el objeto de la protección penal que en la esfera sexual se ha de dispensar a quienes el Derecho no reconoce la capacidad de expresar un consentimiento jurídico válido a la realización de actos sexuales con terceros al carecer o presuponer que carecen de los presupuestos cognitivos y volitivos necesarios a tal fin<sup>56</sup>. Un interés jurídico que acaba sirviendo

---

54 Consejo Fiscal, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., pp. 62-63.

55 De indemnidad sexual nos habla, por ejemplo, RAMÓN RIBAS, E.: *Minoría de edad, sexo y Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 18-19, quien une a ésta, pero como algo separado, la interferencia en el proceso de formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, que hace peligrar que en el futuro se adopten con plena libertad las decisiones de naturaleza sexual.

56 Críticamente RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*, cit., p. 104, llama la atención sobre el hecho de que la propia norma crea la incapacidad del menor en el ámbito sexual para luego salvaguardarla. Y ciertamente en algunos casos es así, y siendo consciente de ello el Legislador introduce la cláusula «Romeo y Julieta» (actual art. 183 bis), cuyos parámetros limitadores advierten una vez más de la dependencia de las conductas



igualmente para explicar la protección penal que se otorga en los contextos de exhibicionismo y provocación sexual, explotación sexual en la prostitución o en espectáculos pornográficos o en la pornografía a las denominadas en el CP con la LO 1/2015 personas con discapacidad necesitadas de especial protección y a las personas menores de edad, incluidas aquellas que ya tendrían reconocida la capacidad para adoptar libremente decisiones en el plano sexual. En estos contextos, las concretas tipificaciones penales, no obstante, dan también cabida a conductas cuya realización por los menores, mayores o no de la edad de consentimiento sexual, y por las personas con determinado grado de discapacidad intelectual es simplemente algo propio de su florecer sexual y no la instrumentalización, abuso o mercantilización de su sexualidad por terceros<sup>57</sup>. Lo mismo podría suceder en el marco de las conductas de acceso a menores a través de las tecnologías de la información y comunicación con fines sexuales que toman como referencia el fenómeno del *online grooming*.

La doctrina se refiere a este bien jurídico penal principalmente con el término indemnidad sexual<sup>58</sup>, que había sido propuesto por Cobo del Rosal<sup>59</sup>, en lugar de la expresión intangibilidad sexual que planteaba, siguiendo a la doctrina italiana, Carmona Salgado. Esta autora observaba que en relación a las personas menores de cierta edad y las personas privadas de sentido o razón la norma penal no tenía como imperativo el abstenerse de coartar la libertad la voluntad de la víctima sino el de abstenerse de realizar el abuso debido a que su situación específica las hacía merecedoras de protección al quedar más expuestas al peligro<sup>60</sup>. Esa situación específica, que las hacía intocables, incorruptas, sexualmente, guardaría relación con la idea de vulnerabilidad, tan en boga en la actualidad, asociada no tanto a la persona sino a las situa-

---

sexuales penalmente relevantes de las pautas culturales dominantes, del orden moral sexual que encausa las manifestaciones del instinto sexual, obviando las implicaciones de la libertad sexual.

57 Vid. CABRERA MARTÍN, M.: *La victimización sexual de los menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*, cit., pp. 51-54.

58 ORTS BERENQUER, E./ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos contra la libertad e indemnidades sexuales*, cit., pp. 18-19, recuerdan otras expresiones, así intangibilidad carnal o seguridad sexual. Esta última, por ejemplo, es propuesta por MONGE FERNÁNDEZ, A.: *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, cit., p. 76, en aras de soslayar las críticas que recibe el concepto de indemnidad sexual. Se habla igualmente de bienestar psíquico o de integridad sexual.

59 COBO DEL ROSAL, M.: «El delito de rapto», en COBO DEL ROSAL, M., (dir.). *Comentarios a la legislación penal. Tomo II. El Derecho penal del estado democrático*, EDERSA, Madrid, 1983, pp. 401-404.

60 CARMONA SALGADO, C.: *Los delitos de abusos sexuales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 40-43. En concreto atribuye la diferenciación a CONTIERE, E.: *La congiunzione carnale violenta*, Milano, 1959.

ciones concretas en las que se encuentra. El uso de esta expresión, que conduce a la exclusión de determinadas personas de las experiencias sexuales, como ha señalado Ramos Vázquez, sería más honesta que el trampantojo de la indemnidad sexual, pero tampoco evitaría el gran problema de dejar que la moral social dominante determinase, en perjuicio de los derechos individuales, los límites al desarrollo de la sexualidad de esas personas<sup>61</sup>.

La indemnidad sexual, que algunos presentarían como un elemento de protección complementario a la libertad sexual<sup>62</sup> y otros como un bien jurídico diverso, se suele concretar en el plano jurídico como el derecho de la persona a estar exenta o libre de daño en el orden sexual; un derecho de naturaleza individual, no disponible por su titular por la misma razón que la que dio lugar a su formulación, que se ancla, al igual que la libertad sexual, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, pero que, a diferencia de aquella, resulta fácilmente manipulable por las concepciones morales sobre las conductas o experiencias sexuales (in)apropiadas a ciertas edades o para determinadas personas que tratan de influir en las decisiones legislativas de orden penal, en un marco en el que además está establecido constitucionalmente un deber público de protección de la infancia y de los discapacitados psíquicos (arts. 39.4 y 49 CE).

El carácter poco preciso del término indemnidad sexual se trataría de acotar enlazando el daño más concretamente al desarrollo y/o bienestar de esas personas, que se vería comprometido como consecuencia de la realización de acciones que se estiman perjudiciales para el libre desarrollo de su personalidad en la esfera sexual (así, presenciar o participar en actividades sexuales o acceder a contenidos sexuales). El hecho de que esta estimación no se fundamente sólidamente, denotando el conocimiento existente sobre las consecuencias negativas de esas acciones que las mismas pueden ser muy diferentes, incluso inexistentes, en atención a distintos factores<sup>63</sup>, representa

61 RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*, cit., p. 105.

62 Así, por ejemplo, RAMOS TAPIA, I.: «La tipificación de los abusos sexuales a menores: el proyecto de reforma de 2013 y a su adecuación a la Directiva 2011/92/UE», en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, 2015, p. 111.

63 *Vid.* 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*, cit., pp. 169-171. Nótese asimismo que NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «La evidencia empírica sobre las consecuencias de la agresión sexual y su incorporación al análisis jurídico», en *RDPCrUNED*, 2009, n.º 1, pp. 317-346, realizó un estudio sobre la posibilidad de construir el bien jurídico protegido sobre la identidad del daño, físico y psíquico, que producen principalmente las agresiones y los abusos sexuales, alcanzado la conclusión de su inviabilidad en base al conocimiento empírico existente sobre el particular.

un obstáculo difícil de salvar por una concepción de la indemnidad sexual basada en el daño; llegándose, paradójicamente, a prescindir de su prueba en el proceso judicial<sup>64</sup>.

En esa línea de defensa de la indemnidad sexual señalaba, por ejemplo, Muñoz Conde en relación con los menores, con ocasión de la reforma del CP de 1989, que «el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro»<sup>65</sup>, incidiendo en que no se puede apelar a una libertad sexual inexistente en el momento del ataque. En el caso de las personas con discapacidad intelectual impositiva de la capacidad de obrar en la esfera sexual, situaba este autor la cuestión en la falta de libertad sexual, apelando a la consideración que estas personas merecen<sup>66</sup>. Más relevancia tendrían en la actualidad aquellas otras definiciones doctrinales de la indemnidad sexual que se centran en invocar un derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de la personalidad. El propio Muñoz Conde destaca también esta idea cuando afirma que se pretende proteger la normal evolución y desarrollo de la personalidad del menor para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual<sup>67</sup>; hablando en relación con el caso de las personas con discapacidad de evitar su utilización como objeto sexual<sup>68</sup>.

El Tribunal Supremo se ha mostrado muy proclive a situar el centro de atención en la salvaguarda de la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, objetivo común con la libertad sexual, refiriéndose a la indemnidad sexual como el bienestar psíquico del menor en cuanto condición necesaria para un adecuado y normal desarrollo de la formación sexual (STS n.º 803/2010, de 30 de septiembre, FJ. 3.º), el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de su personalidad (STS 476/2006, de 2 de mayo, FJ. 2.º), el equivalente «... a la intangibilidad, constituyendo una manifestación de la dignidad de la persona tutelando el

64 Así, RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*, cit., p. 104.

65 MUÑOZ CONDE, F.: «Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código penal)», cit., p. 272, quien observaba, no obstante, que en este terreno «casi nada es seguro y la mayoría de las afirmaciones se basan en el sentimiento, en la propia experiencia personal y otros datos difíciles de explicar y comprender racionalmente».

66 *Ibidem*: «Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código penal)», cit., pp. 275-276.

67 Así también GARCÍA ÁLVAREZ, P.: «El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal», en *RGDP*, n.º 20, 2013, pp. 18-19.

68 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 225.

derecho al correcto desarrollo de la sexualidad, sin intervenciones forzadas, traumáticas o solapadas en la esfera íntima de los menores que pueden generar huellas indelebles en su psiquismo», (STS n.º 320/2019, de 19 de junio, FJ. 3.º) o «... el sometimiento a un imperturbable desarrollo emocional y sexual de quienes, por su edad, están en proceso de formación de su personalidad» (STS n.º 462/2019, de 14 de octubre, FJ. 7.º).

Esta forma de concebir el bien jurídico penal en consideración a quienes no tienen, transitoria o definitivamente, la capacidad para autodeterminarse en el plano sexual no sólo exige de una ulterior concreción sobre la que no hay criterios precisos<sup>69</sup>. También se presta a la anticipación de las barreras de la protección penal a través de la creación de figuras delictivas en las que más bien parece subyacer un bien jurídico de naturaleza colectiva, así la dignidad de la infancia, la seguridad de la infancia, la protección de la infancia o una determinada moral sexual, pudiendo en ocasiones suscitar incluso la duda sobre si por medio de esos tipos penales no estarían en realidad los pretendidos protegidos siendo objeto de una violencia institucional basada simplemente en pánicos morales<sup>70</sup>.

No obstante las objeciones que rodean a la indemnidad sexual como bien jurídico merecedor de la protección penal, que algunos tratarían de superar por vía de la apelación a la dignidad personal<sup>71</sup>, lo cierto es que su defensa fue asumida, como se apuntó, en el plano legislativo en la reforma del CP por la LO 11/1999<sup>72</sup>, que la lleva al pórtico de la regulación de los delitos sexuales, junto con la libertad sexual, y la introduce en la nueva descripción típica del delito de abuso sexual<sup>73</sup>, sin que ello llevase aparejado en este último caso,

69 *Vid.* por lo que se refiere específicamente a las personas menores de edad, MATA BARRANCO, N. de la: «Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual», en *RECPC*, n.º 21-20, 2019, pp. 1-70.

70 RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*, cit., *passim*.

71 Así, ROPERO CARRASCO, J.: «Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores: el Proyecto de 2013», en *EPC*, n.º 34, 2014, pp. 256, «la indemnidad lo que se protege esencialmente es el respeto a la dignidad de la persona, el derecho al desarrollo psicosocial adecuado y el derecho a no sufrir graves daños derivados de experiencias lesivas».

72 Esto había sido objetivo anteriormente de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983.

73 Sobre la injustificada incorporación de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido *vid.*, por todos, 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. 233-242. Por su parte, Boix Reig, J./ Orts Berenguer, E., «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999», en Quintero Olivares, G./ Morales Prats, F., (coord.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, 2001, p. 1016,

no obstante, el aumento de unas penas que se habían visto reducidas de forma cuestionable como resultado del hecho de que en la distinción que realiza la LO 10/1995, entre agresiones sexuales y abusos sexuales no se tuviese presente la particular situación de vulnerabilidad en la que se pueden encontrar las personas integrantes de los colectivos de personas menores de edad y personas con discapacidad que hace que no sea necesario recurrir a medios violentos para lograr la realización de actos sexuales. De ello da cuenta el propio Legislador en la Exposición de motivos de esta ley al explicar que la reforma de los delitos sexuales se debe a que la regulación entonces vigente «no responden adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos»<sup>74</sup>. Razones que le llevan además a la reintroducción del delito de corrupción de menores o incapaces y a la ampliación de los delitos relativos a la pornografía. Más adelante, en la reforma del CP por LO 5/2010, mediante la que se dispensa un tratamiento autónomo a las agresiones y abusos sexuales a las personas menores de la edad legal de consentimiento sexual, el Legislador recoge en el Prámbulo de la ley una definición, aunque deficitaria, de la indemnidad sexual: «Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual

---

entendían que el añadido en el rótulo no aportaba nada; considerando, por su parte, ACALE SÁNCHEZ, M.: *La violencia sexual de género frente a las mujeres adultas*, cit., p. 161, que los cambios operados no tendrían más efectos que el simbólico.

- 74 Sigue diciendo el Legislador: «Al invocar la dignidad de la persona humana y los derechos inherentes a la misma como bienes jurídicos afectados por las conductas de referencia, se pone de manifiesto que también el acatamiento de la Constitución Española constituye uno de los fundamentos, y no el menos importante, de la reforma proyectada, desde el momento en que, según el artículo 10.1 de aquélla, «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social», lo que ha de ser completado por la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para quien «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás» (STC 53/1985, fundamento jurídico 8, citada a título de ejemplo)».

sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor». La reforma de 2015 no descenderá a la cuestión del bien jurídico protegido en el título VIII en su Preámbulo, donde aparecen deshiladamente mencionadas la libertad sexual y la indemnidad sexual, resultando no obstante llamativo que cuando se justifica aquí la reforma de los delitos sexuales con víctimas menores, se diga que «se introducen modificaciones en los delitos contra la libertad sexual para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE...». Las modificaciones de fondo que se implementan en ese momento han dado pie a hablar de avances legislativos en la línea del reconocimiento de la libertad sexual así la cláusula Romeo y Julieta o la supresión del delito de corrupción de menores<sup>75</sup>, pero estas acciones no serían concluyentes sobre la voluntad del legislador, que no dio más explicación al respecto que el cumplimiento de los compromisos internacionales<sup>76</sup>. En esta línea parece manifestarse el propio Tribunal Supremo, quien, no obstante, no tendría tan clara la repercusión de la reforma de 2015 en la delimitación del bien jurídico protegido penalmente. Así se aprecia de la lectura de su sentencia n.º 652/2015, de 3 de noviembre (FJ. 12.º), donde se comienza afirmando que «la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha incluido una modificación en el art 183 1.º CP al suprimir la referencia a la tutela de la indemnidad sexual del menor» y que «la desaparición de la indemnidad sexual en la descripción de los actos prohibidos en el art 183 1.º CP responde exclusivamente a un prurito doctrinal del sector responsable de la redacción de la reforma, sesgo doctrinal que lamentablemente se aprecia en muchos otros preceptos de la reforma», pero también se señala que «esta modificación no afecta al ámbito de comportamientos prohibidos que siguen siendo los mismos, pues cualquier abuso sexual como el enjuiciado en esta causa puede ser calificado como «acto que atente a la indemnidad sexual de un menor» (redacción anterior), o como «acto de carácter sexual» (redacción actual), aunque es cierto que el cambio sí<sup>77</sup> afecta a la configuración del bien jurídico protegido tal y como se había definido por esta Sala,...»<sup>78</sup>. Sin embargo, en otros pronunciamientos

75 Vid. CABRERA MARTÍN, M.: *La victimización sexual de los menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*, cit., pp. 56-63.

76 Si analizamos la norma que fuera su referencia fundamental, la Directiva 2011/93/UE, veremos que en ella se habla genéricamente de conductas que «constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y los cuidados necesarios para su bienestar», siendo una de ella descrita como «realizar actos de carácter sexual con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual».

77 Ese sí, que no aparece con tilde, tiene que ser un sí afirmativo en atención a la redacción de la frase.

78 Sigue diciendo que el cambio «reduce innecesariamente la calidad técnica del precepto y retoma un tono moralizante, que se había superado en la redacción anteriormente vigente».

posteriores sólo se reproducirá parcialmente en ese párrafo y se insistirá en que el bien jurídico protegido sigue siendo la indemnidad sexual. Dice en su sentencia n.º 301/2016, de 12 de abril, (FJ. 1.º): «este cambio legislativo, que la STS 652/2015, 3 de noviembre atribuye a un «... prurito doctrinal del sector responsable de la redacción de la reforma», no debe interpretarse más allá de una rectificación semántica que no modifica el criterio de esta Sala respecto a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido cuando el menor de edad es el destinatario de un ataque de carácter sexual (cfr. SSTS 331/2004, 16 de marzo o 604/2012, 20 de junio, entre otras muchas). De hecho, el epígrafe que rotula el título VIII del Libro II sigue incluyendo una alusión expresa a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido». Texto que se reproduce, por ejemplo, en la STS n.º 320/2019, de 19 de junio (FJ. 3.º).

Los años transcurridos desde la irrupción de la indemnidad sexual en el debate doctrinal no han impedido que la inocencia, la inmadurez o la ausencia de la autonomía de la voluntad sigan siendo atributos que parte de la sociedad adulta se resiste a dejar de predicar del conjunto de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, y ello a pesar de las repercusiones negativas que esto supone para el ejercicio autónomo de los derechos humanos por parte de estas personas y su protección frente a la violencia sexual. Todo ello hace que socialmente el concepto indemnidad sexual continúe estando en valor, de ahí que el Consejo General del Poder Judicial dijese en su informe al Anteproyecto de LOGILS que la supresión de la referencia a la indemnidad sexual no se ajustaba a los usos lingüísticos<sup>79</sup>. Y que durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de LOGILS<sup>80</sup>, este hecho recibiera igualmente la atención de los parlamentarios a raíz de una serie de enmiendas que al defender la distinción entre libertad sexual e indemnidad sexual se dirigían a mantener en los tipos penales la referencia a la indemnidad sexual (así, la enmienda n.º 286 del Grupo Parlamentario Popular), al señalamiento de ésta junto con la libertad sexual como objeto de protección de la ley (enmienda n.º 68 de Pilar Calvo i Gómez —Grupo Parlamentario Plural—, n.º 398 del Grupo Parlamentario Republicano) y a la introducción de un apartado nuevo en el artículo dedicado al ámbito de aplicación de la Ley del siguiente tenor: «En el marco de la legislación vigente, habrá que tomar en consideración, junto con la libertad sexual, la indemnidad sexual, bien jurídico protegido de aplicación a los delitos sexuales cometidos contra menores o contra personas con capacidad jurídica modificada, y que debe ser entendido como manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceras personas», (enmiendas n.º 79 de Pilar

79 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., p. 78.

80 BOCG, CD, Serie A: Proyectos de ley, n.º 62-1, de 26 de julio de 2021.

Calvo i Gómez —Grupo Parlamentario Plural—, n.º 237 del Grupo Parlamentario Popular, n.º 311 del Grupo Parlamentario Republicano)<sup>81</sup>. Estas últimas motivarán una enmienda transaccional que conduciría a la incorporación en el Informe de la Ponencia del Congreso de Diputado del que será el vigente artículo 3.4: «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 tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceras personas»<sup>82</sup>.

Como se habrá apreciado, la voluntad legislativa más reciente ha sido la de huir de la indemnidad sexual; hecho, a nuestro juicio, sintomático de un viraje hacia la rehabilitación a efectos penales del valor de la libertad sexual, que, como vemos a través de la LO 2/2010 (art. 3.1) o de la LOGILS (art. 1.1), disfruta del reconocimiento expreso como derecho de titularidad individual del ser humano, vinculado al ejercicio de la libertad, la intimidad y la autonomía de la voluntad, siendo distorsionadora, además de poco útil en términos generales la distinción comentada entre bienes jurídicos penales en consideración a que el ejercicio personal de los derechos no sea factible por estar condicionado por la propia capacidad de obrar del titular del derecho<sup>83</sup>.

### 2.3.3. Las aportaciones realizadas desde el feminismo

Las teóricas feministas de la segunda mitad del siglo XX elaboraron un marco teórico explicativo de la violencia contra la mujer como una manifestación de un problema de mayor envergadura, el propio modelo social del patriarcado, sustentador de todo un conjunto de discriminaciones para

81 Consecuentemente, también se referirán a la indemnidad sexual junto con la libertad sexual en otras enmiendas (así, por ejemplo, la n.º 282 y 294, Grupo Parlamentario Popular o la n.º 365 del Grupo Parlamentario Republicano).

82 BOCD, Serie A: Proyectos de ley, de 19 de mayo de 2022, n.º 62-4.

83 En la doctrina han valorado positivamente al hilo del proceso de reforma la supresión de la referencia a la indemnidad sexual DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», en *RECPC*, n.º 21-10, 2019, 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)», cit., 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., p. 693. Sigue defendiendo la necesidad de tomar en consideración la indemnidad sexual tras la reforma, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, cit., pp. 224-225, 234, 252.



la mujer. El empuje de este planteamiento habría hecho entre nosotros que las relaciones de género, cuestión tradicionalmente silenciada por el Derecho penal al estar éste centrado en la responsabilidad individual derivada de hechos concretos, adquirieran un papel protagonista también en el ámbito de lo penal a partir de la década del 2000; asistiéndose a la plasmación legislativa de un Derecho penal de género enfocado hacia la protección de la dignidad de género femenino del que son muestras evidentes la trascendental LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, circunscrita en su ámbito de aplicación exclusivamente a la violencia que ejerce el hombre sobre la mujer pareja o expareja íntima<sup>84</sup>, que daría entrada en el CP a los denominados tipos penales de género, y la introducción del factor género entre los motivos discriminatorios de la circunstancia agravante ordinaria de discriminación en la reforma del CP por la LO 1/2015 (art. 22.4.ª CP).

En el caso concreto de la victimización sexual de la mujer, desde el feminismo se ha reconocido la importancia de la identificación de la libertad sexual como el objeto de la tutela penal por lo que ello supone para el avance de la lucha por la igualdad entre hombres y mujeres desde el momento en que el contenido de injusto penal se sitúa en el ataque a la autonomía de la voluntad en la esfera sexual, privando, por consiguiente, de relevancia jurídico penal a aquellas consideraciones que, en base a la imagen y a los estereotipos culturales sobre la conducta de la mujer en el plano sexual, condicionan la aplicación de los tipos penales. Pero también se ha resaltado la omisión en la tipificación penal del significado real de las conductas en el marco de las relaciones sociales. En este sentido, indicaba, por ejemplo, Ortubay Fuentes, antes de la aprobación del CP de 1995, que «la perspectiva de los colectivos afectados y el reconocimiento de que la finalidad de la tutela penal se dirige a expresar el rechazo de la discriminación y subordinación de las mujeres, debe reflejarse en la forma como se definen y clasifican las conductas agresivas»<sup>85</sup>. Por su parte, Asua Batarrita, a raíz del análisis de la violencia sexual con perspectiva de género, pondría de manifiesto la necesidad de denunciar igualmente el significado especialmente humillante y vejatorio de la imposición de actos de dominio sexual en la esfera de la intimidad sexual, sugiriendo la reinterpretación de las conductas sexuales desde la vulneración de la libertad y la intimidad<sup>86</sup>. En esta línea, cabría observar por lo que se refiere

84 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 éstas 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».

85 ORTUBAY FUENTES, M.: «Protección penal de la libertad sexual, nuevas perspectivas», en RICÓN, A., (coord.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva del género*, Vitoria-Gasteiz, 1998, p. 266.

86 ASUA BATARRITA, A.: «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes cultu-

específicamente a los delitos de agresión sexual que el ataque se agrava cuando comporta la realización de actos de naturaleza sexual que implica una mayor intimidad (así, los accesos carnales, la introducción de objetos o miembros corporales por la cavidad anal o vaginal)<sup>87</sup>. Más recientemente Acale Sanchez, con la mirada puesta en concretas manifestaciones de la violencia sexual que han adquirido gran difusión pública en los últimos años, así las agresiones sexuales en grupo, los atentados sexuales que se sirven del suministro de drogas sin consentimiento de la víctima que le impide manifestar su voluntad en materia sexual y la distribución de imágenes sexuales realizadas con consentimiento del titular de la imagen que posteriormente se distribuyen sin aquél en internet, ha planteado, en orden a destacar la idea de la seguridad, una reconfiguración del bien jurídico libertad sexual, lo que le lleva a hablar de libertad sexual segura, o de un complemento a la libertad sexual<sup>88</sup>.

Este tipo de consideraciones se han abierto paso en la LOGILS, cuyo Preámbulo comienza diciendo precisamente que «la ciudadanía supone el ejercicio de todo un conjunto de derechos humanos ligados a la libertad y a la seguridad, que están íntimamente relacionados con la libertad de movimiento y de uso de los espacios, pero también con las relaciones personales y la capacidad de decisión sobre el propio cuerpo», para añadir, entre otras cosas, que «las violencias sexuales no son una cuestión individual, sino social; y no se trata de 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...». En consecuencia, y aunque el eje de la ley, como vemos, es la protección de la libertad sexual, se observa, a raíz de la comprensión en el delito de agresión sexual de las que con anterioridad fueron modalidades de abuso sexual, la merma de la importancia que en la realización de esos delitos tiene la inten-

---

rales y discurso jurídico», cit., pp. 74-77.

- 87 La relevancia que en la construcción de los tipos penales tienen los actos de contenido sexual asimismo destacaría la idea de integridad sexual, que, como indica CARUSO FONTÁN, M. V.: «Reflexiones en torno a la conveniencia de categorizar a los delitos sexuales como agresiones y abusos», cit., p. 319, se utiliza en algunas legislaciones, así la Ley Argentina 25.087, modificadora del título III del libro II del CP que pasó a enunciarse como «Delitos contra la integridad sexual».
- 88 ACALE SÁNCHEZ, M., *La violencia sexual de género frente a las mujeres adultas*, cit., pp. 167-170. Considera esta autora 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 permite calificar estos delitos como atentados contra la seguridad personal; debiéndose, en consecuencia, proceder a su reconfiguración.

sidad del ataque a la libertad sexual. Asimismo, en la tipificación penal del delito de agresión sexual a personas mayores de 16 años se ha abordado la protección de la identidad de género femenino, concretamente por vía de la creación de un nuevo tipo cualificado consistente en que «... la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia»<sup>89</sup>, cuya existencia de por sí es difícil de justificar en un ámbito delictivo como éste donde la respuesta penal es especialmente contundente, máxime cuando el propósito diferenciador de los hechos en atención al género se habría alcanzado, evitando las incoherencias internas del sistema penal, a través de la mencionada circunstancia agravante de discriminación. La aplicación de este tipo cualificado, a buen seguro, va a dar lugar a toda una fuente de problemas.

### 3. Bibliografía

**ACALE SÁNCHEZ, M.:** *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, pp. 59-84.

**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, pp. 45-101.

**BOIX REIG, J.:** «Del estupro», en COBO DEL ROSAL, M., (dir.). *Comentarios a la legislación penal. Tomo II. El Derecho penal del estado democrático*, EDERSA, Madrid, 1983, pp. 335-369.

**CABRERA MARTÍN, M.:** *La victimización sexual de los menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*, Ed. Dykinson, Madrid, 2019.

**CAMPO MON, M. A./ MARTÍNEZ LÓPEZ, V.,** «La sexualidad y la afectividad en la discapacidad intelectual desde un punto de vista psicológico», en GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., (coord.), *Delitos sexuales y personas menores*

---

89 Nótese que cuando se trata del delito de agresión sexual a personas por debajo de la edad legal de consentimiento sexual la redacción de este tipo de circunstancia no está marcada por el factor género, agravándose el hecho «cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia» (art. 181.4. d).

*de edad o con discapacidad intelectual. Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 37-54.

**CARMONA SALGADO, C.:** Los delitos de abusos sexuales, Ed. Bosch, Barcelona, 1981.

**CARUSO FONTÁN, M. 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*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 317-332.

— *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

**COBO DEL ROSAL, M.:** «El delito de rapto», en COBO DEL ROSAL, M., (dir.). *Comentarios a la legislación penal. Tomo II. El Derecho penal del estado democrático*, EDERSA, Madrid, 1983, pp. 371-404.

**CONSEJO DE ESTADO:** Dictamen n.º 393/2021.

**CONSEJO FISCAL:** *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, de 2 de febrero de 2021.

**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.

**CUERDA ARNAU, M. L.:** «Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en los delitos sexuales contra menores», en *RECPC*, n.º 19-09, 2017, pp. 1-44.

**DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.:** «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», en *RECPC*, n.º 21-10, 2019, pp. 1-29.

— *La racionalidad de las leyes penales*, Ed. Trotta, Madrid, 2003.

— «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», en *RDP-CrUNED*, n.º 6, 2000, pp. 69-101.

— «Las últimas reformas en el Derecho penal sexual», en *EPC*, n.º 14, 1988-1990, pp. 41-108.

— *El Derecho Penal ante el sexo. (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981.

**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, pp. 251-279.

- 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.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.:** «Funcionalismo y teoría de bien jurídico», en MIR PUIG, S./ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., (dir.), *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 162-230.
- FERRAJOLI, L.,** *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2.<sup>a</sup> ed. Trotta, Madrid, 1997.
- GARCÍA ARROYO, S.:** «Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales», en *RECPC*, n.º 24-12, 2022, pp. 1-45.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P.:** «El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal», en *RGDP*, n.º 20, 2013, pp. 1-55.
- GONZÁLEZ AGUDELO, G.:** *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (art. 183 quater del Código Penal)*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- 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, pp. 687-700.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M. M.:** «El consentimiento de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual a la realización de actos sexuales con terceros», 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. 97-142.
- «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.
- MALÓN MARCO, A.:** *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

- MATA BARRANCO, N.** de la: «Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual», en *RECPC*, n.º 21-20, 2019, pp. 1-70.
- MIR PUIG, S.:** *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.
- MONGE FERNÁNDEZ, A.:** *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Ed. JM Bosch, Barcelona, 2011.
- MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO, R.:** «Título VIII, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al Código penal español*. Tomo I (Artículos 1 a 233), 6.ª ed. Aranzadi, 2011, Cizur Menor, pp. 1135-1178.
- MUÑOZ CONDE, F.:** *Derecho penal. Parte especial*, 24.ª 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.
- «Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código penal)», en *EPC*, n.º 13, 1988-1989, pp. 269-295.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.:** «La evidencia empírica sobre las consecuencias de la agresión sexual y su incorporación al análisis jurídico», en *RDPCrU-NED*, n.º 1, 2009, pp. 317-346.
- OMS:** *Defining sexual health: report of a technical consultation on sexual health*, 28-31 January 2002, World Health Organization, Geneva, 2006.
- ORTS BERENGUER, E.:** *Delitos contra la libertad sexual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.
- ORTS BERENGUER, E./ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.:** *Los delitos contra la libertad e indemnidades sexuales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
- ORTUBAY FUENTES, M.:** «Protección penal de la libertad sexual, nuevas perspectivas», en RICÓN, A., (coord.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva del género*, Vitoria-Gasteiz, 1998, pp. 261-279.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M.:** *La justificación de la leyes penales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- RAMÓN RIBAS, E.:** *Minoría de edad, sexo y Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

- RAMOS TAPIA, I.:** «La tipificación de los abusos sexuales a menores: el proyecto de reforma de 2013 y a su adecuación a la Directiva 2011/92/UE», en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, 2015, pp. 107-138.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A.:** *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- ROPERO CARRASCO, J.:** «Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores: el Proyecto de 2013», en *EPC*, n.º 34, 2014, pp. 225-300.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.,** *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed. Ampliada y actualizada, Ed. BdF, Montevideo, 2010.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.:** *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2.ª ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.





# **REQUIEM POR LOS ABUSOS SEXUALES**

**Viviana Caruso Fontán**  
*Universidad Pablo de Olavide*

## **1. El descrédito de los abusos sexuales<sup>1</sup>**

La desaparición de la figura de los abusos sexuales que tuvo lugar con la aprobación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la libertad sexual, puede ser interpretada como la crónica de una muerte anunciada. Esta circunstancia que, en sí misma, podría resultar inocua, reviste gravedad en la medida en que resulta ser un síntoma de los graves problemas que asolan actualmente a la política criminal española.

Es posible sostener que el descrédito de esta figura comenzó hace ya muchos años, promovido por los medios de comunicación. Las causas de esta situación, como viene siendo habitual en los últimos tiempos, descansan en la utilización con fines políticos de las normas del Derecho penal. Si bien en el ámbito jurídico, la clasificación de una conducta como agresiones o abusos sexuales sólo ha respondido a la necesidad de efectuar una categorización de las conductas de acuerdo al grado de lesión al bien jurídico, en el nuevo Derecho penal de carácter simbólico —cada vez más arraigado en nuestro país<sup>2</sup>—, la elección de la terminología utilizada no se ciñe a la mera perspectiva práctica de facilitar la aplicación al operador jurídico, sino que tiene una importancia simbólica nuclear. Por todo ello, no cabe duda de que la tradicional figura de los abusos sexuales ha caído frente a la moda de lo «políticamente correcto».

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, abusar significa «hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien», o bien, «hacer

---

1 Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación: «La condena de los excluidos: fronteras institucionales de los Derechos Humanos» PID 2021-122498 NB-I00.

2 MESTRE DELGADO, E.: «Los cambios de paradigma punitivo en un nuevo proyecto de reforma penal» en *La Ley Penal*, n.º 61, junio 2009, p. 6.

objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder». Por otro lado, el término «agresión» se refiere al «acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño»<sup>3</sup>. De esta forma, mientras que «abusar» es sinónimo de «aprovechamiento», el término «agresión» se identifica con «acometida», «asalto» o «atentado». Por tanto, la palabra «agresión» envía al destinatario un mensaje más potente, que deja clara a simple vista la voluntad abiertamente contraria de la víctima, mientras que abusar podría estar haciendo referencia a un simple uso indebido, donde medie una voluntad inicial compartida por ambas partes de la diatriba<sup>4</sup>.

¿Cómo decirle a una víctima que ha sufrido un ataque contra su libertad sexual que el delito cometido es un abuso y no una agresión? ¿Cómo es posible que hechos tan inconcebibles no sean calificados como el peor atentado que puede sufrir una persona contra su sexualidad? Esta es la proclama que han transmitido los medios de comunicación a la ciudadanía, promovidos por grupos de presión.

Así, sucedió en el llamado caso de «La Manada» frente al cual la posibilidad de una condena de abusos por prevalimiento fue interpretada como algo inconcebible. Pero esta situación no resulta ser novedosa. De hecho, esta tesis ya determinó la modificación de los delitos sexuales que tuvo lugar con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Es posible afirmar que esta modificación estuvo motivada por el acaecimiento de dos casos concretos: el caso de Mari Luz Cortés y el conocido como «Nannysex»<sup>5</sup>.

Durante la investigación del caso Nannysex se comprobó que cuatro hombres que se desempeñaban como «canguros» habían realizado tocamientos, así como también, penetraciones bucales y anales, a niños de entre 1 y 4 años de edad, procediendo además, a grabar estos actos para su posterior

3 Diccionario de la Real Academia Española, <https://dle.rae.es/> (Visto 15-03-2023).

4 Esta obsesión por la utilización de un lenguaje determinado se expresa también en la Exposición de Motivos frente a la insistencia de ampliar el ámbito de aplicación del concepto de «violencia». En este sentido señala Torres Fernández que este uso expansivo del término violencia responde a un afán totalizador que pretende abarcar todas las formas de desigualdad y discriminación con el último objetivo de justificar el recurso al Derecho penal, que no es un instrumento apto para resolver problemas sociales. TORRES FERNÁNDEZ, M. E.: «Perspectiva de género y delitos contra la libertad sexual», en *Revista General de Derecho penal*, n.º 35, 2021, p. 6.

5 La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, aprobado en Madrid el 14 de noviembre de 2008 expresaba lo siguiente: «En el ámbito de los delitos sexuales, el acaecimiento en los últimos tiempos de casos de especial gravedad ha provocado en la sociedad la reapertura del debate en torno a las respuestas jurídicas previstas para los delincuentes sexuales, en particular en aquellos supuestos en los que las víctimas son menores de edad». Al respecto es necesario recordar que fue el mencionado Anteproyecto el primero en proponer la individualización del tratamiento de los menores de 13 años en el artículo 183 CP.

difusión como material pornográfico<sup>6</sup>. Las características de estos hechos llevaron a que la opinión pública no lograra entender cómo era posible que los mismos no fueran calificados como «agresiones sexuales» y, en lugar de ello, fueran relegados a la figura menos grave de los «abusos sexuales»<sup>7</sup>. La generalizada sensación de «injusticia» de la Ley Penal dio lugar a que se solicitara su revisión, reclamo que fue rápidamente atendido por el legislador.

Emprendiendo la reforma en este contexto, al legislador se le planteó un problema de difícil solución: intentar satisfacer las supuestas demandas sociales sin traicionar los postulados impuestos en 1995. Como es sabido, el modelo de Derecho penal liberal en base al cual se estructuró la regulación de los delitos contra la libertad sexual en 1995 supuso una importante reestructuración de los tipos penales. El viejo modelo basado en la protección de la honestidad de la víctima ponía el foco de atención en la trascendencia de la conducta sexual que se llevara a cabo. De esta forma, de hablaba de «violación» cuando se llevara a cabo una penetración vaginal sobre una víctima, utilizando violencia, sobre un menor de 12 años, o una víctima privada de sentido o de razón, relegando a la figura menos grave de los abusos deshonestos, aquellas otras en las que se llevara a cabo otra conducta con connotación sexual, también en los supuestos planteados.

Con la reforma acaecida en 1989, el bien jurídico pasa a ser la libertad sexual y será con el nuevo Código penal de 1995 cuando se plantee una nueva clasificación de las conductas para que estas respondan a la necesidad de protección del nuevo bien jurídico. El acento se pone entonces en la salvaguarda de un aspecto concreto de la libertad que se identifica con la posibilidad de autodeterminarse en el ámbito sexual. Así, el modelo determinado por el legislador liberal suponía estructurar los tipos en torno al nuevo bien jurídico: la libertad sexual. Siendo los delitos contra la libertad sexual, una concreción de los delitos contra la libertad genérica, reproducen en buena parte su estructura y también sus problemáticas. Así, en el ámbito de los delitos contra la libertad genérica se acepta como máxima que los medios comisivos de la violencia y la intimidación son aquellos que atacan al bien jurídico

---

6 Sentencia del Tribunal Supremo n.º 947/2009, de 2 de octubre. Los acusados fueron condenados por delitos de abusos sexuales continuados con la agravante de víctima especialmente vulnerable y la atenuante analógica de colaboración con la justicia y por el delito de corrupción de menores debido a la elaboración de material pornográfico con utilización de menores de 13 años. En esta Sentencia el Tribunal Supremo acepta parcialmente el Recurso de Casación interpuesto por los condenados en el sentido que no resulta aplicable frente a estos hechos la atenuante genérica de abusos de confianza (art. 22.6), al entender que esta circunstancia viene a incidir en la situación ya contemplada por la agravante de «especial vulnerabilidad».

7 Al respecto ver: [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/fiscal/caso/nanysex/solo/pide/indemnizar/ninos/elpepusoc/20070309elpepisoc\\_15/Tes.](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/fiscal/caso/nanysex/solo/pide/indemnizar/ninos/elpepusoc/20070309elpepisoc_15/Tes.) (Visto 20-03-2023); [http://www.elconfidencial.com/cache/2008/07/22/48\\_indignacion\\_calle\\_vacio\\_legal\\_permitira\\_nanysex\\_salga\\_carcel.html.](http://www.elconfidencial.com/cache/2008/07/22/48_indignacion_calle_vacio_legal_permitira_nanysex_salga_carcel.html) (Visto 20-03-2023).

con mayor entidad. En consecuencia, los tipos básicos de las amenazas y las coacciones se estructuran para proteger frente a la intimidación y a la violencia en este mismo orden. Reproduciendo este esquema, los delitos contra la libertad sexual pasan a clasificarse en agresiones y abusos sexuales, de modo que estaremos frente a un delito de agresiones sexuales cuando se haya empleado violencia o intimidación y frente a un abuso, cuando no se hayan utilizado estos medios comisivos pero la conducta sexual se haya llevado a cabo sin mediar un consentimiento válido de la víctima.

Este cambio de concepción supuso modificaciones que no fueron bien recibidas por todos los sectores. Así, el mayor inconveniente surge del hecho de que el legislador de 1995 no tuvo en cuenta que determinadas conductas que antes quedaban encuadradas en el delito de violación, ahora iban a descender, necesariamente, al ámbito de los abusos sexuales, ya que hay determinadas personas sobre las que no es necesario utilizar estos medios comisivos para la imposición de un comportamiento sexual. Se trata de sujetos que no pueden prestar resistencia y que tampoco pueden ser sujetos pasivos de intimidación, ya que no tienen el entendimiento mínimo necesario como para comprender el alcance de las amenazas<sup>8</sup>. Es el caso de un niño de muy corta edad que, de acuerdo con la regulación penal, nunca podría ser sujeto pasivo de una agresión sexual.

Frente a esta tesitura, el legislador de 2010 podría haber optado por equiparar las conductas realizadas sobre menores a los supuestos de violencia o intimidación. El primer inconveniente que se planteaba a esta opción consistía en que este razonamiento no resulta aplicable a todos los niños menores de 13 años, y además, que no sólo los menores de muy corta edad se encuentran en esta situación, sino que se trata de una premisa que también puede predicarse acerca de personas privadas de sentido y de personas imposibilitadas de resistir<sup>9</sup>. Además, desde un punto de vista teórico y desde

---

8 Este argumento fue utilizado por el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid en su informe: «Medidas para la protección de la infancia frente a los actos de explotación y abuso sexual» de junio de 2008», en el que sostenía que «*Para tener contacto carnal con personas de muy corta edad no se precisa la violencia o la intimidación, pues su vulnerabilidad extrema, sus condiciones cognitivas y su falta absoluta de experiencia podrían llevar a descartar la concurrencia de los citados modos comisivos de violencia o intimidación...*». Por esta razón y por «*la tremenda carga de injusto que conllevan este tipo de situaciones*», el Defensor del menor solicitaba la modificación del artículo 178 CP para añadir a la violencia y a la intimidación una nueva circunstancia que hiciera referencia a la edad de la víctima. Al respecto: GÓMEZ TOMILLO, M.: «Derecho Penal Sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-04 (2005), p. 3.

9 Esta argumentación ya había sido utilizada en relación a las víctimas incapaces de resistir. Así en una discusión parlamentaria para la aprobación del Proyecto de ley 16 de febrero de 1998, n.º 89-8, acerca de una nueva redacción del artículo 178 CP se sostuvo la conveniencia de incluir a las personas incapaces de resistir como sujetos pasivos del delito de agresiones sexuales. En esa ocasión, el Grupo Parlamentario Vasco entendió que debido

el prisma del bien jurídico «libertad», no es posible equiparar situaciones en las que el agente provoca el estado de indefensión de la víctima, ya sea ejerciendo violencia o intimidación, o bien, simplemente se aprovecha de un estado de indefensión preexistente, ya sea que se trate de una persona en estado de inconsciencia, que se encuentre atada a un árbol o que la víctima tenga dos años de edad.

Por entonces, el legislador no estuvo dispuesto a dar un giro de 180 grados en la regulación, ya que, dejando de lado esta posibilidad, decidió separar la regulación de los ataques sexuales sufridos por menores de 13 años, trasladando tanto los supuestos en los que se utiliza violencia o intimidación, como aquellos en los que no se emplean estos medios, a un artículo independiente y creando, de esta manera, un «nuevo» artículo 183 dentro del Capítulo II Bis. De esta forma, se zanjó la polémica durante algunos años hasta que el conocido como caso de «La Manada» volvió a reavivar la llama. Esta vez, el problema no se suscitó en referencia a las conductas sexuales que se llevan a cabo sobre menores de edad, sino frente a la dificultad de la diferenciación entre el prevalimiento y la intimidación.

Como es sabido, en el caso de la Manada se juzgó la conducta de cinco individuos que tuvieron relaciones sexuales con una joven durante las Fiestas de San Fermín del año 2016. La exposición de los hechos probados da a conocer cómo los acusados condujeron a la víctima al rellano de un edificio, la rodearon y le solicitaron que les practicara sexo oral. En virtud de la descripción fáctica, tanto el Ministerio Fiscal como las acusaciones particular y popular calificaron los hechos como cinco delitos continuados de agresión sexual de los arts. 178, 179, 180.1.1.º y 2.º, 192 y 74 CP. En contra de estas posturas, la Audiencia Provincial de Navarra rechazó la argumentación que conducía a entender que los hechos eran constitutivos de agresiones sexuales, al considerar que en este caso no concurrían los medios comisivos que esta figura requiere, a saber, la violencia y la intimidación. Por otro lado, apreció la concurrencia de abusos sexuales por prevalimiento. Este cambio de calificación jurídica, que la Audiencia justifica con base en la relación homóloga descendente existente entre estos dos tipos penales (lo que impide la vulneración del principio acusatorio), no afectará a la aplicación del delito continuado. Así, la Audiencia condenó a cada acusado como responsable de un delito de abuso sexual continuado. De esta forma, la Audiencia entendió que todos los participantes desplegaron el medio comisivo que permitió la consumación de la conducta: el prevalimiento, caracterizado como una forma atenuada de intimidación.

---

a la situación que estas personas sufren debía ser suficiente que mostrasen su voluntad expresa de no acceder al trato carnal, ya que esta expresión de voluntad es la única defensa que les cabe.

El aluvión de críticas que recibió la configuración legal de los delitos sexuales conforme al criterio establecido en 1995 desembocó, entonces, en una reforma que suprimió la diferencia entre los delitos de agresiones y abusos sexuales. La marcada tendencia a la generalización de la teoría del género que insiste en «meter en el mismo saco» conductas de muy distinta significación, tuvo en este extremo una de sus máximos logros. Así, una clasificación de conductas que sólo respondía a la necesidad de mantener la proporcionalidad con respecto a la lesión del bien jurídico «libertad sexual» y que era producto de una larga elaboración doctrinal, desapareció en pro de un Derecho penal «de gestos». El argumento central que se utilizó para emprender esta reforma legislativa partió de negar la relevancia de la diferenciación entre los medios comisivos del prevalimiento y la intimidación.

Al respecto, la Exposición de Motivos de la LO 10/2022 dispone que «La disposición final cuarta modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul». El citado Convenio de Estambul dispone en el artículo 36 la obligación por parte de los Estados firmantes de tomar legislativas para castigar como delito los actos de carácter sexual no consentidos, pero no señala en ningún momento que todos esos actos no consentidos tengan que ser castigados de forma equivalente a los actos que se lleven a cabo con violencia, o que tengan que ser definidos como una «violación»<sup>10</sup>. Resulta, por tanto, evidente que la Exposición de Motivos tergiversa intencionadamente el texto del convenio de Estambul para justificar su decisión.

El objetivo de evitar la llamada «victimización secundaria» ha sido otra de las razones principales por las que se ha defendido la desaparición de la

---

10 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Art. 36:

*«Violencia sexual, incluida la violación.*

*1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:*

*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.*

*2 El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes. 3 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno.»*

figura de los abusos sexuales<sup>11</sup>. Así, el hecho de que el juez tuviera que indagar sobre las circunstancias en las que se ha producido el abuso o agresión para probar la existencia de violencia, intimidación o prevalimiento fue interpretado como un «cuestionamiento» de la credibilidad de la víctima. Esta fue la situación que se produjo en el caso de «La Manada» y que encontró el caldo de cultivo político adecuado para liderar una pequeña revolución. Como se ha dicho hasta la saciedad, la intimidación y el prevalimiento son términos jurídicos que deben ser interpretados por el juez, que es quien debe decidir frente al caso concreto cuál es aquel que se adecúa más a las circunstancias que ha tenido ocasión de apreciar en virtud de la prueba. Difícilmente puede no cuestionarse en juicio a una víctima, cuando es preciso que su testimonio sea valorado y su relato objeto de prueba. Lamentablemente, el testimonio de una víctima de agresiones sexuales deberá ser puesto en duda, de la misma forma que se pone en duda el testimonio de una víctima de robo o estafa, y esta circunstancia no cambiará por más que se modifique la conformación de los tipos penales que protegen la libertad sexual.

Los defensores de esta reforma pretendieron hacer pivotar en el consentimiento la nueva configuración de las conductas, con base en la idea de que la libertad sexual no es un valor que pueda ser graduable, sino que está presente —o no— al llevar a cabo un comportamiento<sup>12</sup>. De esta manera, el término agresión sexual pasaría a ser aplicable siempre que se viera lesionada la libertad sexual, independientemente de qué medio comisivo se hubiera utilizado para el ataque. Así, todas las conductas que antes eran constitutivas de un delito de abuso sexual, como el hecho de realizar un comportamiento sexual sobre una persona privada de sentido, sobre una persona de cuyo trastorno mental se aprovecha el agente o, incluso, un abuso por prevalimiento, quedaron integradas en la figura de las agresiones sexuales.

En contra de esta decisión, entendemos que la regulación impuesta por la LO 10/2022 parte de premisas equivocadas y que equipara conductas que no suponen un desvalor de injusto equivalente. Para justificar esta opinión, consideramos que es necesario repasar el origen de las figuras, así que como la casuística a la que estos delitos venían aplicándose.

11 En este sentido se expresa Acale Sánchez indicando que la reforma tiene el objetivo de evitar la revictimización que sufren muchas víctimas que interponen la denuncia y que comprueban cómo durante los distintos interrogatorios se invade su privacidad hasta el punto de poder distinguir hasta el más mínimo detalle del acto sexual impuesto. Acale Sánchez, M.: «Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma», en *IgualdadES*, 5, pp. 467-485. Disponible en: doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.5.06>, (visto 23-2-2022).

12 En este sentido: RAMÓN RIBAS, E.: «Aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales», en García Álvarez, P. y Caruso Fontán, V. (dir.): *Los delitos contra la libertad sexual tras la ley del «sólo sí es sí»* obra en prensa.

## 2. El origen de las figuras

Como se ha señalado, la regulación tradicional de estos delitos clasificaba a las conductas en violación y abusos deshonestos en función de la conducta sexual que se llevara a cabo. No obstante, esta tipificación se completaba con la inclusión de la figura del estupro, delito que se configuró con base en dos modalidades. Por una parte, el estupro de prevalimiento, el cual encontraba su origen en los tipos que regulaban los abusos que cometían educadores y otras personas que tuvieran a su cargo la protección de la víctima; esta modalidad no requería el aprovechamiento de una situación, ya que ello se consideraba implícito. Por otro lado, la regulación se completaba con el estupro fraudulento, o estupro mediante engaño, en el que resultaba de gran importancia la condición moral del sujeto pasivo. En este sentido, se estimaba que no podía caer en el engaño quien acostumbraba a mantener relaciones «indebidas».

Del análisis de la jurisprudencia de la época se deduce con claridad que los casos juzgados por el delito de estupro fraudulento respondían, en general, a los mismos parámetros. Así, solía tratarse de parejas adolescentes en las que la novia resultaba embarazada, y el joven —que hasta ese momento había jurado amor eterno— abandonaba a la madre soltera negándose a reconocer al hijo. Por entonces, la acción para reclamar la paternidad por vía judicial era muy restrictiva, y una de las formas para conseguirla era la sentencia condenatoria por un delito sexual. De esta forma, se solía acudir a la denuncia por estupro, esperando obtener el reconocimiento del niño y la consecuente pensión alimenticia<sup>13</sup>. El elemento típico determinante era el engaño, en el que debía caer el sujeto pasivo, y que debía ser central en la decisión de llevar a cabo la relación sexual. Los tipos no hacían mención expresa acerca del motivo de este engaño y las razones aceptadas por la jurisprudencia fueron escasas, tratándose en la mayoría de los casos, de la promesa de matrimonio incumplida. En este sentido, se llegó a entender que el mantenimiento de relaciones de noviazgo durante un período prolongado traía implícita la intención de matrimonio, y podía ser constitutiva de delito.

Por otro lado, el estupro por prevalimiento suponía la tipificación de supuestos en los que el sujeto activo del delito era un sacerdote, un criado, un empleado doméstico, el tutor, un maestro o el encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada. En este tipo no se exigía el abuso de superioridad, pero se infería de la especial condición en la que se encontraba el sujeto pasivo con respecto al activo<sup>14</sup>. Así, en estos casos, se entendía que la

---

13 En opinión de Gimbernat Ordeig, en los supuestos de novios el Tribunal operaba con una presunción: que en todas los noviazgos con relaciones sexuales se había cometido el delito de estupro. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «La mujer y el Código penal español», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1980, p. 4.

14 Así, en los artículos 604 y 606 del Código penal de 1928 se establecía: «Será castigado con las penas de dos meses y un día a tres años de prisión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas,



situación en la que se encontraba el ofensor respecto a la víctima le otorgaba o bien una mayor facilidad, —como podrá ser en el caso del doméstico—, o bien una situación de superioridad, —como sucede en el caso del maestro—. La Ley, por tanto, establecía la presunción de que había mediado un aprovechamiento de estas circunstancias, —siempre y cuando la víctima reuniera la condición de «doncella»—, estimando que ésta, por su inexperiencia, no habría consentido de no haber mediado el aprovechamiento<sup>15</sup>. En lo que respecta a la conducta típica, al igual que en el estupro fraudulento, se utilizaba la ambigua expresión «cometer estupro», y también como en el caso anterior, se penalizaba en la modalidad de abusos deshonestos no violentos.

La aprobación de la Constitución española en 1978 determinó el inicio de una nueva era en la regulación de los delitos sexuales y los cambios comen-

---

*el hecho de yacer o realizar cualquier abuso deshonesto, los tutores con sus pupilos, los padres adoptivos con sus hijos y los directores de centros de instrucción, eclesiásticos y demás personas encargadas de la educación o enseñanza con sus alumnos o educandos.» «El estupro de mujer honesta mayor de dieciocho años y menor de veintitrés cometido por Autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, cuando no esté comprendido en el art. 604, se castigará con la pena de prisión de dos a seis años. Los abusos deshonestos en las mismas circunstancias se castigarán con la pena de uno a tres años de prisión.»*

- 15 En lo que respecta a las características exigidas al sujeto pasivo, los primeros Códigos hacían alusión a la necesidad de que éste tuviera la condición de «doncella». Este término fue interpretado como un requisito físico que implicaba la existencia de himen; así, se requería para la consumación del delito la pérdida de la virginidad. LANGLE RUBIO, E.: *La mujer en el Derecho Penal*, Madrid, 1911, p. 97. Con la utilización de este concepto se llegaba a extremos insostenibles como negarle a la ofendida la cualidad de doncella por haber sido víctima de forma previa, y a manos del mismo autor, de un delito de violación, (criterio utilizado en la resolución del fallo del 2 de noviembre de 1964 del Tribunal Supremo y que se reitera en la Sentencia del 9 de junio de 1979, para negar la existencia de sucesivas infracciones constitutivas de estupro). Para corregir estas consecuencias se estableció una distinción conceptual, diferenciando el aspecto fisiológico de la doncellez, caracterizado por la presencia del himen, del psicológico, entendido como ausencia de copulación; este último debía prevalecer sobre el primero. Así, se sostenía que una mujer se mantenía doncella mientras no tuviera la disponibilidad voluntaria de su libertad sexual, ya que el himen podría haberse perdido por causas muy diversas tales como un accidente, por la realización de ejercicios físicos violentos, como consecuencia del juego, por una intervención quirúrgica o por muchas otras causas; así, podía haber jóvenes sin virginidad fisiológica que fueran doncellas (criterios sostenidos por las sentencias del Tribunal Supremo del 24 de abril de 1973 y del 27 de junio de 1967). Con posterioridad, se consideró con exclusividad el aspecto psicológico, y se fue dejando de lado el concepto de doncellez. Entonces, se requirió que la mujer fuera «honesta», o bien de «acreditada honestidad»; de acuerdo a este concepto la mujer debía mantener una vida apropiada a la pudorosa convivencia. JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal, comentado y cotejado con el de 1870*, Salamanca, 1978, p. 259. cuanto a la prueba de la condición de la doncellez u honestidad, los tribunales operaban con una presunción de su existencia que podía ser desvirtuada mediante prueba en contrario (Sentencia del Tribunal Supremo del 22 de diciembre de 1947, y del 27 de septiembre de 1956, en la que se establece que la presunción operará incluso cuando la ofendida viviere en un ambiente de inmoralidad).

zaron, precisamente, en el ámbito del estupro, donde la nomenclatura utilizada hacía más evidente la necesidad de una reforma. Con los cambios acaecidos en 1978, el estupro por prevalimiento quedó definido a través de una norma general que eliminó el casuismo que caracterizó a la legislación antecedente<sup>16</sup>. De forma consecuente con los nuevos aires de progreso, en la nueva regulación sólo se exigió la presencia de un abuso de superioridad, sin requerimiento alguno en cuanto a la moral de la víctima. En lo que respecta a la edad del sujeto pasivo, esta quedó fijada entre los 12 y los 18 años<sup>17</sup>.

En 1995 se suprimió la denominación «estupro», lo cual resultó consecuente con el proceso de desmoralización de la ley comenzado en 1978, y de esta forma, la figura pasó a ser una modalidad de los abusos sexuales. Posteriormente, la redacción de 1995 presentaba a la modalidad de prevalimiento como una figura privilegiada del tipo básico, lo que fue con razón duramente criticado por la doctrina, ya que se entendía que en este caso se lesionaba más intensamente el bien jurídico que en los casos de mero ataque sorpresivo donde el contenido de injusto era visto como notoriamente inferior<sup>18</sup>, situación que fue revertida con razón.

### 3. Sobre la relevancia del uso de violencia e intimidación

Comprender la magnitud del cambio que supone la equiparación de las conductas de agresiones y abusos sexuales requiere que también nos acerquemos a la casuística. Con el objetivo de visibilizar el fenómeno de las agresiones y abusos sexuales, nos proponemos recurrir al análisis de dos recientes sentencias del Tribunal Supremo.

En primer término, vamos a analizar la Sentencia del Tribunal Supremo 352/2021, de 29 de abril. En este caso los protagonistas son Claudio y Raquel. Claudio a partir del año 1997 decide fundar una asociación cristiana

---

16 Silva señala que con esta reforma se pasó de una definición cerrada y concreta a una generalizadora. SILVA, A. I.: «Consideraciones sobre la reforma de los delitos de estupro y rapto», en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1979, p. 93. También ver: FARRE TREPAT, E.: «Comienzo de la tentativa y estupro incestuoso (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1984)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Madrid, 1986, p. 628. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: «Consideraciones críticas sobre la nueva normativa del rapto (análisis de la Ley 46/1978 de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto)», en *Anuario de Derecho penal*, 1978, fasc. 3, pp. 591-618.

17 Así, el estupro de prevalimiento quedó redactado en 1978 de la siguiente forma: (artículo 434 1.º párrafo): «La persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciocho, prevaliéndose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación, será castigada, como reo de estupro, con la pena de prisión menor.»

18 LÓPEZ CABALLERO, J. J.: «Los delitos contra la libertad sexual en el nuevo Código penal», en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, vol. IV, Madrid, 1997, p. 231.

dedicada a la animación litúrgica de las Eucaristías por medio de un coro y a las representaciones teatrales de carácter religioso. En 2004, 25 personas miembros del grupo se consagran como laicos, se avanza hacia la creación de una estructura legal consolidada y algunas personas más cercanas a Claudio se asientan de manera permanente en la denominada «casa madre». Por entonces, el acusado Claudio mantenía una relación muy cercana a Raquel, por su posición de «bastón» en el organigrama de la Orden. Raquel asistía al «Fundador» y sentía por él una admiración especial, habiéndose convertido en su auténtico padre y su mejor amigo. Claudio aprovechó estas circunstancias para satisfacer sus deseos sexuales realizando los siguientes hechos: en la época en que vivía en la «casa madre» y estudiaba segundo de bachiller, cuando Raquel contaba entre 17 y 18 años de edad, en varias ocasiones, en la consulta, le mandaba desnudar, acostarse y ponerse de costado en una cama individual y colocándose el acusado detrás, le tocaba los pechos y los genitales y le mandaba masturbarle y hacerle felaciones, mientras él le sujetaba la cabeza. Posteriormente, hacia el mes de junio del año en que Raquel había cumplido los 18 años, en la localidad de Orense en donde estaban rehabilitando una casa parroquial, el acusado enfadado porque Raquel había retirado un cartón de tabaco ya que este estaba dejando de fumar, la agarró por el cuello y la llevó contra la pared y se marchó. Volvió al rato, le mando desnudarse, la puso sobre la cama, se colocó un preservativo y la penetró vaginalmente, quedando la declarante que entonces era virgen, totalmente paralizada.

Respecto a los hechos que se describen, la víctima declaró al Tribunal lo siguiente: «No era capaz de decir que no» (...) «Me quede bloqueada, estaba en shock, tenía mucha confianza en él» (...), «Negarle a él cualquier cosa es ir en contra del cielo que todos quieren» (...), «En aquel momento era lo más maravilloso», «Fue su padre y su mejor amigo, le confió su vida y por eso dispuso de su vida».

Estos hechos deben ser contrastados con los que se relatan en la Sentencia del Tribunal Supremo 351/2021, de 28 de abril. En este caso los protagonistas que darán lugar al pronunciamiento del Tribunal son Belinda y Claudio quienes eran pareja y llevaban, al momento de los hechos, tres años conviviendo. Desde el inicio de la convivencia, el acusado se mostró celoso, faltaba al respeto a Belinda, insultándole, diciéndole que no servía para nada, y generando con su actitud una situación de sometimiento de la víctima. Asimismo, en algunas ocasiones que no han podido ser precisadas, Claudio le agredió, sin que Belinda formulara denuncia por el temor que le inspiraba el procesado. Por estos hechos, Claudio fue condenado por un delito de maltrato habitual, no obstante, en este trabajo nos vamos a centrar en los hechos que tuvieron lugar el día 22 de mayo de 2017 por la tarde.

Aquel día, Claudio y Belinda salieron del domicilio y mantuvieron una entrevista con otras personas a fin de aclarar una supuesta infidelidad de Belinda. Tras esa reunión, el procesado la envió a casa, retornando él más tarde, muy

enfadado. A su llegada, comenzó a insultarla, llamándole «puta», diciéndole «¿cómo se te ha ocurrido?», «no vales para nada», y de las palabras pasó a los hechos. Así, usando a modo de látigo un cable HDMI, la encerró en el dormitorio de la pareja y quitó el colchón. Luego la conminó a que se desnudara, y a que montara al perro de la pareja. Al no acceder a ello, le golpeó en las piernas, y le tiró del pelo, cogiendo al perro e intentado que la montara. Asimismo, orinó encima de ella, y le hizo beber la orina, la penetró anal y vaginalmente, obligándole a que se introdujera un desodorante por el ano, a fin de que lo expulsara cuando la penetraba vaginalmente. Luego la obligó a que lo chupara y se lo pasara por la cara. Posteriormente, Claudio calentó dos llaves, introduciéndoselas a Belinda por el ano. Acción que repitió con un palo de escoba, insertándolo en el ano de Belinda. Asimismo, le escupió y quemó con un cigarrillo, causándole quemaduras en pierna izquierda y nalga. Estos hechos se iniciaron, aproximadamente, sobre las 19 horas del día 22, y finalizaron sobre las cinco de la mañana del día 23 de mayo. A consecuencia de los mismos, Belinda sufrió lesiones psicológicas y las siguientes lesiones de carácter físico: múltiples heridas lineales compatibles con latigazo con cable; lesiones de tipo contuso, no figuradas, compatibles con puñetazo, golpe o patada; lesiones figuradas tipo quemadura.

Una vez analizado los dos supuestos, la pregunta que deviene ineludible es si ambos casos merecen igual valoración. ¿Deben estas conductas encontrar respuesta en el mismo tipo penal?

Como se ha señalado, de acuerdo con lo reforma propiciada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre de Garantía Integral de la Libertad Sexual, corresponde igualar la valoración de los supuestos de utilización de violencia e intimidación con aquellos que tradicionalmente han encontrado acomodo en el delito de abuso por prevalimiento. Somos conscientes de que la gravedad de los hechos que dieron lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo 351/2021, supondría, la aplicación del tipo cualificado previsto en el art. 180 1. 2.ª CP aplicable *«cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio»*. A pesar de ello, entendemos que la diferencia entre ambos supuestos va más allá de esta consideración y entendemos que se trata de fenómenos criminológicos notablemente diferentes.

El concepto de «prevalimiento», puede ser entendido como «aprovechamiento». Se trata de situaciones en las que el agente utiliza una ventaja que posee sobre el sujeto pasivo para obtener un consentimiento que de otra forma no hubiere sido prestado. La misma podrá darse en virtud de una relación entre sujeto activo y sujeto pasivo, que bien podrá derivarse del parentesco, como en el caso de los padres con sus hijos; o bien, por la función que cumplan los sujetos implicados, como por ejemplo el caso de los maestros con sus pupilos. Estos son supuestos en los que los roles determinan situaciones de superioridad y subordinación. Esta figura responde a un particular tipo de abuso en el que el ataque se posibilita por una relación de

sujeción entre la víctima y el agresor. Relación que podría ser definida como una dependencia de carácter personal. Así definido, el prevalimiento se constituiría como una intimidación atenuada.

Como se ha señalado, con la regulación de 1995, esta figura sólo se castigaba cuando el sujeto pasivo fuera un adolescente, hasta los 18 años de edad. Posteriormente, se elimina el límite de edad de la víctima. Con ocasión de la introducción del abuso por prevalimiento entre adultos, CANCIO MELIÁ manifestaba su disconformidad ya que, en su opinión, se trata de un tipo que sólo abarca situaciones que podrían quedar comprendidas en el delito de amenazas condicionales<sup>19</sup>. El autor entiende que fuera de casos excepcionales, que son los casos de los institutos psiquiátricos y penitenciarios, los supuestos que no cumplan con los requisitos del delito de amenazas no merecen la atención del Derecho penal.

El prevalimiento, al igual que la intimidación son medios comisivos que atacan el proceso de formación de la voluntad, pero lo hacen con distinta intensidad. En este sentido, no compartimos la opinión de CANCIO MELIÁ ya que entendemos que se trata de comportamientos que sí merecen el reproche penal. Como él mismo argumenta, las prisiones y los psiquiátricos son instituciones en las que estas situaciones pueden darse con gran facilidad y que, por sí solas, ya podrían fundamentar la creación de un tipo específico. En este sentido, creemos que sería más adecuado devolver al prevalimiento a su connotación original y reservarlo para casos en los que existe esa especial vinculación entre autor y víctima. No obstante, insistimos en que estamos frente a supuestos que no reúnen la misma gravedad de las conductas que se verifican con intimidación y por eso no resulta adecuada la equiparación que realiza la LO 10/2022.

En los hechos del caso n.º 2, Belinda no tuvo ninguna posibilidad de evitar el ataque sexual al que fue sometida, ya que independientemente de la situación de dependencia en la que se encontraba, el día 22 de mayo fue encerrada en una habitación y superada por la fuerza física de su agresor, de modo que no tuvo ninguna posibilidad de defensa. En sentido contrario, en el caso n.º 1, los hechos se sucedieron a lo largo del tiempo, dando la posibilidad a la víctima de recurrir a terceros y frenar su desarrollo. Nos encontramos, por tanto, ante distintos fenómenos criminológicos que han recibido un tratamiento penológico diferente hasta el momento y cuya distinción debería, en nuestra opinión, mantenerse.

Como es sabido, la delimitación entre el prevalimiento y la intimidación dio lugar a la controvertida sentencia de la Manada. No obstante, la figura de la «intimidación ambiental» puede (como sucedió finalmente) dar solución a este tipo de casos sin tener que desvirtuar los conceptos legislativos. Por

---

19 CANCIO MELIÁ, M.: «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 80, 2011, p. 1 y ss.

tanto, entendemos que la decisión que acompaña a esta reforma no está justificada ya que parte de valoraciones erróneas: cuando el juez intenta descifrar en qué medida ha sido atacada la autodeterminación de la víctima no está juzgando su comportamiento, sólo está intentando establecer el grado de responsabilidad del autor del hecho.

## 4. El consentimiento y el bien jurídico protegido

La legislación prevista en nuestro Código penal responde a la protección del bien jurídico «libertad sexual», en función de ello, los autores que defienden la eliminación de la figura de los abusos sexuales sostienen que la libertad sexual se lesiona imponiendo una conducta sexual no querida, por lo que la utilización de violencia o intimidación no supone el incremento de su lesión. De acuerdo a este criterio, la libertad sería un valor cuya afectación no podría graduarse. Así, la lesión de la libertad sexual se produciría —o no—, pero no podría producirse de acuerdo a distintos niveles de gravedad.

Esta argumentación lleva a la conclusión de que la entidad del ataque a la libertad sexual sería de la misma magnitud tanto en los casos de utilización de violencia o intimidación como en los casos de prevalimiento, de actuación sobre una víctima privada de sentido o, incluso, de ataques sorpresivos. Para este sector doctrinal, la concurrencia de violencia o intimidación sólo podría añadir la lesión de otros bienes jurídicos, como la integridad física o moral.

Suponiendo que esta apreciación fuera correcta, no se alcanza a comprender las razones por las que se niega la conveniencia de establecer un tipo cualificado para la concurrencia de violencia o intimidación. Aun cuando la lesión a la libertad sexual no fuera graduable y los bienes jurídicos lesionados fueran otros, deberíamos reconocer que estamos frente a delitos pluriofensivos. Así, la supuesta lesión a la integridad física o moral sería suficiente para aceptar el incremento del injusto propio del tipo cualificado.

No obstante, quienes defienden la desaparición de los abusos sexuales consideran que, precisamente, para solucionar esta dicotomía se encuentra previsto el artículo 194 CP que dispone lo siguiente «*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*». Pero lo cierto es que no necesariamente la utilización de violencia supone la concurrencia de un resultado de lesión de la integridad física de entidad suficiente como para la apreciación de un delito de lesiones. En este sentido, tampoco la concurrencia de intimidación implica, en todos los casos, una lesión de la integridad moral que supere la conminación de la voluntad. Estas circunstancias, no obstante, no eliminan el hecho de que la utilización de violencia o intimidación aumenta el desvalor de la conducta y que este aumento del injusto debe verse reflejado en un incremento de la respuesta penal.

Pero este análisis no da respuesta a la cuestión fundamental, esto es, si la lesión a la libertad puede ser o no graduable. Llegar a emitir una opinión sobre este extremo supone repasar las características básicas de este bien jurídico y, en particular, la forma en la que los distintos medios comisivos pueden afectarlo.

Es posible sostener que la formación de la voluntad se caracteriza por la existencia de cuatro fases: 1. La capacidad de voluntad. 2. El querer interno. 3. La deliberación y decisión de la voluntad. 4. La fase de ejecución de la voluntad. La primera de ellas se refiere a la posibilidad de desarrollar mecanismos psíquicos de formación de la voluntad. Como vimos, las discusiones doctrinales y jurisprudenciales en torno a esta fase de la formación de la voluntad se han centrado en determinar si esta queda protegida mediante el delito de coacciones. La segunda fase señalada es un proceso psíquico que corresponde sólo a la subjetividad del individuo, y por tanto es inmune a cualquier tipo de motivación externa, y por ello, irrelevante frente al Derecho penal. En cuanto a la tercera fase, de deliberación y decisión de la voluntad, coincide con lo que algunos autores llaman, «formación de la voluntad», y es aquella que puede ser afectada mediante las amenazas proferidas al sujeto, ya que el aviso de la producción de determinado mal pondrá al individuo en la necesidad de decidir si afronta el mal, actuando de acuerdo al querer interno, es decir, a la voluntad anterior del sujeto, o si cumple la condición exigida para evitar el contenido de la amenaza. En lo que respecta al cuarto estadio, su protección corresponde al delito de coacciones. En el caso de las coacciones no se atacan procesos de deliberación del sujeto, sino la ejecución misma de la decisión<sup>20</sup>.

De acuerdo a este esquema, a través de la intimidación se ataca la motivación del sujeto. El autor incorpora a la formación de la voluntad de su víctima elementos extraños que no permiten que forme una voluntad libre, intentando posibilitar una actuación ajustada a sus propios deseos. Al actuar la intimidación sobre la motivación, la lesión a la libertad del sujeto en su esfera sexual se producirá desde el mismo momento en que la víctima se ve imposibilitada de tomar una decisión libre. Cuando el sujeto pasivo incorpora los elementos extraños presentados por el autor a su proceso intelectual ya no es capaz de decidir de la misma forma que lo hubiera hecho de no concurrir intimidación. Así, el resultado de lesión de la libertad que se produce con la intimidación es perfectamente graduable. Esta mayor o menor entidad de la lesión de la libertad podrá depender de la entidad del mal con el que se amenaza o de la inminencia de su producción.

Si a través de la intimidación se incorporan al proceso de formación de la voluntad elementos extraños al sujeto que interfieren en su decisión, estos

---

20 Díez RIPOLLÉS, J. L.: en Gracia Martín, L. y Díez Ripollés, J. L.(coord.): *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, Valencia, 1997, p. 780.

elementos podrán tener mayor o menor peso tanto en función de las dificultades que suponga asumir esas consecuencias como de su inevitabilidad. En este sentido, no cabe duda de que la amenaza de revelar a los padres de la chica los flirteos que esta haya tenido con personas no aceptadas por ellos, no puede compararse con el anuncio de sufrir de forma inminente un daño grave en su integridad física. No cabe duda de que la libertad de la víctima se verá afectada en mayor medida en el segundo ejemplo propuesto. De la misma forma, la libertad se verá más fuertemente amenazada frente al anuncio de una muerte inminente que frente a la acción del sacerdote que ha sabido ganarse la confianza de la tutelada y la invita, aunque con cierta determinación, a realizar conductas sexuales.

En todo caso en estas breves líneas sólo pretendemos apuntar los problemas que giran en torno al bien jurídico «libertad», cuya resolución requiere de un sosegado análisis de sus presupuestos básicos.

## 5. La contrareforma

El 7 de marzo de 2023, un día antes de que tuvieran lugar las celebraciones por el 8M, se aprueba en el Congreso de los Diputados la Proposición de Ley de Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal deshaciendo, en parte, las modificaciones realizadas en septiembre de 2022. En esta proposición se sugiere la creación de un tipo cualificado de acuerdo al siguiente tenor: *«si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión»*.

De tal forma, es posible sostener que esta modificación supone un regreso al modelo anterior por la «puerta de atrás», es decir, de forma velada y sigilosa evitando, en todo caso, recurrir nuevamente a la denominación de «abusos sexuales». Estas decisiones corroboran la importancia que tiene en la política criminal actual la utilización de un lenguaje determinado<sup>21</sup>. Además, la insistencia por salvaguardar los principios que guiaron a la reforma de septiembre de 2022 se revela con claridad, frente al mantenimiento de la sumisión química como un tipo cualificado equiparado a la utilización de violencia de extrema gravedad, situación que supone una manifiesta falta de proporcionalidad. Igual valoración puede hacerse con respecto al

---

21 Como sostiene Marín de Espinosa Ceballos, la Exposición de Motivos del Anteproyecto es un «rotundo alegato contra la discriminación por motivos de género, en cuyas seis páginas se utiliza la expresión "mujer" en veintisiete ocasiones; la de «persona» en cuatro, mientras que ninguna la de "hombre"». MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: «Por qué es innecesaria e inconveniente una ley integral en garantía de la libertad sexual», en *La Ley Penal*, n.º 150, mayo de 2021, p. 2.



mantenimiento del tipo cualificado por agresión perpetrada contra la pareja o expareja del atacante, cuyo fundamento resulta más que cuestionable.

En todo caso, estos vaivenes legislativos no responden a la sosegada reflexión jurídica, sino a la mera necesidad de atajar el escándalo social ocasionado por la revisión de sentencias a la baja, que ha sido consecuencia directa de la unión de las agresiones y los abusos sexuales. Como si una posterior reforma penológica pudiera evitar la aplicación de una ley intermedia más favorable<sup>22</sup>. Pero estas nimiedades jurídicas son ya demasiado técnicas para llegar al electorado.

## 6. Conclusiones

El Estado ha intentado siempre encauzar la sexualidad humana en un determinado sentido, como forma de moldear las costumbres sociales y establecer un parámetro de lo «moralmente bueno» o «moralmente malo». Buen ejemplo de ello es la regulación de los delitos sexuales a lo largo de la historia de España. Pero este no es el objetivo de las normas penales. De forma que esta regulación tiene que contentarse con castigar las conductas que afectan de forma más grave al bien jurídico de referencia. En aras al principio de proporcionalidad tienen que establecerse mecanismos para graduar adecuadamente la respuesta penal. Ampliar desmesuradamente el ámbito de decisión judicial no es la forma de eliminar todos los problemas interpretativos de los delitos sexuales.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra condenando a los acusados por un delito continuado de abuso sexual desató un verdadero vendaval. Independientemente de la opinión que podamos tener sobre la corrección técnica de este pronunciamiento jurisprudencial, se trata de una situación alarmante por la falta de respeto que algunos sectores han demostrado hacia la independencia del poder judicial. Los hechos juzgados en este caso admitían un cierto margen de interpretación y el órgano juzgador al analizar los límites entre el prevalimiento y la intimidación sólo hizo uso de una facultad que se encuentra dentro de su función. En este sentido, es preciso recordar que la taxatividad a la que obliga el principio de legalidad en la redacción de las normas penales no excluye el hecho de que exista un cierto margen de arbitrio judicial en la subsunción de las conductas a los tipos.

El hecho de que la sexualidad sea un ámbito especialmente sensible da lugar a que resulte muy rentable desde el punto de vista político demostrar preocupación por su protección. No obstante, la protección penal de la libertad sexual ha sido objeto de un amplio tratamiento por parte de la doctrina y la jurisprudencia desde los inicios de la codificación. En este sentido, la

---

22 Poniendo de manifiesto esta situación: GIL GIL, A.: «Las trampas del sólo sí es sí», en *Diario ABC*, miércoles 3 de febrero de 2023.

clasificación de las agresiones y los abusos sexuales es el resultado del análisis efectuado durante décadas y sólo responde a la necesidad de valorar el grado de ataque a la autodeterminación del sujeto en un ámbito tan sensible como es la sexualidad humana.

La Ley penal no debe ser utilizada para educar a la población ni para mandar mensajes en contra del supuesto sistema patriarcal que sigue gobernando la vida de las mujeres. En este sentido, sería deseable que el legislador repasara la evolución de estos delitos y no tomara, una y otra vez, decisiones precipitadas. No vaya a ser que cuando estos delitos por fin han logrado alejarse de la salvaguarda de la moral y la honestidad pasen a estar al servicio de otros ideales igualmente autoritarios.

## 7. Bibliografía

**ACALE SÁNCHEZ, M.:** «Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma», en *IgualdadES*, 5, pp. 467-485. Disponible en: doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.5.06>, (visto 23-2-2022).

**CANCIO MELIÁ, M.:** «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 80, 2011.

**DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.:** en GRACIA MARTÍN, L. y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (coord.): *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, Valencia, 1997.

**FARRE TREPAT, E.:** «Comienzo de la tentativa y estupro incestuoso (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1984)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Madrid, 1986, pp. 627-639.

**GIL GIL, A.:** «Las trampas del sólo sí es sí», en *Diario ABC*, miércoles 3 de febrero de 2023.

**GIMBERNAT ORDEIG, E.:** «La mujer y el Código penal español», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1980.

**GÓMEZ TOMILLO, M.:** «Derecho Penal Sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-04 (2005).

**JARAMILLO GARCÍA, A.:** *Novísimo Código Penal, comentado y cotejado con el de 1870*, Salamanca, 1978.

**LANGLE RUBIO, E.:** *La mujer en el Derecho Penal*, Madrid, 1911.

- LÓPEZ CABALLERO, J. J.:** «Los delitos contra la libertad sexual en el nuevo Código penal», en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, vol. IV, Madrid, 1997, pp. 203-257.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.:** «Por qué es innecesaria e inconveniente una ley integral en garantía de la libertad sexual», en *La Ley Penal*, n.º 150, mayo de 2021.
- MESTRE DELGADO, E.:** «Los cambios de paradigma punitivo en un nuevo proyecto de reforma penal» en *La Ley Penal*, n.º 61, junio 2009.
- RAMÓN RIBAS, E.:** «Aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales», en GARCÍA ÁLVAREZ, P. y CARUSO FONTÁN, V. (dir.): *Los delitos contra la libertad sexual tras la ley del «sólo si es sí»* obra en prensa.
- SILVA, A. I.:** «Consideraciones sobre la reforma de los delitos de estupro y rapto», en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1979.
- TORRES FERNÁNDEZ, M. E.:** «Perspectiva de género y delitos contra la libertad sexual», en *Revista General de Derecho penal*, n.º 35, 2021.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.:** «Consideraciones críticas sobre la nueva normativa del rapto (análisis de la Ley 46/1978 de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto)», en *Anuario de Derecho penal*, 1978, fasc. 3, pp. 591-618.



# LOS DELITOS SEXUALES EN LA FICCIÓN: A PROPÓSITO DE LA DIFICULTAD PARA HACER PIVOTEAR SOBRE EL CONSENTIMIENTO LA DEFINICIÓN DE LAS AGRESIONES SEXUALES<sup>1</sup>

Viviana Caruso Fontán  
Universidad Pablo de Olavide

## 1. Introducción

La ficción es una obra literaria o cinematográfica, generalmente narrativa, que trata de sucesos y personajes imaginarios<sup>2</sup>. Estas representaciones de la realidad buscan provocar distintas emociones y estados de ánimo, ya sea el miedo más aterrador, la ternura o, simplemente, la intriga. A su vez, serán más o menos fidedignas, dependiendo del fin perseguido. De tal forma, en ocasiones nos presentarán situaciones ampliamente exageradas y así, a través de lo grotesco, podrán provocar la risa y centrar la atención en los defectos humanos; en otras, se hará alusión a hechos imposibles para permitirle a los hombres vivir aventuras que no son factibles en el mundo real. Pero el entretenimiento que persigue la ficción no solo se trata de alcanzar provocando el llanto o la risa, sino también procurando hacernos reflexionar sobre los temas sociales más sensibles, aquellos para los cuales aún no se han encontrado soluciones plenamente satisfactorias. Muchos de esos temas están referidos a trasgresiones de las normas dictadas para posibilitar la convivencia humana y afectan a valores fundamentales, por lo que pueden tener incidencia penal.

Así sucedió con la película española *Mar adentro*, con la que Alejandro Amenábar nos enfrentó a una realidad que todos preferimos pasar por alto

---

1 Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación: «La condena de los excluidos: fronteras institucionales de los Derechos Humanos» PID 2021-122498 NB-I00.

2 RAE, Diccionario de la Academia Española, disponible en: <https://dle.rae.es/diccionario> (visto 02-08-2022).

para continuar con nuestras vidas rutinarias lejos del dolor que deben enfrentar a diario muchas personas que se encuentran en una situación límite. Desde entonces, resulta difícil que se plantee el tema de la eutanasia sin que venga a nuestra mente la imagen de Javier Bardem representando los últimos días de Ramón Sampedro.

Otra problemática que ha sido abordada en el cine ha sido la del aborto. En este caso es *Juno*, del director Jason Reitman, estrenada en Estados Unidos en el año 2007, uno de los títulos de referencia en la materia. Esta película nos presenta el caso de una joven adolescente que se queda embarazada por accidente y que debe tomar la difícil decisión de interrumpir su embarazo o tener a su hijo a una edad muy temprana. En el cine español ha sido *Solas*, de Benito Zambrano (1999), la que nos ha acercado a esta problemática a través de las magníficas interpretaciones de Ana Fernández y María Galiano; en este caso, poniendo el acento en la soledad de una mujer que se enfrenta a la maternidad sin el apoyo de una pareja y que encontrará, en esta tesitura, el apoyo incondicional de su madre. No es casual que ambos filmes tengan un final muy similar, donde la mujer decide afrontar los problemas y continuar con el embarazo, aunque en el primer caso, el niño sea dado en adopción en el momento de su nacimiento. Resulta difícil que frente a esta tesitura el realizador escape a la tentación de contentar las expectativas del espectador y que no le presente un final cargado de esperanza y de reconocimiento del valor de la vida. O, tal vez, podríamos identificar en este tipo de filmes un cariz moralizador que podría acercarse al adoctrinamiento.

Tampoco es casual que entre las películas más duras y emotivas encontremos muchos filmes de temática jurídico-penal ya que, como repetimos a nuestros alumnos hasta la saciedad, esta rama del Ordenamiento está llamada a resolver los conflictos más graves, aquellos en los que las otras ramas del Derecho no son capaces de ofrecer solución. En consecuencia, es posible sostener que los realizadores de ficción, al igual que los medios de comunicación, son agentes de formación de la opinión pública; incluso podría afirmarse que la influencia de estas representaciones puede ser mayor que la comunicación de noticias, en la medida en que la teatralización de escenas de la vida puede transmitir sentimientos a los espectadores de forma más efectiva. No cabe duda de que la película española *Te doy mis ojos*, protagonizada por un temible Luis Tosar y estrenada en 2003, ayudó en gran medida a que la ciudadanía tomara conciencia sobre la gravedad del problema de la violencia en la pareja en un momento en el que la preocupación por esta cuestión era aún incipiente.

Los delitos que afectan a la libertad sexual no podían ser una excepción en esta materia y, por tanto, en el cine se han tratado muchos aspectos de este tema que son considerados «tabú» en la sociedad, como, por ejemplo, las relaciones sexuales entre adultos y adolescentes. Esta temática ha sido representada de forma magistral por Stanley Kubrick en la mítica

película *Lolita*, estrenada en 1962: a través de este filme los realizadores tratan de explicar cómo puede ser seducido un adulto por una joven menor de edad que, tal vez, no sea sexualmente inocente. Desde entonces se utiliza precisamente esta denominación, *Lolita*, para hacer referencia a las adolescentes notablemente sexualizadas. Idéntica temática, aunque en una versión más acomodada a los tiempos, encontramos en *American Beauty* (1999), película que nos ha dejado grabada en la retina, como símbolo de esta coyuntura, la imagen de una joven rubia sumergida en agua y rodeada de rosas rojas.

A pesar de que los ejemplos de estos poco convenientes flirteos siguen presentándose en la ficción<sup>3</sup>, el Derecho deja poco margen de duda en la actualidad sobre la resolución de estos conflictos, toda vez que los delitos relacionados con la pornografía infantil sitúan en los 18 años el límite de edad de las víctimas y que en el ámbito de las agresiones y abusos sexuales se ha elevado la edad para consentir hasta los 16 años<sup>4</sup>. Así, a pesar de que la cláusula incorporada al artículo 183 bis *quater* excluye la responsabilidad penal por abusos y agresiones sexuales «cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica», esta previsión no alcanza en ningún caso para excluir la responsabilidad penal en los ejemplos citados, donde los adultos superan con creces la edad de los adolescentes.

No obstante, no todas las polémicas en torno a los delitos sexuales están ya superadas. Como es sabido, el movimiento internacional denominado *#MeToo* ha vuelto a centrar, en los últimos años, el foco de atención sobre la regulación y

3 Así, podemos citar el ejemplo de la serie *Todos mienten*, estrenada en 2022 y disponible en la plataforma Movistar, que transcurre en torno al problema originado por una profesora de instituto, Macarena, que mantiene relaciones sexuales continuadas con Iván, su alumno, y que comienzan cuando este tiene 15 años y finalizan al alcanzar los 18 años. En este caso, y conforme con el devenir de los tiempos, los géneros y roles se invierten, siendo el hombre la supuesta víctima menor de edad.

4 Sobre la oportunidad de elevar la edad de consentimiento sexual en el Derecho español, ver, entre otros, GONZÁLEZ AGUDELO, G.: «Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18, 2016; DE LA MATA BARRANCO, N. J., HERNÁNDEZ DÍAZ, L.: «Los menores víctimas de los delitos contra la indemnidad sexual tratamiento legal de la edad de consentimiento sexual», en PEREZ MACHÍO, A. I. (dir.), DE LA MATA BARRANCO, N. J. (dir.), *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, 2020, pp. 225-306; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., TRAPERO BARREALES, M. A.: «La edad de consentimiento sexual en la reforma del Código penal de 2015», en BACIGALUPO, S. (coord.), FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J. (coord.), ECHANO BASALDUA, J. I. (coord.), BAJO FERNÁNDEZ (hom.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, pp. 871-894; BOLDOVA PASAMAR, M. A.: «La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 23, 2021, pp. 1-41.

persecución penal de estos supuestos<sup>5</sup>. De la misma forma, en España, el debate sobre este tema, que años atrás había cedido terreno a los delitos societarios, la protección de la intimidad o la expansión del Derecho penal frente al riesgo —entre otros— vuelve, a partir del mentado caso de «La Manada», a ser objeto de acalorados debates<sup>6</sup>. En este contexto, la opción de una profunda reforma que modificase estos tipos penales pasó a ser utilizada como bandera de guerra por parte de un sector político<sup>7</sup>. De forma consecuente con esta preocupación legislativa, el mundo del arte se ha hecho eco de esta temática y tanto en el mundo anglosajón, tradicionalmente líder en la industria de la ficción, como en la producción nacional podemos encontrar títulos que nos acercan al foco de la discusión que actualmente se encuentra en el límite de la intervención penal.

Así, la cuestión del consentimiento es el nuevo elemento sobre el que se quiere hacer pivotear la definición de las agresiones sexuales, y la complejidad de esta pretensión se pone de manifiesto en los ejemplos cinematográficos que se citarán en este trabajo.

- 
- 5 En el ámbito penal, la doctrina ha interpretado al movimiento denominado *#MeToo* como un medio de control social informal ya que ciertas funciones o efectos que se le atribuyen coinciden en buena parte con los que tradicionalmente se atribuyen al sistema penal: el descubrimiento o la denuncia de delitos; la creación de una conciencia social acerca del valor de determinados bienes jurídicos (en este caso la libertad sexual); efectos preventivos en forma de intimidación; así como un efecto aflictivo y expresivo asociado al «señalamiento público». HÖRNLE, T.: «*#MeToo — Implications for Criminal Law?*», en *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice*, 6 (2), 2019, pp. 116 y ss. De este modo, es posible sostener que el movimiento se ha convertido en un ejemplo paradigmático de justicia paralela. CLARKE, J. A.: «The Rules of *#MeToo*», en *University of Chicago Legal Forum*, vol. 2019, pp. 37-84. Sobre este particular, ampliamente: CIGÜELA SOLA, J.: «Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 22, 2020.
- 6 Al respecto, LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A.: «Las huellas de «La Manada»», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 77, 2018, pp. 16-21; FARALDO CABANA, P. (dir.), ACALE SÁNCHEZ, M. (dir), RODRÍGUEZ-LÓPEZ, S. (coord.), FUENTES-LOUREIRO, M. A. (coord.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, 2018; MONGE FERNÁNDEZ, A.: «Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz del caso ‘La Manada’ (‘sólo sí es sí’)\», en PARRILLA VERGARA, J. (coord.), MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), *Mujer y derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2019, pp. 339-370; GIL GIL, A., NUÑEZ 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*, n.º 77, 2018, pp. 4-15; CARUSO FONTÁN, M. V.: «¿Sólo Sí es Sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en *Diario La Ley*, n.º 9594, 2020.
- 7 Buena prueba de ello es la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Unidas Podemos (Proposición de Ley de Protección integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales, de 20 de julio de 2018, 297-1), antecedente de la reforma aprobada en septiembre de 2022. En opinión de Díez RIPOLLÉS, esta nueva visión supone «la resurrección de un derecho penal sexual con fuertes connotaciones moralizadoras», donde se ha cambiado la moral religiosa por la perspectiva de género (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-10, 2019, p. 7).



## 2. El problema del consentimiento en anatomía de un escándalo

Al igual que sucede con los debates sociales, los formatos en los que se presenta la ficción también han ido cambiando y evolucionando para adaptarse a los nuevos tiempos. De esta forma, hemos pasado de idealizar el cine como máximo exponente del arte que estaba al alcance de las masas, a disponer de múltiples series en plataformas *streaming* que poseen idéntica calidad que las películas y que, incluso, se disputan a los actores más afamados<sup>8</sup>. Esta «democratización» del arte, que ahora mismo puede llegar a «casi» todos los hogares, le otorga aún más capacidad de expansión y, por tanto, un aumento de su área de influencia.

En este formato encontramos *Anatomía de un escándalo*, una serie de seis capítulos que se encuentra disponible en la plataforma Netflix y de origen británico. La historia se basa en una novela de Sarah Vaughan publicada en 2018 que ya es considerada un *bestseller* en Reino Unido. El libro está inspirado en los escándalos que se produjeron en el país europeo cuando el movimiento *#MeToo* destapó desagradables sucesos sexuales referidos a miembros del Parlamento inglés; en concreto, *Anatomía de un escándalo* nos cuenta la historia de James, un ministro del gobierno inglés, felizmente casado y con dos hijos que es acusado por Olivia, su ex amante, de un delito de violación. James debe defenderse en un proceso legal de estas acusaciones, en medio del revuelo mediático y de la crisis familiar que un hecho de estas características puede ocasionar.

Desde el punto de vista jurídico hay dos situaciones que centran nuestra atención en esta obra de ficción: en primer lugar, el encuentro sexual que mantienen James y Olivia, que constituye el punto central de la serie; y, en segundo lugar, las relaciones sexuales mantenidas años atrás por James y la fiscal del caso (Kate). Independientemente de lo rocambolesco y poco creíble de las situaciones que la serie nos presenta, en esta obra encontramos dos ejemplos que nos ilustran con mucha claridad la dificultad de hacer pivotear sobre el consentimiento el límite de las agresiones sexuales.

### 2.1. Los ejemplos que nos ofrece la serie de televisión

La primera escena que debemos analizar nos presenta a James y a Olivia caminando por un pasillo de Westminster y dirigiéndose a una sala de reunio-

8 Al respecto, Díez, J.: Las series televisivas baten en popularidad e influencia», en *Escritura pública*, n.º 84, 2013, pp. 56-58; CORTÉS SELVA, L., RODRÍGUEZ ROSELL, M. M.: «La influencia del estilo visual cinematográfico en las series de ficción televisivas», en PÉREZ-GÓMEZ, M. A. (coord.), *Previously On. Estudios interdisciplinarios sobre la ficción televisiva en la Tercera Edad de Oro de la Televisión*, 2011, pp. 71-87.

nes. En ese preciso momento el ministro recibe una noticia que lo altera y lo hace desistir de acudir a su cita, por lo que vuelve sobre sus pasos y entra en el ascensor con Olivia, lugar donde se producen los hechos que dan lugar al proceso judicial. Como antecedentes de la supuesta agresión es preciso saber que James y Olivia habían mantenido durante cinco meses una relación afectiva, en el transcurso de la cual se habían producido múltiples encuentros sexuales, tanto en el lugar de trabajo como en el domicilio de Olivia, quien se encontraba en relación de dependencia laboral con el ministro. Pocos días antes de los hechos, James había dado por terminada la relación, la cual Olivia se afanaba por recuperar ya que, como ella misma declaró en el juicio, estaba enamorada de su jefe.

En este contexto, ambos entran al ascensor, donde empiezan a besarse apasionadamente. James rasga la ropa interior de Olivia y tienen relaciones sexuales con penetración. En esta escena hay un momento crucial en el que la versión de ambos difiere notablemente: Olivia sostiene que accedió a los besos pero que no quería mantener relaciones sexuales en el ascensor (de hecho, llega a susurrar «aquí no» y considera que su lenguaje corporal indicaba claramente que no quería seguir adelante); por otro lado, James está convencido de que mantuvo una relación sexual plenamente consentida, por lo que se sorprende al recibir las acusaciones.

La segunda escena que encontramos en la serie *Anatomía de un escándalo* vuelve a enfrentarnos con el tema del consentimiento en las relaciones sexuales. En este caso la historia nos retrotrae unos 20 años atrás, época en la que el protagonista cursaba sus estudios en la Universidad de Oxford, cuando una noche de fiesta coincide por casualidad con Kate. La serie nos presenta a la joven que, años más tarde, llevaría la acusación del ministro, como una chica poco agraciada y acomplexada que está enamorada en secreto del exitoso y guapo James. En el contexto de oscuridad y de soledad en la que se produce el encuentro, el joven se ve tentado por la muchacha, con la que comienza a flirtear y a la que se acerca lentamente. Kate se siente gratamente sorprendida, como viviendo un sueño, hasta que ve que James continúa avanzando y comienza a tocarla y a besarla. La joven se siente, entonces, sobrepasada por la situación y solo atina a susurrar una tímida negativa, pese a lo cual se consuma la penetración vaginal. James se despide afectuosamente y mantiene el recuerdo de una relación sexual plenamente consentida; mientras que la Fiscal acumula rencor durante 20 años hacia la persona que, según su criterio, la ha agredido sexualmente. Para conocer el marco jurídico en el que estos hechos se enjuiciaron tenemos que acercarnos al Derecho inglés sobre la materia.

## **2.2. El consentimiento en las relaciones sexuales bajo el prisma de la legislación inglesa**

En Derecho inglés, la configuración del delito de violación no ha sido un tema pacífico y, en particular, la regulación del elemento subjetivo ha sido

objeto de largos debates. En la actualidad, la violación (*rape*) está definida por la *Sexual Offences Act* del año 2003, en los siguientes términos<sup>9</sup>:

- «Violación
- (1) Una persona (A) comete un delito si—
    - (a) penetra intencionalmente en la vagina, el ano o la boca de otra persona (B) con su pene,
    - (b) B no consiente en la penetración, y
    - (c) A no cree razonablemente que B consienta.
  - (2) Si una creencia es razonable se determinará teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidos los pasos que A haya tomado para determinar si B consiente.
  - (3) Las secciones 75 y 76 se aplican a un delito bajo esta sección.
  - (4) Una persona culpable de un delito bajo esta sección está sujeta, en caso de condena por acusación, a cadena perpetua»<sup>10</sup>.

Como es posible observar en relación con el elemento subjetivo, la regulación es particularmente confusa en cuanto exige la intencionalidad de la conducta únicamente en relación a la penetración, mientras que en lo que se refiere al consentimiento solo se exige la «creencia razonable», esto es, una creencia que esté basada en hechos objetivos.

La configuración actual del delito de violación en Reino Unido es resultado de varios factores, entre los que destacan notablemente los problemas de aplicación de la Ley surgidos en la praxis jurisprudencial. Tradicionalmente, la *Sexual Offences Act* de 1956 (con enmiendas realizadas en 1976 y 1994) establecía que:

- «un hombre comete una violación si—
- (a) tiene relaciones sexuales con una persona (ya sea vaginal o anal) que en el momento de la relación no consiente; y
  - (b) sabe que la persona no consiente en el coito o, bien siendo desconsiderado en relación a dicho consentimiento.
  - (3) Un hombre también comete violación si induce a una mujer casada a tener relaciones sexuales con él haciéndose pasar por su marido»<sup>11</sup>.

---

9 *Sexual Offences Act, Section 1: «Rape*  
 (1) *A person (A) commits an offence if—*  
 (a) *he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,*  
 (b) *B does not consent to the penetration, and*  
 (c) *A does not reasonably believe that B consents.*  
 (2) *Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.*  
 (3) *Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.*  
 (4) *A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.»*

10 La negrita se introduce para resaltar la materia a tratar.

11 *Sexual Offences Act 1956: «Rape of woman or man.*  
 (1) *It is an offence for a man to rape a woman or another man.*

Las diferencias entre la Ley inglesa y la Ley española son notables, no solo en relación con la tipificación del delito de violación sino también en cuanto a las pautas generales requeridas para la imputación subjetiva de un hecho. Mientras que la legislación española establece con claridad que los delitos que protegen la libertad sexual sólo se castigan a título de dolo (lo cual requiere el conocimiento y la intención de llevar a cabo todos los elementos del tipo, excluyendo cualquier posibilidad de castigo por imprudencia), en el Derecho inglés la figura llamada «*Recklessness*» se sitúa en la complicada frontera entre el dolo eventual y la imprudencia.

En efecto, en la doctrina penal anglosajona, a la hora de determinar los elementos que integran el tipo delictivo se plantea la distinción entre lo que se denomina *actus rea* y *mens rea*. El *actus rea* comprende los elementos objetivos del ilícito, esto es, la conducta, circunstancias o resultado requerido para constituir la ofensa. También incluye la relación causal entre la conducta y el resultado. El *mens rea*, por otro lado, examina el estado mental del agente al momento de llevar a cabo la conducta; este puede clasificarse en *Intention*, *Knowledge*, *Recklessness* y *Negligence* (intención, conocimiento, desconsideración y negligencia)<sup>12</sup>. En estos caso, el concepto relevante será el de «*Recklessness*», en tanto que hasta 2004 era utilizado para definir el elemento subjetivo del autor de violación en relación con el consentimiento de la víctima. Este término fue definido tradicionalmente por la doctrina como «conciencia del riesgo», y con la decisión de la Cámara de los Lores en el

---

(2) *A man commits rape if—*

(a) *he has sexual intercourse with a person (whether vaginal or anal) who at the time of the intercourse does not consent to it; and*

(b) *at the time he knows that the person does not consent to the intercourse or is reckless as to whether that person consents to it.*

(3) *A man also commits rape if he induces a married woman to have sexual intercourse with him by impersonating her husband.*

(4) *Subsection (2) applies for the purpose of any enactment.]»*

La definición de «*rape*» (violación) fue introducida por enmienda en el año 1976. La redacción original solo indicaba: «*It is felony for a man to rape a woman*».

- 12 Hasta bien entrado el siglo XX existía una noción del *mens rea* calificada como «tradicional» o «histórica» que consistía en que el hecho era interpretado en su aspecto subjetivo con exclusiva referencia a la mera acreditación de la existencia de la acción (*actus reus*); en consecuencia, el juicio de culpabilidad se colmaba con el reproche moral sin referencias a nociones concretizadas en específicos estados mentales exigidos por las normas para entender que el hecho es o puede ser atribuible a la persona. Con la evolución del sistema jurídico, lo trascendente pasó a ser si conforme a la norma era o no posible imputarle al sujeto, en la situación concreta, un tipo específico de *mens rea* que esté establecido explícita o implícitamente —por deducción lógico-formal— en la descripción legal. Al respecto, ОХМАН, N.: «Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón», en *Revista Ius et Praxis*, Año 19, n.º 1, 2013, pp. 144 y 145.

caso Caldwell (1982 AD341) se amplió para contener aquellos supuestos en los que el agente no preveía un riesgo obvio<sup>13</sup>. Por tanto, es posible sostener que quien actúa *recklessly* actúa con desconsideración.

Así definido el concepto de *Recklessness*, resulta difícil su encaje en alguna de las categorías que maneja el Derecho penal español. En principio, se asemeja a la estructura del dolo eventual, pero lo cierto es que se trata de una categoría intermedia entre el dolo eventual y la imprudencia. Por tanto, no es solo una forma de dolo sino un grado del tipo subjetivo más débil que el dolo, pero más grave que la imprudencia. Como vemos, la regulación tradicional inglesa era más amplia y punitivista que la española ya que permitía incluir en el tipo ciertas situaciones en las que la ausencia de consentimiento de la víctima fuera abarcada por el autor imprudentemente, supuestos que siempre han sido excluidos del tipo en Derecho español. En el Derecho inglés, el cambio legislativo que significó una suerte de «objetivación» del elemento subjetivo comenzó a gestarse con el caso Morgan (DPP v. Morgan [1975] 2 ALL ER 347).

El teniente de vuelo Morgan era oficial de la RAF. La noche del 15 de agosto de 1973, Morgan estuvo bebiendo con tres jóvenes colegas y los invitó a su casa, aparentemente para tener relaciones sexuales con su esposa, Daphne. Los amigos afirmarían, posteriormente, que Morgan les dijo que su esposa era «pervertida» y que fingía protestar, lo cual Morgan negaría durante el proceso. En el momento de los hechos, la esposa dormía con su hijo de 11 años en su cama cuando los acusados entraron en la casa, vencieron por la fuerza la resistencia de la esposa, la arrastraron de la cama de su hijo, y cada uno tuvo relaciones sexuales por la fuerza mientras los demás la sujetaban. Después del ataque, el propio Morgan tuvo relaciones sexuales con su esposa. Posteriormente, ella fue al hospital, donde informó al personal de que había sido violada. Los hombres fueron acusados de violación y Morgan fue acusado de ayudar e incitar a los demás a cometer una violación; sin embargo, no fue acusado de violación porque en ese momento se entendía que un hombre no podía violar a su propia esposa.

En su defensa, los acusados argumentaron que habían actuado creyendo que la víctima consentía la relación sexual y que dicha creencia resultaba razonable en función de las circunstancias. Aunque los acusados fueron encontrados culpables y condenados, la decisión en este caso fue muy controvertida porque se argumentó que, si estos realmente creían que había habido consentimiento, no se cumplían los requisitos del *mens rea*, incluso cuando no hubiera elementos que razonablemente así lo indicasen. Un sector

---

13 En una primera traducción literal se podría identificar *Recklessness* con imprudencia, pero no se corresponde con el sentido que se le otorga al término en el Derecho continental. Así, se trataría de la no consideración de un riesgo substancial que una persona razonable hubiese tenido en cuenta al momento de la realización de un hecho. OXMAN, N.: «Una aproximación...», *ob. cit.*, p. 164.

de la doctrina señaló que la configuración por entonces vigente del delito de violación era un ejemplo claro de desigualdad, y que la decisión del Tribunal en el caso Morgan demostraba claramente que los jueces no consideraban que las leyes tuvieran la obligación de brindar igual protección a hombres y mujeres<sup>14</sup>.

Si bien en relación a otros delitos existía jurisprudencia en relación al *mens rea*, antes del caso Morgan no había jurisprudencia sobre este asunto en referencia al delito de violación, de modo que el estándar subjetivo que por entonces se impuso recibió fuertes críticas. En este sentido, se sostuvo que la decisión tomada fue doctrinalmente defectuosa al ser asumida teniendo en cuenta, únicamente, cuestiones de teoría jurídica cuando la teoría no puede separarse de la realidad. Bajo esta visión, la decisión adoptada en esta sentencia reflejaba una percepción masculina de la violación, ya que, si un hombre actúa con una creencia irracional en relación con el consentimiento de la víctima, este no creerá que haya cometido una violación; mientras que, de modo contrario, una mujer que es sometida a tener relaciones sexuales sin su consentimiento creerá que ha sido violada independientemente del estado mental del agresor. En consecuencia, a partir de esta sentencia una parte relevante de la doctrina solicitó que el estándar para la determinación de la intención se centrara tanto en las percepciones del acusado como en las de la víctima, así como en la prueba objetiva presentada<sup>15</sup>. Como es posible observar, la regulación y aplicación de la legislación sobre delitos sexuales en ningún Estado logra escapar a las acusaciones sobre discriminación y a la politización de su contenido, lo cual, lamentablemente, condiciona su configuración.

Como resultado de este proceso, la reforma operada en 2003 pretendió incluir en la regulación del delito de violación un test objetivo haciendo alusión a la «creencia razonable» en relación con el consentimiento de la víctima; se trató, por tanto, de una suerte de «objetivación» del *mens rea* del delito de violación. Así, la ley de delitos sexuales de 2003 se apartó del modelo subjetivo y, desde entonces, la creencia de que existe consentimiento de la pareja sexual no sólo debe ser mantenida de forma genuina, sino que debe ser razonable de acuerdo a las circunstancias objetivas (B v. R [2013] EWCA CRIM. 3 per Hughes LJ).

14 ALEXANDER, D. F.: «Twenty Years of Morgan: A Criticism of the Subjectivist View of Mens Rea and Rape in Great Britain», en *International Law Review*, n.º 7, 1995, pp. 207-246. Disponible en <https://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol7/iss1/7> (visto 26-09-2022). También, al respecto, ver SANKARAN, M. V.: «Mens rea in Rape: an analysis of «Reg. v. Morgan» and sections 375 and 79 of the Indian Penal Code», en *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 20, n.º 3 (julio-septiembre 1978), pp. 438-462; SPOHN, C. C.: «The Rape Reform Movement: The Traditional Common Law and Rape Law Reforms», en *Jurimetrics*, vol. 39, n.º 2 (invierno, 1999), pp. 119-130.

15 ALEXANDER, D. F.: «Twenty Years of Morgan...», *ob. cit.*, p. 209. También en este sentido: PICKARD, T.: «Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime», en *The University of Toronto Law Journal*, vol. 30, n.º 1 (invierno, 1980), pp. 75-98.

En síntesis, según el Derecho inglés, se considerará responsable de violación a quien lleve a cabo intencionadamente una conducta sexual con penetración cuando la víctima no preste su consentimiento, a menos que exista error con respecto a dicho consentimiento y el autor se haya esforzado activamente por evitarlo. Dicho de otro modo: el autor debe creer que la víctima consiente, las circunstancias objetivas del caso deben indicar que la víctima consiente y el autor debe haber actuado para comprobar que la víctima consiente. Esto lleva a la necesidad de que se pruebe en el proceso penal los pasos dados por el sujeto activo para conocer la voluntad de su pareja sexual, lo cual supone una indeseable inversión de la carga probatoria. Consecuentemente con el Derecho inglés, en *Anatomía de un escándalo* James se vio obligado a probar en juicio los pasos que había tomado para comprobar que Olivia consentía en mantener relaciones sexuales en el ascensor del Parlamento.

Así las cosas, en la regulación inglesa se entremezclan los aspectos sustanciales y formales (esto es, los elementos que conforman el tipo penal y los elementos probatorios) de una forma poco deseable. Situación que, lamentablemente, se repite en la regulación española después de la aprobación de la Ley del «solo sí es sí».

### 2.3. El consentimiento en las relaciones sexuales bajo el prisma de la legislación española

Como hemos podido observar, una serie de televisión nos sitúa en el punto más álgido de la regulación penal en materia de libertad sexual. Si observamos la escena a través de los ojos de la legislación española, esta situación nos enfrenta de lleno con la reforma operada recientemente al Código penal por la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual; como es sabido, los defensores de esta reforma han utilizado al «consentimiento» como grito de guerra para imponer una supuesta «nueva visión» de esta problemática<sup>16</sup>. La base para esta nueva formulación de los delitos contra la libertad sexual surge de considerar que, hasta el momento, la Ley no había tenido en cuenta que el elemento decisivo para establecer el límite de la intervención penal debe ser precisamente, el consentimiento, el cual debe ser prestado por la mujer de forma expresa<sup>17</sup>. En consecuencia, siempre que

16 ACALE SÁNCHEZ, M.: «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*, 2020, pp. 35-58.

17 En varias partes de este trabajo se ha hecho alusión al hombre como autor de los delitos contra la libertad sexual y a la mujer como a la víctima que sufre estos crímenes. Somos conscientes de que estos roles no necesariamente coinciden en la realidad y de que una parte relevante de las víctimas que sufren estos delitos pertenecen al género masculino; no obstante, esta asimilación de roles ha sido utilizada por los defensores de la reforma

se lleve a cabo una relación sexual entre dos personas, solo el consentimiento «manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona» podrá excluir la concurrencia de un delito de agresiones sexuales. Sin duda alguna, se trata de una declaración muy «avanzada» que pretende poner a los amantes en situación de igualdad plena; pero esta expresión de deseos, que nos enseña cuál es la situación idílica, desconoce —o ignora deliberadamente— el normal devenir de los juegos amorosos.

Las circunstancias que impulsan el deseo sexual son de lo más variadas y caprichosas. En ocasiones pueden conducir a un individuo a cometer delitos, cuando las fantasías le impulsan a desarrollar un comportamiento sexual no normalizado, lo cual suele ser interpretado como síntoma de un trastorno de la personalidad<sup>18</sup>. No obstante, y afortunadamente, estos casos suelen ser excepcionales y la sexualidad del común de los mortales transcurre por derroteros de menor lesividad. En este contexto, resulta sumamente habitual recurrir como parte de un juego amoroso al hecho de que uno de los amantes muestre una cierta reticencia al sexo, lo cual suele «incentivar», aún más, el deseo de su pareja. No cabe duda de que exigir en este ámbito un consentimiento expresado de forma clara y terminante puede llevar al resultado de extinguir el deseo sexual, o al menos, restarle gran parte de su atractivo. Lo que estamos poniendo de manifiesto en estos renglones es una obviedad que no escapa a ninguna persona adulta, pero que es preciso poner abiertamente de manifiesto puesto que los redactores de la reforma han deci-

---

operada en 2022 presentando el problema como un conflicto entre géneros. No en vano esa es la base de la doctrina de la perspectiva de género en la que se basa esta Ley. Por esta razón nos hemos tomado la licencia de hacer esta identificación en ciertos momentos, con la pretensión de demostrar la falsedad de estas afirmaciones.

- 18 Buena parte de la obra de FOUCAULT se dedica a demostrar cómo la medicina y la psiquiatría se han encargado de reprimir y disciplinar al hombre por medio de la prohibición y el castigo de los placeres sexuales. Se trataba de «normalizar» la conducta sexual, de corregir al sujeto para que pueda vivir en sociedad. Así, aquellos individuos no inscritos en la norma y en lo social se convierten en el foco del escudriñamiento de los discursos de normalidad. El individuo debe ser «homogeneizado». En la visión de FOUCAULT, todo ello se hace patente en estas categorizaciones de lo normal y lo anormal creadas por la psiquiatría; de lo patológico a lo natural de la medicina y, también, en la idea del sujeto corregible e incorregible de las prácticas judiciales penales. FOUCAULT, M.: *Historia de la Sexualidad I. La Voluntad de Saber*, México DF, 2005. Una completa explicación de la visión de este autor puede encontrarse en: VALENCIA, S. V.: «Sexualidad y prácticas sexuales contemporáneas en la genealogía del sujeto ético de Michel Foucault», en *Revista Virtual de Ciencias Sociales y Humanas «PSICOESPACIOS»*, vol. 4, n.º 4/enero-junio 2010, pp. 126-149. DA SILVA WELLAUSEN, S.: «Michel Foucault y la historia de la sexualidad», en *Revista Laguna*, n.º 23, octubre 2008, pp. 39-50. BERMEJO BARRERA, J. C.: «Michel Foucault y la historia de la sexualidad», en *Gallaecia*, n.º 26, 2007, pp. 253-265. Sobre esta temática, ver, también, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, D.: «La Patologización del Deseo: apuntes críticos en torno a la coerción de la identidad y del placer», en *Psicología Política*, vol. 12, n.º 24, mayo-agosto 2012, p. 200.



dido hacer oídos sordos frente a estas evidencias. Pese a ello, esperamos y deseamos que la reforma operada sobre los delitos contra la libertad sexual no tenga el peso suficiente como para modificar los hábitos sexuales de los españoles en este sentido.

No obstante, aunque las costumbres no se modifiquen, esta incorporación no resulta en absoluto inocua, ya que puede ocasionar una indeseable inversión de la carga probatoria. Esta nueva redacción supone que la persona acusada de un delito de agresiones sexuales demuestre en juicio que su pareja ha prestado su consentimiento en unas determinadas condiciones para escapar a una condena que se puede elevar hasta los cuatro años de prisión (tipo básico), además del inevitable estigma de ser responsable del delito más grave entre aquellos que protegen el bien jurídico «libertad sexual».

Pero volvamos a centrarnos en la supuesta novedad de la reforma, esto es, en el tema del consentimiento. Y es que los partidarios de la teoría del género no gozan del mérito de haber «descubierto» que el límite de la protección penal debe estar situado en este punto; también la lógica del Código penal de 1995 indicaba que el consentimiento válidamente prestado marcaba el límite de la intervención penal. No en vano el artículo 181 CP rezaba «el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual (...)». Así, la figura de los abusos sexuales recogía todas aquellas conductas en las que la relación sexual no se hubiera verificado gracias a un consentimiento válidamente prestado y para ello se indicaba que, en todo caso, quedarían comprendidas en el tipo aquellas conductas que se hubieran llevado a cabo sobre una persona privada de sentido, sobre una persona que sufriera un trastorno mental —cuando el comportamiento se hubiera llevado a cabo abusando de dicho trastorno mental—, gracias a la utilización de sustancias psicóticas o narcóticas que suministradas a la víctima hubieran alterado su conciencia, o bien abusando de una situación de prevalimiento. Esta enumeración, en todo caso, no tenía carácter taxativo, de modo que no quedaban excluidas otras situaciones en las que también pudiera verificarse una relación sexual sin un consentimiento válido, como los casos de conductas realizadas por sorpresa o los supuestos de víctimas incapacitadas para resistir.

El hecho de que sea menos habitual, en la casuística de estos delitos, que se realice una conducta sexual sobre una persona que físicamente —y no por estar privada de sentido— no pueda prestar resistencia, no debe excluir esta posibilidad del elenco de conductas punibles, ya que resulta fácticamente viable encontrar estos supuestos. Así, podría ocurrir cuando una persona tiene un impedimento físico que le imposibilita moverse, como sucedería en caso ser tetrapléjica, o cuando el sujeto ha sido, previamente, víctima de un tercero que ha obstaculizado su movimiento. Tal sería el caso de una persona que ha sido puesta en una situación de indefensión por un tercero, como sucedería si ha sufrido un delito de robo y ha sido atada, situación

que es aprovechada por el tercero para realizar actos sexuales; o bien si ha sido víctima de un secuestro y ha sido encerrada en un sótano como medio para retenerla, lo cual puede ser utilizado por un tercero ajeno al delito de secuestro para consumir las relaciones sexuales<sup>19</sup>. Esta figura, que se puede denominar como víctima «incapacitada para resistir», nos lleva directamente a otro de los puntos clave en esta materia que ha sido objeto, en el pasado, de acalorados debates: el concepto de resistencia.

Por todos es sabido que tanto la tradicional doctrina como la jurisprudencia se han regodeado en el pasado en las exigencias que se achacaban a este requisito. Exigían a la mujer una lucha denodada con su agresor, que tratara de evitar por todos los medios la lesión del bien jurídico, olvidando que esta se encontraba en una situación de por sí misma sumamente intimidatoria<sup>20</sup>. Exigencias estas que no concordaban con las requeridas a las víctimas de otras clases de delitos: en esta línea de pensamiento, no se entendía por qué no se exigía a la víctima del robo mediante fuerza que se esmerara —incluso hasta el punto de poner en riesgo su integridad física— por evitar que el ladrón se llevara el objeto de su propiedad<sup>21</sup>. ¿Por qué se le pedía a la víctima de una violación lo que no se le pedía a la víctima de ningún otro delito? A nadie se le escapa el hecho de que en el pasado hemos sido testigos de muchas sentencias abiertamente injustas, por arcaicas, y que muchos reputados autores han hecho declaraciones que chocan con el más básico sentido común<sup>22</sup>. Pero, a día de hoy, creo que podemos afirmar sin miedo a

---

19 Al respecto, CARUSO FONTÁN, M. V.: *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valencia, 2006, pp. 303 y ss.

20 Numerosa es la jurisprudencia en torno a esta cuestión. Así, encontramos la Sentencia del 14 de noviembre de 1972 que expresa que la violación: «precisa para su consumación no sólo la fuerza o intimidación por parte del sujeto activo, sino la resistencia seria y mantenida de parte de la víctima durante el curso de la acción violenta». También, la Sentencia del 17 de marzo de 1976 manifiesta que la víctima debe «ofrecer una resistencia, seria, abierta, no una simple oposición formularia que equivalga al consentimiento tácito, mantenida y no desistida por la mujer».

21 En este sentido, GONZÁLEZ RUS, J. J.: «El bien jurídico protegido en el delito de violación», en VV. AA., *Estudios Penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, p. 45.

22 En este sentido, LANGLE RUBIO expresaba: «A la mujer que con resuelta voluntad y arraigado concepto de su decoro, opone una resistencia digna, fuerte y tenaz al erótico instinto del hombre, rara vez podrá éste imponerse por la violencia. Tal convencimiento podrá servir como regla de obligada cautela para los tribunales». Como ejemplo de lo mencionado, el autor recuerda una cita de la obra de Cervantes, Don Quijote de la Mancha, en la que Sancho Panza, siendo gobernador de una insula, tuvo que resolver un caso por el que una mujer acusaba a un ganadero de haberse aprovechado de su cuerpo no pudiendo luego sacarle la bolsa de las uñas. Sancho Panza absolvió al acusado diciéndole a la mujer que: «si el mismo aliento y valor que había demostrado para defender su bolsa, le mostrara y aún la mitad menos, para defender su cuerpo, las fuerzas de Hércules no le hicieran fuerza». LANGLE RUBIO, E.: *La mujer en el Derecho Penal*, Madrid, 1911, p. 88. En similar sentido se pronunciaban GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA: «La simple negativa no

equivocarnos que esos tiempos han quedado atrás. Tanto la doctrina como la jurisprudencia en los últimos años se ha limitado a requerir una resistencia mínima: solo necesaria en la medida en que provoca la necesidad del despliegue de una cierta violencia<sup>23</sup>.

Cuando el Código penal, antes de la reforma operada en 2022, diferenciaba las conductas de acuerdo con la presencia o la ausencia de violencia o intimidación y las conminaba con diferente pena, clasificaba las conductas de acuerdo a su gravedad para responder a los mandatos del principio de proporcionalidad. Esta diferenciación respondía, por tanto, a la necesidad de prever una respuesta punitiva más grave frente a conductas con mayor desvalor de acción y de resultado. Con esta clasificación de los tipos penales, el legislador también estaba poniendo de manifiesto una situación bastante lógica: no resulta creíble —ni siquiera mínimamente lógico— que una mujer adulta (es preciso recordar que en este caso no se están valorando los comportamientos sexuales realizados sobre menores de edad) que no tiene una relación de inferioridad con respecto al agente, ni sufre problemas psíquicos o físicos, no preste una mínima resistencia si se ve involucrada en una situación con carga sexual que no desea —o no acepta—, a pesar de no quererla activamente.

Muchas son las razones que pueden llevar a una persona a aceptar situaciones que no desea realmente y el ámbito de las relaciones sexuales no es una excepción. Durante siglos las esposas han aceptado mantener relaciones sexuales con sus maridos solo por satisfacerlos, y las novias han aceptado tener relaciones sexuales con sus novios solo por complacerlos. Lamentablemente, la falta de educación sexual y el tabú que ha rodeado a las relaciones sexuales en el pasado ha llevado a que muchas mujeres no fueran conscientes de que las relaciones sexuales pueden ser satisfactorias para ambos sexos. Se trata de una situación que debe evolucionar, pero el Derecho penal no debe ser utilizado como instrumento para forzar el cambio. No es tarea del Derecho penal educar a la población. Ciertamente es que la sociedad ha avanzado mucho en este ámbito, pero no tanto como se podría imaginar. La mentalidad de la gente de mayor edad no se va a modificar porque lo diga el legislador penal, ni los jóvenes están recibiendo en las escuelas la educación sexual que sería necesaria para que se llevara a cabo un verdadero cambio de paradigmas.

---

es bastante. Cuando los labios dicen que no, pero no es toda la posible la resistencia que la mujer opone con su cuerpo, hay lugar a sospechar que, más que a salvar su honor, a salvar las apariencias de su honor es a lo que aspira». GROIZARD, A., GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *El Código Penal de 1870, Concordado y Comentado*, Salamanca, 1893, p. 86.

23 La nueva mentalidad se recoge en la Sentencia del 5 de diciembre de 1991 que expresa: «la calificación jurídica de los actos enjuiciados debería hacerse en atención a la conducta del sujeto activo, la resistencia es innecesaria si lo que determina la consumación del tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de la víctima».

Es posible que esta reflexión nos lleve a concluir que no es ético mantener relaciones sexuales en este contexto, pero lo «no ético» no es materia del Derecho penal. No se puede criminalizar al hombre por tener relaciones sexuales en estos términos.

### 3. La ficción como instrumento de creación de la opinión pública

No cabe duda de la conveniencia de que las tramas de ficción no solo aborden temas intrascendentes, sino que también colaboren a crear un debate social en torno a las cuestiones jurídicas y éticas más controvertidas. De este modo, el espectador que pase horas frente a la pequeña o gran pantalla podrá tomar conciencia de las dificultades que aquejan a muchas personas y de la necesidad de que la sociedad ofrezca soluciones satisfactorias. No obstante, no es posible ignorar que esta situación encierra un peligro cierto en cuanto la ficción puede convertirse fácilmente en un instrumento de manipulación<sup>24</sup>. Como es sabido y, cada vez en mayor medida, la transmisión de noticias que se lleva a cabo a través de la prensa dista mucho de ser objetiva; de hecho, actualmente no escapa a nadie el hecho de que la forma de presentar la realidad en la comunicación periodística induce al espectador a tener una determinada opinión sobre ella.

Este riesgo que se asume al entrar en contacto con los medios de comunicación en general, se puede intensificar cuando tenemos frente a nuestros ojos a personas de carne y hueso expresando sentimientos y emociones. Este efecto se verifica de una forma particularmente intensa cuando se representa en la ficción situaciones en las que tienen lugar delitos contra la libertad sexual, ya que afectan a una faceta especialmente íntima y sensible de los seres humanos en torno a la cual ha existido históricamente un importante tabú. Esto es lo que sucede en series como *Anatomía de un escándalo*, en la que el conjunto de circunstancias que rodea a los protagonistas de la serie condiciona, desde el principio, la opinión del espectador. Desde un primer momento, la serie de televisión nos presentará a las mujeres que participan en la trama como víctimas de un hombre frío y manipulador; de la misma forma, se identifica al protagonista como una persona egoísta, cuya principal preocupación es su éxito y su carrera y para quien resultan indiferentes los deseos y las necesidades de los demás, lo cual lo lleva a tomar lo que quiere sin importar las consecuencias que ello pueda provocar, incluso cuando esto se refiere al hecho de mantener relaciones sexuales con una mujer. En consecuencia, como principal víctima en esta trama encontraremos a su mujer,

---

24 Al respecto, ampliamente: FUENTES OSORIO, J. L.: «Los medios de comunicación y el Derecho penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-16, 2005.

engañada durante muchos años; a su amante abandonada y luego violada; y, finalmente, a la antigua compañera de Universidad, traumatizada durante años a raíz de una relación sexual no consentida. De modo que el espectador se sentirá obligado a empatizar con las distintas damas perjudicadas. Difícilmente podrá el espectador no extrapolar, posteriormente, esta misma valoración negativa sobre otros hombres acusados a circunstancias similares en la vida real.

Este peligro se verá acentuado cuando el correcto entendimiento de la noticia o situación requiera de conocimientos técnico-jurídicos, tal como sucede en esta materia. El hecho de que la norma general considere que el desconocimiento de la Ley no disculpa su incumplimiento no supone que la ciudadanía conozca las particularidades de la Ley, de modo que la simple supresión de conceptos o requisitos jurídicos puede suponer la asunción por los ciudadanos de peligrosas «verdades a medias». Esto fue lo que sucedió con el caso *Nanysex*, en el que la opinión pública no pudo entender cómo la penetración anal a niños de 1 y 2 años no se calificaba como «violación»<sup>25</sup>, y que dio lugar a la reforma de los delitos contra la libertad sexual de 2010; y con el caso de la Manada, donde la condena por abusos sexuales del Tribunal Superior de Navarra se entendía que equivalía a la absolución de los acusados y que también dio lugar a la reforma acaecida en septiembre de 2022<sup>26</sup>.

*Anatomía de un escándalo* es sólo una más de las series de ficción que han llegado para acompañar el movimiento del #Metoo. Abarcando distintas temáticas relacionadas con los delitos contra la libertad sexual también encontramos a la americana *¿Podría destruirte?*, a *Liar* o a *Mentiras*, su versión española, entre muchas otras, respecto a las cuales podríamos hacer consideraciones muy similares. Pero ni todos los hombres son villanos, ni todas las mujeres víctimas, cuando de delitos sexuales se trata. A pesar de las dificultades que el delicado ámbito de la sexualidad reúne, tanto el legislador como los jueces tienen que esforzarse por mantener la misma objetividad e imparcialidad al decidir en relación con estos temas que en los restantes ámbitos delictivos. Una opinión pública formada en las condiciones descritas no debería ser obstáculo para ello.

25 La prensa colaboró indudablemente a desinformar en este caso con noticias como la siguiente: «Los pederastas del ‘caso Nanysex’ usaron la violencia para abusar de los menores», en *El País*, disponible en: [https://elpais.com/sociedad/2008/06/23/actualidad/1214172008\\_850215.html](https://elpais.com/sociedad/2008/06/23/actualidad/1214172008_850215.html) (visto 28-09-2022).

26 Al respecto, ver: «La Manada, condenada a nueve años por abuso sexual pero absuelta de agresión», en *La voz de Galicia*, disponible en: <https://www.lavozdegalicia.es/noticia/sociedad/2018/04/24/manada-condenada-9-anos-abuso-sexual-continuado/00031524556558902386792.htm> (visto 28-09-2022).

## 4. Conclusiones

La serie estadounidense *Upload*, en el segundo capítulo de su primera temporada, nos presenta la siguiente escena: dos jóvenes han concertado una cita a través de una aplicación informática para tener sexo. La imagen nos muestra a los dos jóvenes desnudos, mirándose frente a frente. Entonces la chica pregunta: «¿has traído protección?». En ese momento el muchacho coge un sobre con aspecto de envoltorio de preservativo, lo abre, saca un objeto circular de color verde brillante y se lo coloca en el pecho. Entonces la chica se inclina a la altura del objeto verde brillante y a través de una cámara la vemos afirmar sonriendo: «Yo consiento tener sexo». Inmediatamente, ella se coloca en el pecho un aparato de iguales características y él realiza la misma afirmación directamente a la cámara. Ya están listos para tener sexo.

Evidentemente, se trata de una serie que responde al género del humor y de la ciencia-ficción, donde los hechos trascurren en un «no tan lejano» año 2033. El hecho de que esta escena podamos encontrarla en una serie americana dirigida a todos los públicos nos da cuenta de lo extendida y generalizada que están estas ideas y nos invita a la reflexión: ¿debemos interpretar esta situación como una exageración de las tendencias actuales o, de verdad, este es el futuro que nos espera? Tal vez los defensores de la doctrina del género consideren que se trata de un futuro deseable, donde los dos sexos —o todos los géneros— se respetan por igual; no obstante, entendemos que la espontaneidad no está reñida con la cortesía y que la Ley penal no es el medio adecuado para inculcar esa necesidad de respeto al prójimo. Es en este punto donde es preciso recordar que son muchos los medios con los que cuenta la política criminal para conseguir su objetivo de prevención de delitos, y en esta materia la educación siempre será más provechosa que la amenaza de una pena. En cualquier caso, esperemos que este no sea el futuro que nos aguarde y que no llegue el día en el que los jóvenes tengan que pararse a pensar si cumplen todos los requisitos legales antes de disfrutar libremente de su sexualidad.

## 5. Bibliografía

**ACALE SÁNCHEZ, M.:** «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*, 2020, pp. 35-58.

**ALEXANDER, D. F.:** «Twenty Years of Morgan: A Criticism of the Subjectivist View of Mens Rea and Rape in Great Britain», en *International Law Review*, n.º 7, 1995, pp. 207-246.

**BERMEJO BARRERA, J. C.:** «Michel Foucault y la historia de la sexualidad», en *Gallaecia*, n.º 26, 2007, pp. 253-265.

- BOLDOVA PASAMAR, M. A.:** «La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 23, 2021, pp. 1-41.
- CARUSO FONTÁN, M. V.:** *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valencia, 2006.
- «¿Sólo Sí es Sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en *Diario La Ley*, n.º 9594, 2020.
- CIGÜELA SOLA, J.:** «Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 22, 2020, pp. 1-40.
- CLARKE, J. A.:** «The Rules of #MeToo», en *University of Chicago Legal Forum*, vol. 2019, pp. 37-84.
- CORTÉS SELVA, L., RODRÍGUEZ ROSELL, M. M.:** «La influencia del estilo visual cinematográfico en las series de ficción televisivas», en PÉREZ-GÓMEZ, M. A. (coord.), *Previously On. Estudios interdisciplinarios sobre la ficción televisiva en la Tercera Edad de Oro de la Televisión*, 2011, pp. 71-87.
- DA SILVA WELLAUSEN, S.:** «Michel Foucault y la historia de la sexualidad», en *Revista Laguna*, n.º 23, octubre 2008, pp. 39-50.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J., HERNÁNDEZ DÍAZ, L.:** «Los menores víctimas de los delitos contra la indemnidad sexual tratamiento legal de la edad de consentimiento sexual», en PEREZ MACHÍO, A. I. (dir.), DE LA MATA BARRANCO, N. J. (dir.), *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, 2020, pp. 225-306.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., TRAPERO BARREALES, M. A.:** «La edad de consentimiento sexual en la reforma del Código penal de 2015», en BACIGALUPO, S. (coord.), FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J. (coord.), ECHANO BASALDUA, J. I. (coord.), BAJO FERNÁNDEZ (hom.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, pp. 871-894.
- DÍEZ, J.:** «Las series televisivas baten en popularidad e influencia», en *Escritura pública*, n.º 84, 2013, pp. 56-58.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.:** «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-10, 2019, pp. 1-29.
- FARALDO CABANA, P. (dir.), ACALE SÁNCHEZ, M. (dir), RODRÍGUEZ-LÓPEZ, S. (coord.), FUENTES-LOUREIRO, M. A. (coord.),** *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, 2018.

- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, D.:** «La Patologización del Deseo: apuntes críticos en torno a la coerción de la identidad y del placer», en *Psicología Política*, vol. 12, n.º 24, mayo-agosto 2012, pp. 195-210.
- FOUCAULT, M.:** *Historia de la Sexualidad I. La Voluntad de Saber*, México DF, 2005.
- FUENTES OSORIO, J. L.:** «Los medios de comunicación y el Derecho penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-16, 2005, pp. 16:1-16:51.
- GIL GIL, A., NUÑEZ 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*, n.º 77, 2018, pp. 4-15.
- GONZÁLEZ AGUDELO, G.:** «Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18, 2016, pp. 1-31.
- GONZÁLEZ RUS, J. J.:** «El bien jurídico protegido en el delito de violación», en VV. AA., *Estudios Penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982.
- GROIZARD, A., GÓMEZ DE LA SERNA, P.:** *El Código Penal de 1870, Concordado y Comentado*, Salamanca, 1893.
- HÖRNLE, T.:** «#MeToo — Implications for Criminal Law?», en *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice*, 6 (2), 2019, pp. 115-135.
- LANGLE RUBIO, E.:** *La mujer en el Derecho Penal*, Madrid, 1911.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A.:** «Las huellas de «La Manada»», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 77, 2018, pp. 16-21.
- MONGE FERNÁNDEZ, A.:** «Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz del caso 'La Manada' ('sólo sí es sí')», en PARRILLA VERGARA, J. (coord.), MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), *Mujer y derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2019, pp. 339-370.
- OXMAN, N.:** «Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón», en *Revista Ius et Praxis*, Año 19, n.º 1, 2013, pp. 139-194.
- PICKARD, T.:** «Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime», en *The University of Toronto Law Journal*, vol. 30, n.º 1 (invierno, 1980), pp. 75-98.



- SANKARAN, M. V.:** «Mens rea in rape: an analysis of «Reg. v. Morgan» and sections 375 and 79 of the Indian Penal Code», en *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 20, n.º 3 (julio-septiembre 1978), pp. 438-462.
- SPOHN, C. C.:** «The Rape Reform Movement: The Traditional Common Law and Rape Law Reforms», en *Jurimetrics*, vol. 39, n.º 2 (invierno, 1999), pp. 119-130.
- VALENCIA, S. V.:** «Sexualidad y prácticas sexuales contemporáneas en la genealogía del sujeto ético de Michel Foucault», en *Revista Virtual de Ciencias Sociales y Humanas «PSICOESPACIOS»*, vol. 4, n.º 4/enero-junio.



# LA SUMISIÓN QUÍMICA EN LOS DELITOS SEXUALES ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY DEL *SOLO SÍ ES SÍ*

Beatriz Escudero García-Calderón

CUNEF Universidad

## 1. Introducción

Entre las diversas novedades introducidas por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual —la conocida como Ley del *Solo sí es sí*—, ocupa un papel principal el nuevo tratamiento jurídico que se dispensa a la denominada *sumisión química*.

El empleo de sustancias psicoactivas con el objeto de anular la voluntad de la víctima ha cobrado en los últimos años un enorme protagonismo<sup>1</sup>, muy particularmente en el ámbito de los delitos sexuales, adquiriendo este tipo de sucesos la categoría de problema de salud pública<sup>2</sup>. De este modo, si unos años atrás los medios informativos alertaban de la generalización del uso de la droga comúnmente conocida como *burundanga*<sup>3</sup>, más recientemente,

---

1 La preocupación científica en torno a este fenómeno ha crecido en los últimos quince años, señalándose como hito la publicación de un monográfico sobre esta cuestión por el *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction* en el año 2008. Véase al respecto BARREIRO COUTO, C., *et. Al.*: «Cannabis, botellón y asalto sexual: entre la vulnerabilidad y la sumisión química», en *Nuevas aportaciones sobre el consumo de cannabis desde las ciencias sociales y de la salud*, Andavira, Pontevedra, 2020, p. 34. En épocas anteriores, se consideraba un ejemplo teórico del que resultaba complejo encontrar alguna referencia jurisprudencial. Así lo afirma, por ejemplo, MIRA BENAVENT, J.: «El concepto de violencia en el delito de coacciones», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 22, 1984, p. 181, citando una STS de 16 de abril de 1959 en la que el Tribunal Supremo acabó condenando por coacciones «en base a una complicada argumentación» a una anciana a la que le suministraron una inyección de «Narcovenol» en un establecimiento psiquiátrico.

2 Véanse, por ejemplo, <https://www.elmundo.es/espana/2022/08/03/62ea98b8fdddf40a78b459b.html> y [https://elpais.com/politica/2016/07/22/actualidad/1469205662\\_344804.html](https://elpais.com/politica/2016/07/22/actualidad/1469205662_344804.html), (última visita 5/12/2022).

3 El nombre científico es el de *escopolamina*. Como indica BARRUTIA SOLIVERDI la escopolamina a dosis terapéuticas puede producir somnolencia, sedación, hipnosis y amnesia, pero a veces provoca un fenómeno contrario de excitación, desasosiego e incluso delirio. A dosis elevadas es incapacitante, interfiere en los procesos de recepción, almacena-

durante los meses de julio y agosto de 2022, se generó una situación de alarma nacional con las constantes noticias<sup>4</sup> que advertían de una oleada de pinchazos en lugares de ocio nocturno, fruto, aparentemente, de la extensión en nuestro país de una práctica iniciada en Reino Unido y bautizada allí con el nombre de *spiking*<sup>5</sup>.

Con independencia del alarmismo que ciertamente se ha dado en este fenómeno<sup>6</sup>, según fuentes gubernamentales, el 72% de los análisis practi-

---

miento y recuperación de la memoria, pudiendo causar delirio, psicosis, parálisis e incluso la muerte. Véase BARRUTIA SOLIVERDI, B.: «Estudio de la sumisión química», en *La Ley penal*, n.º 117, noviembre-diciembre 2015, p. 3. No obstante, la utilización de la burundanga tiene más de mito que de realidad, no habiéndose demostrado la existencia de un uso extendido de esta sustancia. Véase a este respecto XIFRÓ COLLSAMATA, A., BARBERÍA MARCALAIN, E. y PUJOL ROBINAT, A.: «Sumisión química con finalidad sexual en el laboratorio forense: datos de España», en *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 40, enero-marzo 2014, pp. 1-3.

- 4 Estas informaciones aparecieron prácticamente en todos los medios nacionales. Por ejemplo, puede verse en: <https://elpais.com/espana/catalunya/2022-07-29/se-elevan-a-17-las-denuncias-por-pinchazos-en-discotecas-de-cataluna.html>, <https://www.abc.es/espana/comunidad-valenciana/investigan-siete-denuncias-sumision-quimica-traves-pinchazos-20220803172303-nt.html> y <https://www.elmundo.es/cataluna/2022/07/29/62e3bc8121efa09e278bee2c.html>, (última visita 6/12/2022).
- 5 Al respecto, véase: <https://www.euronews.com/culture/2022/05/12/first-the-uk-now-france-is-needle-spiking-spreading-in-european-clubs> y <https://nypost.com/2021/10/26/needle-spiking-in-bars-clubs-sparks-new-sexual-assault-concerns/>, (última visita 6/12/2022).
- 6 Véase PANYELLA CARBÓ M. N., AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. y MARTÍN FUMADÓ, C.: «Sumisión química *versus* vulnerabilidad química: análisis criminológico de los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas a partir de una muestra de sentencias», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 17, 2019, pp. 1 y 2. En este estudio se analizan procedimientos penales seguidos en España entre 1999 y 2016, y se concluye que, mientras en la mayor parte de los casos (76%), el autor se aprovechó de la vulnerabilidad química de la víctima, solo en el 24% de los casos pudo acreditarse una verdadera sumisión química por medio de la administración de sustancias incapacitantes. En parecido sentido, en la investigación realizada por DOMÉNECH DEL RÍO, LÓPEZ HIDALGO, y VILLALBA SORIA, se afirma que, «aunque existe una gran alarma social sobre el uso de sustancias sin el conocimiento ni consentimiento de la mujer para cometer delitos contra la libertad sexual, lo cierto es que en la mayoría de los casos la sustancia detectada es el alcohol que ésta consume voluntariamente». Véase DOMÉNECH DEL RÍO, I., LÓPEZ HIDALGO, E. y VILLALBA SORIA, M. E.: «Sumisión química y agresión sexual. Perspectiva médico forense», en NÚÑEZ DOMÍNGUEZ, T. y VERA BALANZA, T. (coords.), *Libro de Actas del Congreso Internacional para el estudio de la violencia contra las mujeres 2017-2020*, Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, Sevilla, 2021, p. 168. La mayor frecuencia de la vulnerabilidad química frente a la sumisión química también se afirma en 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», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, pp. 664 y 665. También insiste TARANCÓN GÓMEZ en ese alarmismo inconstatado, aunque recuerda que el asunto debe ser tratado con cautela, precisamente por las dificultades de detección y esclarecimiento que presentan este tipo de supuestos. Véase TARANCÓN GÓMEZ, P.: «Los delitos sexuales asociados al uso y/o abuso de alcohol y otras drogas: aportaciones al

cados a las víctimas de delitos sexuales en el año 2021 arrojó un resultado positivo<sup>7</sup>, lo que ha permitido afirmar a la actual Ministra de Justicia que una de cada tres agresiones en los últimos cinco años podría haberse producido con la víctima bajo un estado de sumisión química<sup>8</sup>.

Tratando de responder a esta alarma social, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, según reza su Exposición de Motivos, «introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada “sumisión química”» y la incluye, además como una circunstancia agravante, según veremos. Con ello se recoge el sentir social por un asunto considerado altamente preocupante, otorgándose un tratamiento que podemos calificar de *nuevo* a una cuestión que desde la entrada en vigor del CP de 1995 nunca ha sido pacífica.

A grandes rasgos puede afirmarse que, tras la entrada en vigor del CP de 1995, existían opiniones doctrinales y jurisprudenciales dispares acerca de cuál era la calificación jurídica que merecía una relación sexual mantenida con quien, sin haber perdido la consciencia, no se encontraba en condiciones para consentir válidamente por hallarse bajo los efectos de sustancias químicas que habían sido previamente suministradas por el autor. En un debate circunscrito a dirimir la disyuntiva de optar entre agresión y abuso, según la clasificación de los delitos sexuales de entonces, se entreveraban necesariamente las concepciones mantenidas por doctrina y jurisprudencia acerca de la violencia en otros delitos, de manera que un sector consideraba que tales conductas resultaban subsumibles en el delito de abusos sexuales, mientras que otro, desde un concepto de violencia más amplio, sostenía que se trataba de un supuesto de agresión sexual.

Esta discusión fue zanjada en el año 2010. En esa fecha, legislador penal decide abordar esta problemática y pone fin a las distintas interpretaciones al incluir con la LO 5/2010, de 22 de junio, el supuesto de la sumisión química expresamente como una forma de comisión de los abusos sexuales.

---

debate criminológico-penal», en *La Ley Penal*, n.º 144, mayo-junio 2020, p. 3. Sobre las dificultades de probar que ha sido el autor quien ha suministrado la sustancia, véase, por todas, la SAP Barcelona 454/2020, de 28 de diciembre.

- 7 Según afirmó la Ministra de Justicia, Pilar Llop, en la presentación, durante el mes de marzo, de los resultados del trabajo del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF) en materia de violencia sexual y sumisión química, se registraron en España 3.001 agresiones sexuales, y el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF) practicó análisis en 994 casos, siendo positivo el resultado en el 72% de ellos. Véase: [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1220387](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1220387), (última visita 6/12/2022).
- 8 Véase <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2022/040722-curso-mujeres-justicia.aspx>. Puede encontrarse una interesante aproximación a los primeros casos detectados de sumisión química por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses en España en XIFRÓ COLLAMATA, A., BARBERÍA MARCALAIN, E. y PUJOL ROBINAT, A.: «Sumisión química con finalidad sexual en el laboratorio forense: datos de España», *op. cit.*, pp. 1 y 2.

Semejante calificación fue obligatoria desde entonces en virtud del principio de legalidad, pero paralelamente fueron en aumento las voces disidentes favorables a un cambio de ubicación de un modo de atentar contra la libertad sexual cuya frecuencia, además, se había multiplicado. De este manera, esa doctrina favorable a un tratamiento más severo de la sumisión química vio en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, una oportunidad para rectificar una calificación incorrecta, que conducía a un resultado considerado injusto. Según esta opinión era el momento, pues, de equiparar los delitos sexuales cometidos por medio de la sumisión química con los delitos sexuales cometidos a través de violencia o intimidación.

Sin embargo, como veremos, la Ley del *Solo sí es sí* no hizo lo que este sector doctrinal proponía, sino que, en contra de lo que se esperaba, ha hecho una cosa distinta. En efecto, con la Reforma, la relación sexual mantenida tras la sumisión química deja de ser constitutiva de un delito de abusos sexuales, pues la propia expresión «abuso» desaparece por considerarse «un término comunicativamente indulgente»<sup>9</sup>. Pero no solo: además, se introduce la utilización de sustancias químicas entre los tipos agravados, donde se incluye también el empleo de una «violencia de extrema gravedad». Por lo tanto, como veremos, no se trata de que el legislador haya recogido la vieja reivindicación doctrinal que defendía que la violencia química era también violencia, y que, por tanto, debían equipararse el delito sexual mediando sumisión química y el delito sexual mediando violencia, sino que ha ido más allá de aquello que la doctrina más severa postulaba y ha equiparado la sumisión química con la violencia de extrema gravedad. A analizar la regulación legal de la sumisión química queremos dedicar el presente estudio.

## 2. Sumisión química *versus* vulnerabilidad química

Se conoce como sumisión química la administración subrepticia de fármacos, drogas u otras sustancias de efecto similar a una persona sin su consentimiento, con el propósito de anular su voluntad o de modificar su estado de consciencia y así convertirla en víctima de un delito posterior.

Aunque las variedades delictivas imaginables son múltiples, los delitos que con más frecuencia se cometen tras esa anulación de la conciencia o de la voluntad son, especialmente en los últimos años, los de naturaleza sexual. No en vano, en la expresión *sumisión química*, que proviene del francés *soumission chimique*, algún autor ha apreciado una clara connotación sexual que

---

9 Así lo afirma LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve», en *Almacén de Derecho*, 9 de marzo de 2022, disponible en <https://almacenederecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>, (última visita: 7/12/2022).

no se da en las expresiones empleadas en habla inglesa de *drug-facilitated crime* (DFC), o *drug-facilitated assault* (DFA)<sup>10</sup>, con las que se hace referencia a las sustancias que facilitan, en general, la comisión de delitos.

En todo caso, las denominadas «drogas facilitadoras del delito» o «del asalto» (a las que se añade el término «sexual» cuando se utilizan con estos fines) presentan una serie de particularidades que las convierten en idóneas para permitir la comisión de delitos<sup>11</sup>. Se caracterizan, en primer lugar, por ser fáciles de obtener, encontrándose entre ellas el etanol y ciertos psicofármacos y sustancias ilegales de uso frecuente. Además, dado que pretenden pasar inadvertidas, deben permitir una administración discreta que, normalmente, se lleva a cabo por vía oral, lo que permite enmascarar su color y su sabor. Son, además, activas en dosis bajas y poseen una acción rápida, produciendo síntomas poco claros y confundibles con una intoxicación etílica o con un trastorno orgánico que retrasa el diagnóstico mientras se elimina del organismo<sup>12</sup>. Provocan, por último, efectos favorables al agresor en la víctima, tales como la amnesia, la desorientación temporal y espacial de la víctima, y la sedación, impidiendo a la persona así sometida oponer resistencia ante el agresor.

Reúnen estas características, por ejemplo<sup>13</sup>, el alcohol, el cannabis, la cocaína, las anfetaminas y la metanfetamina, el ácido oxibico o GHB (gam-

---

10 Adoptadas para evitar esta connotación sexual por el *Advisor Council on the Misuse of Drugs*, el organismo público británico experto en drogas de abuso en el año 2007. Véase DOMÉNECH DEL RÍO, I., LÓPEZ HIDALGO, E. y VILLALBA SORIA, M. E.: «Sumisión química y agresión sexual. Perspectiva médico forense», *op. cit.*, p. 163.

11 Realizan una exposición detallada de estas características, por ejemplo, GARCÍA REPETTO, R. y SORIA SÁNCHEZ, M. L.: «Sumisión química: reto para el toxicólogo forense», en *Revista Española de Medicina Legal*, 2011, pp. 107 y ss.

12 De ahí que sea frecuente hablar de «sumisión química probable» cuando se sospecha que hubo agresión pero, o bien no se dispone de suficiente información clínica o resultados analíticos, o bien estos resultados son negativos o no pueden ser considerados definitivos. Frente a ello se hace referencia a la «sumisión química probada» como aquella en la que ha habido agresión documentada, detectándose la presencia de una sustancia psicoactiva mediante un método cromatográfico fiable y resultando, además, la sintomatología y cronografía de los hechos compatibles con la sustancia identificada. Véase PANYELLA CARBÓ M. N., AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. y MARTÍN FUMADÓ, C.: «Sumisión química *versus* vulnerabilidad química: análisis criminológico de los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas a partir de una muestra de sentencias», *op. cit.*, p. 4. Acerca de las dificultades para probar la sumisión química por la rápida eliminación de este tipo de sustancias del organismo, puede verse, por ejemplo, la SAP Barcelona 499/2015, de 11 de junio (F.J.2.) y SAP Tarragona 161/2028, de 26 de febrero (F.J. único), absolviendo ambas. Sobre la posibilidad de condenar por sumisión química sin prueba toxicológica, véase STSJ Canarias, 33/2022, de 26 de abril.

13 Pero hay muchas otras. Por ejemplo, en la SAP Navarra 3/2020, de 23 de enero, se hace referencia a una bebida conocida como «Ayahuasca», que se obtiene de la combinación de una serie de plantas con compuestos alucinógenos. La sentencia absuelve finalmente por aplicación del *in dubio* al no quedar acreditado que la relación sexual tuviera lugar sin el consentimiento de ella, al menos previo, a una ingesta, además, aparentemente voluntaria.

mahidroxibutirato), el MDMA o «éxtasis», la ketamina, las benzodiazepinas e hipnóticos, el estramonio, el nitrito de amilo o «poppers» y la escopolamina o «burundanga», cuyo uso, a medio camino entre la realidad y la ficción, ha adquirido una enorme notoriedad en los últimos años<sup>14</sup>.

Un fenómeno distinto al de la sumisión química, y mucho más frecuente, lo constituye el de la «vulnerabilidad química»<sup>15</sup>. Ésta consiste en la situación de indefensión en la que se encuentra una persona que tiene las capacidades mermadas por el consumo, normalmente voluntario<sup>16</sup>, de alcohol u otras drogas y que es aprovechada por el autor con esos mismos fines delictivos que se dan en la sumisión química<sup>17</sup>. La diferencia radica, pues, en que mientras que en la sumisión el que luego es autor de otro delito anula previamente la voluntad de la víctima, en la sumisión ese autor se encuentra con la voluntad de quien luego es su víctima ya anulada, limitándose a aprovecharse de la situación.

A pesar de que sumisión y vulnerabilidad químicas constituyen realidades distintas, ya sea por una confusión provocada por el uso del vocabulario anglosajón en la literatura científica<sup>18</sup>, ya sea por tratar de evitar un

14 Véase una descripción detallada de sus características y efectos en ISORNA FOLGAR, M. y RIAL BOUBETA, A.: «Drogas facilitadoras de Asalto sexual y sumisión química», en *Health and Addictions/Salud y Drogas*, vol. 2, 2015, pp. 137-150.

15 Sobre la distinción entre sumisión y vulnerabilidad química puede verse ampliamente BRAGE CENDÁN, S. B.: «El delito de abuso sexual facilitado por el uso de sustancias químicas», en *Diario La Ley*, n.º 8216, Sección Doctrina, 20 de diciembre de 2013. Acerca de la incidencia del consumo de alcohol en la posibilidad de ser víctima de un delito sexual, véase TESTA, M., HOFFMAN, J. H., y LIVINGSTON, J. A.: «Alcohol and sexual risk behaviors as mediators of the sexual victimization–revictimization relationship», en *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 78, 2010, pp. 249-259.

16 Siendo posible también la administración subrepticia de un tercero que no tenga conexión con el que luego es autor del delito posterior.

17 Esa era la situación de la víctima en el caso de la denominada «Manada de Manresa» (SAP Barcelona 813/2019, de 31 de octubre) quien, tras la ingesta de alcohol y haber fumado marihuana voluntariamente, perdió el conocimiento. Los procesados aprovecharon esa situación para penetrarla por vía vaginal y bucal. Puede verse un estudio exhaustivo de ésta y otras sentencias en casos similares en PANYELLA CARBÓ, M. N.: «Análisis jurisprudencial de los casos de abuso sexual en situaciones de vulnerabilidad química», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 33, mayo 2020, pp. 7 y ss.

18 En el ámbito anglosajón, la literatura científica emplea el término «Drug-Facilitated Sexual Assault» (DFSA) para denominar, tanto los supuestos de sumisión, como los de vulnerabilidad químicas, diferenciándose el «DFSA premeditado o proactivo», que tiene lugar cuando el asaltante proporciona subrepticamente a la víctima una sustancia incapacitante y desinhibidora con el objetivo de someterla sexualmente, y «DFSA oportunista», que ocurre cuando el agresor se aprovecha de la víctima, hallándose ésta en estado de inconsciencia a causa de alguna sustancia que ha consumido voluntariamente. Véase PANYELLA CARBÓ, M. N.: «Análisis jurisprudencial de los casos de abuso sexual en situaciones de vulnerabilidad química», *op. cit.*, p. 2; AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. y PANYELLA CARBÓ, M. N.: «Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas»,



lenguaje que, según se entiende a día de hoy, culpabiliza a la víctima<sup>19</sup>, lo cierto es que suelen agruparse bajo la denominación «sumisión química» ambos fenómenos<sup>20</sup>. Buen ejemplo de ello lo encontramos en los portales gubernamentales<sup>21</sup>, donde se distingue la denominada «sumisión química proactiva», definida como la intoxicación deliberada y encubierta mediante la administración de sustancias y/o alcohol por parte del atacante; la «sumisión química oportunista», entendida como el estado de intoxicación provocado por la ingesta voluntaria de alcohol y/o sustancias por parte de la víctima que es aprovechada por el asaltante, y la «sumisión química mixta», donde confluyen la ingesta voluntaria de sustancias y/o alcohol por parte de la víctima con la administración encubierta por parte del asaltante.

A esa frecuente confusión terminológica probablemente haya contribuido también el hecho de que, según veremos, en el ámbito de los delitos sexuales la sumisión y la vulnerabilidad químicas han recibido el mismo tratamiento desde la Reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio.

No obstante, como decimos, además de constituir fenómenos distintos, gran parte de la doctrina penal considera que se trata de supuestos también diferentes desde un punto de vista valorativo. De este modo, en la sumisión química, a diferencia de lo que sucede en la vulnerabilidad, el que luego es autor del delito sexual genera previamente la situación de indefensión, por lo que, si bien el desvalor de resultado en ambas es el mismo, no pueden considerarse equivalentes en la magnitud de lo injusto, pues el desvalor de acción es, sin duda, mayor en el caso de la sumisión<sup>22</sup>.

---

en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 15, n.º 30, 2020, p. 529; BUTLER, B. y WELCH, J.: «Drug-facilitated sexual assault», en *Canadian Medical Association Journal*, 2009, pp. 493 y 494 y TARANCÓN GÓMEZ, P.: «Los delitos sexuales asociados al uso y/o abuso de alcohol y otras drogas: aportaciones al debate criminológico-penal», *op. cit.*, p. 4.

- 19 En la SAP Barcelona 499/2015, de 11 de junio, se contiene una frase del siguiente tenor «y aprovechando que la dicha denunciante se hallaba bajo los efectos de una droga de sumisión química que anulaba su voluntad e impedía comprender lo que sucedía» (F.J. 3), lo que puede dar a entender que la clasificación de la droga como «de sumisión química» resulta independiente del modo de administración de la misma.
- 20 Acerca de esta confusión, puede verse GARCÍA RIVAS, N. y TARANCÓN GÓMEZ, P.: «Lección 17. Agresión y abusos sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Tratado de Derecho penal, Parte especial* (I), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1166 y ss.
- 21 Por todos, véase el Portal de la Comunidad de Madrid, disponible en <https://www.comunidad.madrid/servicios/salud/sumision-quimica>. Si bien en la literatura científica ese supuesto se denomina DFSA oportunista, frente al DFSA premeditado, en español eso no es un supuesto de sumisión, sino de vulnerabilidad química.
- 22 En este sentido, ALCALÉ SÁNCHEZ afirma que «parece que el desvalor no puede ser idéntico en los casos en los que los sujetos suministren a la víctima una sustancia que la va a convertir en una muñeca hinchable durante un rato, o que se aprovechen del estado en el que se encontraba la víctima». Véase ALCALÉ SÁNCHEZ, M.: «La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género», en MONGE FERNÁNDEZ,

En la sumisión química, en definitiva, el autor actúa de manera alevosa, pues emplea medios que aseguran la ejecución del delito sexual a la vez que impiden a la víctima ejercitar la legítima defensa (art. 22.1 CP), mientras que en los supuestos de vulnerabilidad química, si bien el autor no genera la situación de indefensión, se aprovecha de esa debilitación de defensa de la víctima y de la impunidad que le proporciona, por lo que actúa con esa forma secundaria o inferior de alevosía<sup>23</sup> propia del abuso de superioridad (art. 22.2 CP).

De este modo, si la magnitud de lo injusto, conformada por los desvalores de la conducta y del resultado, constituyen la base sobre la que determinar la naturaleza y la respuesta penal a la conducta, siendo aquella distinta y mayor en el caso de la sumisión, parece razonable proponer una respuesta también distinta y mayor por parte del Derecho penal.

No pretendemos analizar en profundidad el fenómeno de la vulnerabilidad química, pues excede en mucho las pretensiones de este artículo. Baste recordar que, desde el punto de vista dogmático, se discute si se debe abordar esta problemática como *acciones liberae in causa*, como errores de tipo, o como supuestos de consentimiento presunto<sup>24</sup>, lo que proporciona ya una idea de la complejidad que estos casos entrañan. No obstante, sí conviene poner de manifiesto la diferenciación entre vulnerabilidad y sumisión químicas para una mejor comprensión de la regulación de la sumisión y de las críticas que ésta ha recibido.

### 3. La discusión acerca de la calificación jurídica de la sumisión química antes de la Ley del *Solo sí es sí*

La discusión acerca de la calificación jurídica que merecía la sumisión química en los delitos sexuales se planteó por vez primera tras la entrada en vigor del CP de 1995. Con la regulación anterior<sup>25</sup> semejante debate carecía de sentido, pues el criterio que permitía diferenciar los distintos tipos de delitos sexuales seguía siendo el de la intensidad del contacto sexual. Se diferenciaba así entre un delito de violación y un delito de abusos deshonestos, cali-

---

A. (dir.) y PARILLA VERGARA, J. (coord.): *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, 2019, p. 248.

23 Véase, por todas, la STS de 20 de mayo de 1983.

24 Véase al respecto AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. y PANYELLA CARBÓ, M. N.: «Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas», *op. cit.*, pp. 559 y ss.

25 Un análisis en detalle de las distintas regulaciones de los delitos sexuales puede encontrarse en FARALDO CABANA, P.: «Evolución del delito de violación en los Códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales», en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dirs.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 31-65.

ficándose *ex lege* como violación el acceso carnal tanto con uso de fuerza o intimidación, como con privación de razón o de sentido por cualquier causa, y en todo caso cuando la víctima fuere menor de doce años.

Como el bien jurídico había sido modificado al fin con la Reforma operada por LO 3/1989, de 21 de junio, dejando de ser la honestidad y pasando a serlo la libertad sexual, se rehízo la clasificación de los delitos sexuales y, de forma consecuente con ese bien jurídico protegido, la nueva clasificación atendería, en primer lugar, al grado de lesión de esa libertad, y solo después, al grado de intensidad del contacto sexual. De este modo, se han distinguido, desde entonces y hasta la Reforma de la LO 10/2022, dos grandes categorías de delitos sexuales: los abusos y las agresiones sexuales, reguladas hasta ahora respectivamente en los Capítulos I y II del Título VIII del Libro II. Ambas tenían en común la ausencia de un consentimiento eficaz de la víctima —en el abuso o bien no existe, o bien, existiendo, es ineficaz<sup>26</sup>—, siendo el elemento que permite distinguirlas la violencia o intimidación, que se daba en la agresión sexual (art. 178 CP) y no se daba en el abuso sexual (art. 181 CP), siendo posible en ambas modalidades el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o la introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías. En tales casos, se aplicaban los tipos cualificados correspondientes, de manera que en el supuesto de las agresiones sexuales, la pena dejaba de ser la del tipo básico de prisión de 1 a 5 años, para convertirse en una de 6 a 12 años, mientras que en el abuso sexual la pena pasaba de ser de prisión de 1 a 3 años o multa de dieciocho a veinticuatro meses a una pena de prisión de 4 a 10 años (art. 181.4 CP). El nombre de violación se reservaba, desde su recuperación por LO 11/1999, de 30 de abril, para la agresión sexual con acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal; esto es, para el tipo agravado de la agresión sexual. Además, existían una serie de agravantes, recogidas en el art. 180 CP, que se aplicaban a las agresiones sexuales, y que, en parte, regían también para los abusos sexuales.

Existiendo únicamente dos categorías, abuso y agresión, quedaba del lado del abuso todo aquello que no era agresión por no existir violencia o intimidación. Ello supuso que bajo la etiqueta de los abusos sexuales se englobaran situaciones distintas en las que, bien no existía consentimiento, o bien existiendo consentimiento éste se consideraba viciado por las causas tasadas

---

26 En este sentido, por todas, la STS 216/2019, de 24 de abril (F. J. 7), donde se afirma que «se desprende que en el delito de abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado como consecuencia de las causas legales diseñadas por el legislador, y en el delito de agresión sexual, la libertad sexual de la víctima queda neutralizada a causa de la utilización o el empleo de violencia o intimidación. Dicho de otro modo, el delito de abuso sexual supone un consentimiento viciado por las causas tasadas en la ley, y por eso el Código Penal se expresa disponiendo que «se consideran abusos sexuales no consentidos» los que hemos reseñado con anterioridad. En todos ellos, la víctima o era incapaz de negarse a mantener cualquier tipo de relación sexual o se encontraba en una posición que le coartaba su libertad».

en la ley. De este modo, se conceptuaban *ope legis* como no consentidos, y eran calificados de abuso sexual, los actos que se ejecutaran sobre personas que se hallaren privadas de sentido, sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare y cuando se obtuviera un consentimiento viciado por prevalerse el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coartara la libertad de la víctima, es decir, aquellos casos en que existía una situación intimidatoria, pero no de la suficiente entidad como para poder hablar de una verdadera intimidación y calificar la conducta como agresión sexual<sup>27</sup>. Entre esas causas legales de consentimiento ineficaz que regulaba el nuevo Código penal no se encontraba la sumisión química, que se incorporaría con la reforma operada por LO 5/2010, incluyéndose entre esas situaciones, concretamente en el apartado 2.º del art. 182 CP, los actos que se cometan «anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto».

Así, aunque puede afirmarse que antes de la Reforma de 2010 el Código penal no regulaba el fenómeno de la sumisión química, esta aseveración requiere de algún matiz, puesto que si bien es cierto, como acabamos de decir, que fue en 2010 cuando se introdujo en el Código penal la conducta de quien anulaba la voluntad mediante el suministro de sustancias, lo cierto es que gran parte de los casos de sumisión química eran reconducibles a un supuesto existente en la regulación anterior, el de la privación de sentido, que se introdujo en el Código penal de 1848<sup>28</sup> y se mantuvo desde entonces en los sucesivos Códigos<sup>29</sup>.

De este modo, se castigaban ya como abuso sexual los supuestos de conductas sexuales ejecutadas sobre personas en situación de inconsciencia total o parcial, con independencia de que esa situación hubiera sido provocada por la propia víctima o un tercero o por el autor del comportamiento sexual posterior. Es decir, los comportamientos sexuales realizados tras la sumisión química, cuando la privación de sentido era total o parcial, resultaban antes de 2010 reconducibles al tipo de los abusos sexuales.

---

27 A lo que se añade en el art. 182 CP el abuso fraudulento incorporado por LO 5/2010, de 22 de junio, que tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, hacía referencia, junto a la intervención del engaño, al abuso de una posición de reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima que desde entonces tenía que ser mayor de 16 y menor de 18.

28 El art. 354 CP 1848 establecía que «Se comete violación yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos siguientes: 1.º Cuando se usa de fuerza o intimidación. 2.º Cuando la mujer se halle privada de razón o de sentido por cualquier causa. 3.º Cuando sea menor de 12 años cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores».

29 Acerca del mantenimiento de la expresión en los Códigos penales siguientes véase FARALDO CABANA, P.: «Evolución del delito de violación en los Códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales», *op. cit.*, pp. 36 y ss.

Sin embargo, y en la medida en que se habla de sumisión química para referir no solo los casos en los que la víctima queda total o parcialmente inconsciente, sino también los casos en los que la víctima está consciente pero carece de voluntad, la reforma de 2010 vino a regular ese segundo supuesto posible, cual era el de la anulación de la voluntad sin privación de sentido, ni siquiera parcial<sup>30</sup>. La introducción de esta referencia permitió evitar la impunidad de este tipo de comportamientos<sup>31</sup>.

Hasta entonces, un sector doctrinal y jurisprudencial mayoritario, a través de una interpretación muy amplia de la expresión «privadas de sentido», entendía que tales casos eran subsumibles en los abusos sexuales, mientras que el sector minoritario, por el contrario, consideraba que éste, y en general todo caso de administración de sustancias por parte del autor del delito sexual, debían ser reconducidos a las agresiones sexuales, en la medida en que se rompía la voluntad de la víctima mediante el empleo de una fuerza química. Veamos ambas posturas.

### 3.1. La sumisión química como abuso sexual

Como acabamos de indicar, la postura mayoritaria sostenía, a través de una interpretación laxa del término «privadas de sentido», que los supuestos de sumisión química en los que la víctima no perdía el conocimiento eran también constitutivos de un delito de abusos sexuales.

En este sentido, la STS de 28 de octubre de 1991 precisaba que, aunque el requisito de hallarse privado de sentido pudiera interpretarse, *prima facie*, como «que ha de encontrarse totalmente inconsciente para poder ser sujeto

---

30 Véase MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R.: «Comentario al art. 181», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 10.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, versión online disponible en: <https://proview-thomson-reuters-com.bucm.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fcodigos%2F159159142%2Fv10.2&titleStage=F&titleAcct=i0ad6a6a500000184c850458df60ef5e2#sl=p&eid=cb431ab62d85fa03389e986f34bab3fb&eat=%5Bereid%3D%22cb431ab62d85fa03389e986f34bab3fb%22%5D&pg=RL-1.50&psl=&nvgS=false> (última visita: 2/12/2022); BOIX REIG, J.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (2): abusos sexuales», en BOIX REIG, J. (dir.), *Derecho penal, Parte especial*, vol. I, Iustel, Madrid, 2016, pp. 375 y 376.

31 Consideran esa introducción necesaria, por ejemplo, MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., «Comentario al art. 181», *op. cit.* Para otros autores, por el contrario, la reforma era superflua. Tal es el caso de CANCIO MELIÁ, que afirmaba que «la adición parece innecesaria, puesto que podía encuadrarse perfectamente en la hipótesis de la «privación de sentido» —sin perjuicio que el uso de la sustancia pueda dar lugar a la calificación como delito de lesiones—, y probablemente responda a la aparición en los medios de comunicación de supuestos de estas características, vinculados al uso de determinadas drogas de síntesis, a la que el legislador ha querido responder ágilmente mediante esta tipificación accionista». Véase CANCIO MELIÁ, M.: «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual», en *La Ley Penal*, n.º 80, marzo 2011, p. 5.

pasivo de la acción, la realidad es que, en interpretación lógica de la norma, esa idea de lo *absoluto* o *total* en el estado anímico de la agraviada no es realmente aceptable, pues basta la existencia de una disminución psíquica que la haga realmente inerte a los requerimientos sexuales ajenos, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios tanto en el saber como en el querer». Idéntico posicionamiento mantiene la STS 267/1994, de 15 de febrero, al argumentar que «la correcta interpretación del término privación de sentido, exige contemplar también aquellos supuestos en los que la pérdida de conciencia no es total pero afecta de manera intensa a la capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas que pretenden aprovecharse de su debilidad». Años después, la STS 680/2008, de 22 de octubre, reconocía la existencia de una corriente jurisprudencial que consideraba subsumible en el art. 181.2 CP<sup>32</sup> «el caso en el que la víctima se encuentra en una situación de pérdida de la capacidad para autodeterminarse en la esfera sexual, por padecer una situación de profunda alteración de las facultades perceptivas, que no le permite acomodar su actuación conforme al conocimiento de la realidad de los hechos, cabiendo encuadrar en tal situación a personas desmayadas, anestesiadas o narcotizadas, o, en suma, sometidas a los efectos de una droga o del alcohol, aún no exigiéndose una pérdida total de conciencia, bastando con que el sujeto tenga anulados de forma suficiente sus frenos inhibitorios, resultando no estar en situación de oponerse al acceso sexual, o no expresar una resistencia clara y precisa al mismo»<sup>33</sup>.

Y, poco antes de la reforma, la STS 833/2009, de 28 de julio, afirmaba que la privación de sentido «no es un proceso de ausencia total de conciencia, sino de pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas, en grado de intensidad suficiente para desconocer o desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañen a los impulsos sexuales trascendentes»<sup>34</sup>.

### 3.2. La sumisión química como agresión sexual

Un sector ciertamente minoritario aceptaba que los comportamientos sexuales tras la privación de sentido autoprovocada por la víctima o por un tercero fueran constitutivas de un delito de abusos sexuales, pero mantenía que los supuestos de sumisión química debían conceptuarse como agresiones sexuales, desde el entendimiento de que esa forma de anular la voluntad constituía un tipo de violencia.

---

32 Citando como ejemplos la STS 2864/1997, de 1 de junio de 1998 y el ATS 1709/2000, de 21 de junio.

33 STS 680/2008, de 22 de octubre, F. J. 4.

34 STS 833/2009, de 28 de julio, F. J. 3.

En ese sentido se pronunciaba, por ejemplo, LAMARCA PÉREZ, afirmando que la utilización de la expresión «hallarse» en la redacción típica de los abusos («personas que se hallen privadas de sentido»), sugería que esa privación debía tener su origen en causas naturales o en la actuación de la propia víctima o de un tercero. De acuerdo con esa interpretación, quedaban excluidos de los abusos, debiendo ser reconducidos a las agresiones sexuales violentas, los supuestos en los que era el propio autor del posterior delito sexual quien había causado semejante estado<sup>35</sup>.

A favor de esa equiparación entre la sumisión química y la violencia física operaba, además, tanto la progresiva ampliación que se había llevado a cabo en el ámbito de las coacciones en el concepto de violencia y en su bien jurídico protegido, como la práctica jurisprudencial que castigaba como robo con violencia en las personas aquel en el que se habían utilizado narcóticos para llevar a cabo el apoderamiento.

En efecto, el concepto de violencia en el delito de coacciones había sufrido una progresiva ampliación con el paso de los años que supuso, paralelamente, una variación del bien jurídico considerado protegido en este delito. De este modo, se produjo el abandono de un concepto restringido de violencia, que limitaba su consideración como tal a la violencia puramente física, en favor, primero, de un concepto «espiritualizado» de la violencia, en la medida en que se daba cabida en él a la intimidación —*vis compulsiva*— y la fuerza en las cosas —*vis in rebus*—, y después un concepto «volatizado»<sup>36</sup> de violencia, al admitirse como tal tanto la *vis in rebus impropia*<sup>37</sup>, como las meras vías de hecho. Ello tuvo como consecuencia la dejación del que inicialmente se entendió como bien jurídico tutelado en las coacciones, esto es, la libertad de ejecutar las decisiones previamente adoptadas, en favor de un concepto más amplio de la libertad<sup>38</sup>.

35 LAMARCA PÉREZ, C.: «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», en *Jueces para la democracia*, n.º 27, 1996, pp. 57 y 58. Crítica con esta postura por entender que la violencia impropia no queda comprendida en el concepto de violencia empleado por el legislador en los delitos sexuales, CARUSO FONTÁN, V.: *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 323 y 324.

36 En este sentido, ya MIRA BENAVENT, J.: «El concepto de violencia en el delito de coacciones», *op. cit.*, pp. 165 y ss.

37 Entre los críticos con semejante asimilación, por todos, PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: «Leción 10.º Amenazas y coacciones», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), *Derecho Penal Español, Parte Especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 310.

38 De acuerdo con la clásica distinción operada por BINDING, existen tres momentos diferenciados en la voluntad humana. El primero es la capacidad de voluntad, la posibilidad del sujeto de autodeterminarse, que se vería lesionada cuando se anula o se limita la conciencia del sujeto. La segunda es la libertad de decisión, que se afectaría cuando se interfiere en ese proceso de deliberación. El tercero sería la capacidad de actuación como facultad de ejecutar lo que se ha decidido, y que se lesionaría con la injerencia en la acción externa.

En esa progresiva ampliación han influido diversos factores, pero uno de ellos lo constituyó, justamente, en lo que se puede considerar la primera fase, la aparición, o más bien, la generalización, del uso de narcóticos, y su incorporación en la dinámica delictiva. Precisamente, de los efectos que el uso de narcóticos produjo en la concepción del delito de coacciones advertía ya MIR PUIG, calificándolo como un reflejo más del advenimiento de «nuevas formas, cada vez más refinadas, de negar la libertad ajena»<sup>39</sup>.

En efecto, como es sabido, en un primer momento se mantuvo que en las coacciones se castigaba únicamente la *vis corporis afflictata*, esto es, un acometimiento corporal sobre una persona, que le impedía hacer lo que quería o le compelia a hacer lo que no deseaba. Sin embargo, el desarrollo social motivó la aparición de nuevas formas de negar la libertad, como la utilización de narcóticos, que permitían conseguir con menor esfuerzo los mismos resultados sin recurrir al empleo de esa fuerza material<sup>40</sup>. Se sostuvo entonces por un sector doctrinal que mantener un concepto restrictivo de la violencia, limitada a la fuerza física ejercida sobre personas, generaba inadmisibles lagunas de punición, pues ello implicaba dejar fuera del ámbito penal nuevas formas de negar la libertad que podían ser consideradas incluso de mayor gravedad que las que suponían el ejercicio de la fuerza material sobre las personas.

El concepto naturalístico de la violencia fue cediendo posterior y progresivamente en favor de una concepción normativo-social, de modo que lo decisivo pasó a ser que se «violentaba» la voluntad del sujeto en cualquiera de sus fases, aunque no fuera de un modo necesariamente físico.

Si esta concepción se ha ido abriendo paso en la doctrina, siendo ahora minoritaria la posición de quienes defienden un concepto restrictivo como limitado a la violencia física<sup>41</sup>, la *praxis* jurisprudencial siempre se ha mostrado más generosa a la hora de admitir la ampliación de lo que había de entenderse por violencia. De ahí que, tal y como señala SÁNCHEZ TOMÁS, en el ámbito jurisprudencial se ha realizado tradicionalmente una interpretación amplia del término violencia, admitiéndose como tal la narcosis, lo que evidencia que la jurisprudencia entiende protegidas las demás fases del proceso volitivo<sup>42</sup>.

---

39 MIR PUIG, S.: «El delito de coacciones en el Código penal», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. 30, 1977, pp. 274.

40 *Loc. Cit.*

41 Por todos, por ejemplo, PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: «Lección 10.ª Amenazas y coacciones», *op. cit.*, pp. 289-319.

42 SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: «Lección 12.ª Coacciones», en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Derecho penal español. Parte especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 785.



Como vemos, y tal como señalábamos al principio, las posiciones mantenidas por la doctrina en la calificación de la sumisión química como agresión sexual o abuso sexual derivan de la posición que se mantenga respecto a la violencia en otros delitos, y muy en particular respecto al delito de coacciones y su bien jurídico protegido. Un sector considera que la narcosis y demás medios para privar de conciencia al sujeto pasivo no resultan subsumibles en el concepto de violencia<sup>43</sup> esgrimiendo en contra dos razones fundamentales: que no existe el acometimiento físico propio de la violencia y que el producto químico no incide sobre la capacidad de ejecución de una decisión ya formada, sino que afecta a la primera fase del proceso volitivo, esto es, a la formación de la voluntad<sup>44</sup>, proponiéndose su tratamiento como un delito de detenciones ilegales<sup>45</sup>. Sin embargo, otro sector admite esta posibilidad<sup>46</sup> desde el entendimiento de que esa primera fase del proceso de la voluntad, la capacidad de voluntad, también está protegida en el delito de coacciones, y que, consecuentemente, la violencia no ha de ser necesariamente física. En definitiva, se discute todavía hoy qué es lo que ha de prevalecer: si el desvalor de resultado, como privación de la libertad, o el desvalor de acción, como modo de evitar esa libertad<sup>47</sup>, trasladándose a este ámbito particular las mismas posiciones que se mantienen en torno a la violencia en las coacciones<sup>48</sup>. Según qué se considere lo más relevante, se mantendrá una postura favora-

---

43 Radicalmente contrario, por ejemplo, MIRA BENAVENT, que rechaza su calificación como violencia por actuar en esa primera capacidad de voluntad del sujeto. Véase MIRA BENAVENT, J.: «El concepto de violencia en el delito de coacciones», *op. cit.*, p. 181. En este sentido, afirma CANCIO MELIÁ que «no se alcanza a ver cómo podría afirmarse, sin vulnerar el principio de legalidad, que aquí concurre violencia o intimidación». Véase CANCIO MELIÁ, M.: «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual», *op. cit.*, nota 15.

44 Por todos, MIRA BENAVENT, J.: «El concepto de violencia en el delito de coacciones», *op. cit.*, p. 181.

45 Por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, Parte especial*, 23.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 163. También propone esta solución CARUSO FONTÁN, V.: «El acoso inmobiliario como agravante del delito de coacciones y su posible incidencia en el concepto de violencia», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 25, 2011, p. 9. Lo mismo propuso ya MIRA BENAVENT, J.: «El concepto de violencia en el delito de coacciones», *op. cit.*, p. 181.

46 MUÑOZ CONDE, tras rechazar la *vis in rebus* como violencia, afirma que «menos dudosa es la inclusión de los casos en los que se priva de voluntad a un sujeto con el empleo de narcóticos porque, aunque no se emplee materialmente la violencia, el efecto, la anulación de la voluntad, es el mismo». Véase MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, Parte especial*, *op. cit.*, pp. 162 y 163.

47 Así, MIRA BENAVENT afirma que «el desvalor del resultado (lesión de la libertad de obrar) ha de venir determinado por un desvalor típico de acción encarnado en una conducta subsumible en el concepto de violencia». Véase MIRA BENAVENT, J.: «El concepto de violencia en el delito de coacciones», *op. cit.*, p. 180.

48 Respecto a las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales antes y ahora, véase SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: «Lección 12.ª Coacciones», *op. cit.*, pp. 789 y ss.

ble o contraria a admitir la utilización de narcóticos y otras sustancias como una forma de violencia<sup>49</sup>.

En cualquier caso, cabe recordar que frente al debate doctrinal, la interpretación generosa de la jurisprudencia acerca de lo que debía ser calificado de violento en las coacciones se extendió también al concepto de violencia en el robo. De este modo, en los delitos patrimoniales, la jurisprudencia ha venido considerando la sumisión química como equivalente a la violencia, convirtiendo en delito de robo con violencia en las personas la sustracción así llevada a cabo, mientras que los supuestos de vulnerabilidad química son tratados como casos de hurto.

Se considera que fue la STS 20782/1992, de 16 de noviembre, la que inició la línea jurisprudencial<sup>50</sup> que, en el ámbito de los delitos patrimoniales, calificaba de violencia el uso de fármacos para llevar a cabo una sustracción<sup>51</sup>. En ella, tras reconocerse que «es obvio que los medios pueden ser variadísimos, sujetar con las manos, encerrarle, atar con cuerdas, amordazar, golpear, herir, atontar, arrojar piedras o incluso líquidos o áridos al rostro o los ojos, el tirón para arrebatarle los objetos, etc.», se afirma que «el uso de un narcótico es sin duda alguna una acción material ejercida directamente sobre el cuerpo del paciente para privarle del uso de sus facultades físicas y psíquicas a la vez, de consciencia y voluntad y de movimientos», subrayándose el carácter puramente accidental de la utilización de un medio químico (narcótico, gas) en vez de mecánico, pues «el fin perseguido y el resultado alcanzado son los mismos, anular tanto su defensa como su huida y su petición de socorro, toda acción renuente de la víctima a ser despojado». Finalmente, se sostiene que «el propinar un narcótico que la inmoviliza (tanto o más que si se le atara) y ejercer efectos en todo su organismo, más o menos graves según dosis, edad, contraindicaciones, etc., es una agresión lesiva no inferior al forcejeo, ligaduras, empujones, etc. Y, por supuesto, se le suministra notoriamente

---

49 MUÑOZ CONDE sostiene que «el empleo de fármacos, drogas o de una sustancia natural o química para anular a la voluntad de la víctima es más parecido a una agresión que a un abuso». Véase 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 *Revista Criminalia*, vol. 86, n.º 1, 2020, p. 231.

50 En este sentido, por ejemplo, BARRUTIA SOLIVERDI, B.: «Estudio de la sumisión química», *op. cit.*, p. 3.

51 Esta sentencia se resolvía el recurso de casación, negándola, contra una condena por robo con violencia a quien, siendo contratada en calidad de empleada del hogar, suministraba a los empleadores benzodiazepinas para sustraer objetos de valor, fundamentalmente joyas. Se distinguía en esta sentencia intimidación y violencia, afirmándose que el robo violento ataca dos bienes jurídicos: además de la propiedad, la libertad de la persona y que «la intimidación supone una imposición coactiva, amenaza de un mal, para vencer la resistencia del paciente, mientras que la violencia supone acción directa corpórea, *vis physica in corpore* del sujeto pasivo que se ve así impedido de poder ejercer su reacción natural».

contra su voluntad, traicioneramente. Así no se ve razón alguna por equiparar tal procedimiento a la sustracción clandestina, hábil incluso a veces, nunca violenta del ratero o descuidero, en el hurto. Y sí la hay para incluirla entre las formas de violencia».

Con esta sentencia, como decimos, se inicia una línea mantenida desde entonces<sup>52</sup>, que equipara el uso de una sustancia narcótica que provoque una privación total o parcial del conocimiento con la violencia en el ámbito de los delitos patrimoniales.

#### **4. El fin de la discusión: la sumisión química como abuso sexual tras la reforma de 2010**

La regulación de la sumisión química en el ámbito de los delitos sexuales tuvo lugar a través de una enmienda del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso<sup>53</sup>, que provocó su introducción en el Código penal a través de la Reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio. No obstante, de manera sorprendente, lo que se introdujo finalmente resultó sustancialmente distinto de lo que se pretendió en un principio<sup>54</sup>.

Así, lo que inicialmente ambicionaba la enmienda era introducir la sumisión química como un tipo cualificado, siguiendo así la línea de la Resolución 53/7 de la Comisión de Estupefacientes de Naciones Unidas, que llamaba «la atención de los Estados hacia la posibilidad de que en su legislación nacional o sus directrices pertinentes se prevean circunstancias agravantes en los casos en que se administren subrepticamente sustancias psicoactivas para cometer una agresión sexual». De este modo, con la justificación de «contemplar un tipo agravado de la pena para aquellos casos en los que existe un dolo específico en la comisión delictiva del abuso sexual», el propósito

---

52 Prueba de ello es la argumentación mantenida por la STS 1332/2004, de 11 de noviembre, F. J. 3, donde se afirma lo siguiente: «En éste nos hallamos ante un caso de obnubilación o disminución importante de las facultades mentales, pero sin pérdida plena: conservó las necesarias para poder firmar los citados documentos de disposición de su cuenta. Estimamos que, pese a estas diferencias, cabe aplicar aquí la misma doctrina jurisprudencial antes referida, pues quien se halla inhabilitado para darse cuenta del alcance de sus actos, como ocurrió en el caso presente, es un caso equiparable al de la privación total del conocimiento. Aquí se encontraba violentado el sujeto pasivo por el deliberado suministro de una sustancia narcótica. La equiparación de tal conducta con la de la del uso de violencia física es aplicable a los hechos aquí examinados. Hubo, pues, delito de robo: hubo apoderamiento de cosas muebles ajenas empleando violencia en las personas (art. 237 CP)».

53 BOE: Congreso de los Diputados (IX Legislatura). Serie A Proyectos de Ley 18/03/2010, n.º 52-9, p. 156.

54 Véase SANCHO DE SALAS, M., XIFRÓ COLLAMATA, A., BERTOMEU RUIZ, A. y ARROYO FERNÁNDEZ, A.: «Sumisión química con finalidad sexual: nuevos aspectos legales», en *Revista española de Medicina legal*, 2012, p. 41.

primero de la enmienda fue el de introducir un apartado cuarto en el art. 181 CP para castigar con la misma pena del abuso sexual con acceso carnal y equiparados —es decir, con una de prisión de 4 a 8 años— a quien «para cometer el abuso sexual utilizara fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química que anule o disminuya la voluntad de la víctima»<sup>55</sup>.

Sin embargo, una vez transaccionada la enmienda<sup>56</sup> el supuesto cualificado no prosperó, y acabó introduciéndose una redacción que, lejos de aumentar la pena, equiparaba el supuesto en el que el posterior autor del delito sexual fuera quien provocaba la situación de indefensión química con aquellos casos en los que la vulnerabilidad se la encontraba el autor ya dada, bien porque la propia víctima hubiera consumido esas sustancias conscientemente, bien porque se las hubiera suministrado de manera subrepticia un tercero que no estaba en connivencia con el autor. Se valoraban de manera idéntica, pues, los casos de sumisión química y los de vulnerabilidad química, otorgándose a la sumisión química la calificación jurídica más benévola de todas las posibles<sup>57</sup>.

En cualquier caso, la nueva regulación ponía punto final a la discusión existente acerca de cómo debían ser calificados los supuestos de sumisión química proporcionando así, con mayor o menor justicia, al menos cierta seguridad jurídica<sup>58</sup>. Aunque, como hemos visto, con la regulación de este nuevo supuesto se daba cobertura legal a las situaciones en las que no existía una pérdida de consciencia, ni siquiera parcial, siendo reconducibles los supuestos de pérdida de consciencia a la privación de sentido tradicionalmente prevista en el Código penal, en la práctica se acabó entendiendo que todos los supuestos de anulación total o parcial de la voluntad de la víctima con o sin pérdida de consciencia eran subsumibles en este nuevo inciso, mientras que los casos de autoconsumo o de provocación de la situación de vulnerabilidad por un tercero que no tuviera conexión con el autor de la posterior conducta sexual resultaban reconducibles a la privación de sentido más tradicional.

Con independencia de estas consideraciones, conviene destacar que, a pesar de que en el año 2010 el legislador sitúa la sumisión química como una

---

55 Enmienda nº 350, en BOE: Congreso de los Diputados (IX Legislatura). Serie A Proyectos de Ley 18/03/2010, n.º 52-9 p. 156.

56 Véase el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 522, de 21/04/2010, p. 31, donde se afirma: «La enmienda 350 se ha transaccionado y por tanto se contempla un tipo agravado de la pena para aquellos casos tan habituales últimamente que para cometer el abuso sexual utilizan fármacos, drogas que anulen o disminuyan la voluntad de la víctima. Por tanto, aceptamos la transacción y retiramos la enmienda».

57 Así lo afirmaba CUGAT MAURI, M.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA, J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 226.

58 Valora esta seguridad jurídica positivamente, por ejemplo, CARUSO FONTÁN, V.: La utilización de psicóticos y narcóticos como medio comisivo del delito de robo con violencia o intimidación», en *Diario La Ley*, n.º 8061, Sección Doctrina, 12 de abril de 2013, p. 8.

modalidad de abuso sexual, lo cierto es que esta toma de postura se lleva a cabo al mismo tiempo en que se produce otro cambio en el Código penal que, al menos aparentemente, tiene un sentido contrario<sup>59</sup>. En efecto, por LO 5/2010 también se reforma el delito de coacciones, introduciendo el legislador dos nuevos preceptos —el tercer párrafo del 172.1 CP y el contenido en el art. 173 CP— para hacer frente al llamado «acoso inmobiliario»<sup>60</sup>. Esta regulación venía a castigar por la vía penal las conductas de quienes, con el objetivo de causar molestias a los legítimos moradores para que abandonaran sus viviendas y permitieran con ello la especulación urbanística, cortaban el suministro eléctrico o de agua, generaban insoportables ruidos, o llenaban de basura los portales, conductas todas ellas lejanas a la violencia. Por ello, parece que el legislador, de un lado, restringe en los delitos sexuales el ámbito de la violencia, y con esa regulación del «acoso inmobiliario» extiende ese concepto de violencia en el ámbito en las coacciones.

## **5. La sumisión química tras la reforma de la Ley del *Solo sí es sí***

### **5.1. El incremento de las voces doctrinales en contra de la sumisión como abuso sexual**

Durante la vigencia del ahora antiguo art. 181.2 CP, que equiparaba desde 2010 —en contra de lo que el legislador quiso originariamente, como vimos— los abusos cometidos sobre personas que se hallen privadas de sentido con la sumisión química, fue ganando adeptos la opinión contraria a esa equiparación y favorable a que los delitos sexuales cometidos a través de la sumisión química recibieran una pena mayor que los delitos sexuales cometidos aprovechando la vulnerabilidad de la víctima.

No obstante, en la doctrina penal española no ha existido una opinión unánime acerca de la forma que ha de revestir esta mayor respuesta, pues ninguna de las opciones teóricamente posibles para tener en cuenta ese mayor desvalor de la sumisión llevaba a resultados adecuados. De ahí que CARUSO

---

59 Así lo afirmaba ya CARUSO FONTÁN. Esta autora considera que la modificación introducida en el art. 181 CP expresaba una voluntad clara del legislador de excluir los supuestos denominados como «violencia impropia» del concepto de violencia, a la vez que afirmaba que dicha solución debía ser trasladada al ámbito de los delitos contra la libertad a la hora de interpretar el art. 172 CP. Véase CARUSO FONTÁN, V.: «El acoso inmobiliario como agravante del delito de coacciones y su posible incidencia en el concepto de violencia», *op. cit.*, p. 9.

60 Al respecto, véase CARUSO FONTÁN, V.: «La protección penal del legítimo disfrute de la vivienda. ámbito de aplicación de las nuevas figuras delictivas», en *Revista de Derecho y proceso penal*, n.º 29, 2012, pp. 130-153.

FONTÁN afirma que el fenómeno de la sumisión química constituye una situación no resuelta «que ha llevado al intérprete a ensayar distintas opciones, todas ellas poco satisfactorias»<sup>61</sup>.

Así, la opción de tener en cuenta el mayor contenido de lo injusto de la sumisión mediante la aplicación de un concurso medial entre el delito sexual y un delito de detenciones ilegales, de coacciones, o incluso de lesiones<sup>62</sup>, planteaba diversos problemas.

En primer lugar, como en los abusos sexuales se había previsto expresamente la anulación de la voluntad a través del suministro de sustancias como modalidad comisiva, resultaba dudosa la posibilidad de aplicar un concurso de delitos con unas lesiones, o unas detenciones ilegales o unas coacciones, porque esas respectivas afectaciones de la salud, de la libertad ambulatoria o de la libertad de actuación se consideraban inherentes a esa modalidad delictiva<sup>63</sup>.

Por otro lado, de los tres delitos con los que era posible apreciar el concurso, el más idóneo resultaba el de detenciones ilegales, pues ni era pacífica la cuestión de que fueran reconducibles a las coacciones las afectaciones de una voluntad ni siquiera formada, ni tampoco parece que en el delito de lesiones estuviera representado adecuadamente el menoscabo del proceso de formación de voluntad que se producía en la sumisión.

Ahora bien, si el concurso medial con un delito de detenciones ilegales era la solución propuesta en el ámbito de los delitos sexuales, el mismo planteamiento debía ser extrapolable a otros delitos cometidos por medio del suministro de narcóticos u otras sustancias similares. Sin embargo, en otros tipos penales castigados con penas bajas, este concurso no siempre conducía a un resultado satisfactorio desde el punto de vista penológico. Así, tal y como señalaba CARUSO FONTÁN para los delitos patrimoniales, aplicar un concurso medial entre el hurto y las detenciones ilegales llevaba a la imposición de una pena exagerada<sup>64</sup>.

---

61 Véase CARUSO FONTÁN, V.: «La utilización de psicóticos y narcóticos como medio comisivo del delito de robo con violencia o intimidación», *op. cit.*, p. 12. La autora propone de *lege ferenda* como solución, no exenta de pegas, como ella misma pone de manifiesto, una reforma de las coacciones para incluir el suministro de sustancias narcóticas como un tipo atenuado.

62 Por ejemplo, CANCIO MELIÁ, sin perjuicio que el uso de la sustancia pueda dar lugar a la calificación como delito de lesiones Véase CANCIO MELIÁ, M.: «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual», *op. cit.*, p. 5.

63 Véase AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. y PANYELLA CARBÓ, M. N.: «Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas», *op. cit.*, p. 566.

64 CARUSO FONTÁN, V.: «La utilización de psicóticos y narcóticos como medio comisivo del delito de robo con violencia o intimidación», *op. cit.*, p. 12. Las afirmaciones de la Profa. CARUSO resultan todavía más válidas tras la reforma que en el año 2015 se ha llevado a cabo en el concurso medial, en un sentido agravatorio.

Ante estas dificultades, algunos autores se han conformado con tener en cuenta esta mayor gravedad de la sumisión en la graduación de la pena del abuso sexual sin cambiar la calificación jurídica de la conducta<sup>65</sup>.

No obstante, frente a esta opinión minoritaria, un sector doctrinal cada vez más numeroso se mostraba partidario de trasladar la sumisión química a las agresiones sexuales, desde el entendimiento de que la sumisión era una forma de violencia<sup>66</sup>.

Esta opinión no fue sino una consecuencia de la progresiva ampliación del concepto de violencia. Como hemos indicado, en el ámbito de las coacciones se había producido primero una *espiritualización* y después una *volatilización* del concepto de violencia, y en los delitos patrimoniales la jurisprudencia consideraba que el empleo de narcóticos permitía transmutar el hurto en un robo con violencia. No entendía este sector doctrinal, pues, por qué no iban a trasladarse las mismas consideraciones a un delito con un bien jurídico más importante, como es la libertad e indemnidad sexuales.

Por este motivo, y existiendo una regulación que distinguía en primer lugar agresión y abuso, fue ganando adeptos la opinión de que la sumisión química debía equiparse a la violencia física y ser tratado como una agresión, puesto que se entendía, utilizando la expresión de LASCURAÍN SÁNCHEZ, que el «porrazo» químico era equivalente al «porrazo» físico<sup>67</sup>.

---

65 Por todos, MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, que afirman que «el dato de que sea el mismo sujeto activo quien coloca a la víctima en esa situación, provocándola dolosamente, acaso añadirá gravedad material al abuso, pero esta circunstancia podía igualmente haberse considerado como un factor de individualización de la pena, —agravándola— de los casos antes referidas». Véase MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., «Comentario al art. 181», *op. cit.*

66 Por ejemplo, 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"», *op. cit.*, p. 231; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «Las huellas de "La Manada"», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 77, 2018, p. 19; SANCHO DE SALAS, M., XIFRÓ COLLAMATA, A., BERTOMEU RUIZ, A. y ARROYO FERNÁNDEZ, A.: «Sumisión química con finalidad sexual: nuevos aspectos legales», *op. cit.*, pp. 41-42; AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. y PANYELLA CARBÓ, M. N.: «Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas», *op. cit.*, pp. 567 y ss. y 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», *op. cit.*, p. 681.

67 Afirma LASCURAÍN SÁNCHEZ que «respecto a la libertad sexual no parece que haya diferencia entre darle un porrazo en la cabeza a la víctima para hacerle perder el conocimiento para así manipularla sexualmente y que el porrazo sea un porrazo químico sobre su cerebro». Véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «¿Qué es una violación?», en *Almacén de Derecho*, 25 de agosto de 2018, disponible en <https://almacenederecho.org/que-es-una-violacion> (última visita 5/12/2022). En idéntico sentido, también afirma: «Si lo que diferencia la agresión del abuso es la utilización de violencia para salvar la ausencia de consentimiento de la víctima, o intimidación para obtenerlo —si es que a la anuencia así obtenida se le puede seguir llamando consentimiento—, la «anulación» de la voluntad de la víctima operando directamente sobre su cuerpo debe ser considerada como una modalidad de violencia.

Esta posición no está exenta de controversia, ya que supone una extensión del concepto de violencia más allá de la violencia física que resulta cuestionable. No pretendemos aquí profundizar en el concepto de violencia en el ámbito penal, sino que nos limitamos a exponer la regulación de la sumisión química en los delitos sexuales. Por ello, basta señalar que la reforma de los delitos sexuales fue vista positivamente por este sector doctrinal, que consideraba que con ella se presentaba la ocasión de reparar una situación injusta: la colocación de la sumisión química al mismo nivel que la vulnerabilidad química en los abusos sexuales<sup>68</sup>. No obstante, y aunque, como veremos a continuación, la Reforma de 2022 ha colocado la sumisión y la vulnerabilidad en escalones valorativos distintos, no ha resultado como este sector doctrinal esperaba, pues la equiparación entre sumisión química y violencia no ha tenido lugar.

## 5.2. La nueva regulación operada por LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual

Tras la reciente reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, en la regulación de los delitos sexuales se contienen dos referencias expresas a los supuestos en los que la víctima no puede consentir válidamente por hallarse bajo los efectos de sustancias químicas.

Por un lado, el art. 178.2 CP ha venido a establecer calificar como agresión sexual todo acto de contenido sexual que se realice «cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad». Por otro, el art. 180.1 CP, recoge, en su nueva redacción, los supuestos agravados de agresión sexual<sup>69</sup>, y entre ellos, de acuerdo con la circunstancia 7.<sup>a</sup>, «cuando para la comisión de

---

Respecto a libertad sexual y al modo de negarla no parece que haya diferencia esencial entre darle un porrazo en la cabeza a la víctima para hacerle perder el conocimiento para así manipularla sexualmente y que el porrazo sea un porrazo químico sobre su cerebro». Véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «Las huellas de "La Manada"», *op. cit.*, p. 19.

68 Por ejemplo, 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"», *op. cit.*, p. 231; Véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «Las huellas de "La Manada"», *op. cit.*, p. 18, SANCHO DE SALAS, M. *et Al.*: «Sumisión química con finalidad sexual: nuevos aspectos legales», *op. cit.* p. 41; AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. y PANYELLA CARBÓ, M. N.: «Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas», *op. cit.*, pp. 568 y ss. y 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», *op. cit.*, p. 681.

69 Art. 180 CP: 1. Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a quince años para las del artículo



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». De este modo, como vemos, la vulnerabilidad química se configura como un supuesto de agresión sexual, mientras que la sumisión química constituye una modalidad agravada de agresión sexual.

La cualificación de la sumisión química permite elevar las penas de las agresiones sin y con acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal, reguladas en los arts. 178.1 y 179 CP, respectivamente. Así, de acuerdo con el art. 180.1 CP, la agresión sin acceso carnal ni equiparados, castigada en el tipo básico del art. 178.1 CP con pena de 1 a 4 años de prisión, pasa a castigarse con una pena de 2 a 8 años de prisión, mientras que las agresiones con acceso carnal y equiparados, previstas en el art. 179 CP, pasan, en los tipos cualificados del art. 180.1 CP, a un marco penal que va desde los 7 años hasta los 15 de prisión. El legislador, para evitar posibles *bis in idem*, ha establecido como cláusula general que estas circunstancias operarán como agravantes «salvo que las mismas hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179», y a pesar de que por su ubicación se configura como una cláusula, en principio, aplicable a cualquiera de las agravantes después enumeradas, lo cierto es que en el supuesto de la sumisión química no parece que tenga aplicación posible.

---

179 cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias, salvo que las mismas hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179:

- 1.<sup>ª</sup> Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
  - 2.<sup>ª</sup> Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
  - 3.<sup>ª</sup> Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181.
  - 4.<sup>ª</sup> Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.
  - 5.<sup>ª</sup> 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.
  - 6.<sup>ª</sup> Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.
  - 7.<sup>ª</sup> Cuando 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.
2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas respectivamente previstas en el apartado 1 de este artículo se impondrán en su mitad superior.
  3. En todos los casos previstos en este capítulo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

En cualquier caso, siempre que la sumisión química concorra con alguna de las demás agravantes reguladas en el art. 180.1 CP, será posible, tal y como establece el párrafo segundo del art. 180, aplicar las penas del art. 180.1 CP en su mitad superior.

Por último, en el apartado tercero del art. 180 CP, se prevé la imposición de una pena de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años para cuando el autor «se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público».

Entre las agravantes reguladas en el art. 180.1 CP, merece especial atención la inclusión de la referencia a la «violencia de extrema gravedad», que se introduce, además, unificando esa violencia con la que antes era la agravante primera del anterior art. 180 CP. De este modo, en el actual art. 180.1. 2.<sup>a</sup> CP se contempla la circunstancia agravante de que «la agresión sexual vaya precedida o acompañada de violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio», lo que merece especial atención para nuestro estudio.

La incorporación de esta violencia de extrema gravedad como un supuesto agravado vino determinada por las exigencias del Convenio de Estambul. En efecto, en su art. 46 se insta a las partes a adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para una serie de circunstancias puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes<sup>70</sup> y entre ellas, en su letra f, se hace referencia a «que el delito haya sido precedido o se haya acompañado de una violencia de extrema gravedad». De este modo, es esta agravante la que, con idéntica redacción, se ha incorporado como agravante 7.º en el nuevo art. 180.1 CP.

Parece, pues, que en lo que respecta a este punto concreto, la Reforma de 2020 ha seguido la estela del modelo italiano, ya que el Código penal de este país castiga en el art. 609 bis una serie de conductas que califica como violencia sexual con una pena de prisión de 5 a 10 años, y en el art. 609 ter CP contempla, entre otras agravantes,<sup>71</sup> dos que aquí interesan: que «en los

---

70 En la Proposición de Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la erradicación de las violencias sexuales, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, se incluía la sumisión química como agravante, pero no se hacía referencia a esa gravedad extrema que apareció en el texto del Anteproyecto.

71 Se castigan con pena de prisión de seis a doce años cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: que los hechos se cometan sobre persona que no ha cumplido aún los catorce años o dieciséis, que el autor fuera ascendiente o progenitor por naturaleza o adopción o tutor de la víctima; que en los hechos se utilicen armas, bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes, narcóticas o bien medios o instrumentos hábiles para causar daño a la víctima; que el autor simulare ser autoridad o funcionario público; que la víctima se encuentre en situación de privación de libertad; que se realice el hecho en el interior o las inmediaciones del centro de educación o instrucción que frecuente la víctima; que se realicen sobre una víctima que se halle embarazada; que el autor sea o

hechos se utilicen armas, bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes, narcóticas o bien medios o instrumentos hábiles para causar daño a la víctima» y que «se emplee violencia grave en el hecho».

Con independencia de estas consideraciones, parece claro que esa violencia nueva de los delitos sexuales calificada de «extrema» hace referencia a una violencia de entidad muy superior a la que hasta la reforma se requería para el delito de agresión sexual. De la violencia propia de los delitos sexuales antes de la Reforma de 2022 —es decir, la necesaria para hablar de un delito de agresión sexual de acuerdo con la terminología anterior— se afirmaba de manera unánime que no tenía que ser irresistible. Bastaba que revistiera una cierta entidad objetiva, considerándose que esa entidad se alcanzaba cuando fuera suficiente para lograr en el caso concreto el resultado deseado<sup>72</sup>.

### 5.3. Las equiparaciones penológicas en la nueva regulación

Como es sabido, uno de los puntos estrella de la Reforma de los delitos sexuales ha sido la utilización del término «agresión sexual» para calificar todo atentado que se diera en este ámbito. El término «abuso» se consideraba «un lastre»<sup>73</sup> desde el punto de vista comunicativo y, por tanto, debía ser suprimido.

De este modo, una de las cuestiones en las que se ha insistido con más ahínco por los que veían los peligros reales de una reforma unidenominadora de los delitos sexuales ha sido la indiferencia valorativa en los medios comisivos en la que se incurría. Si el rechazo populista al término «abuso sexual» llevaba a renombrarlo todo como «agresión sexual», dentro de esa indiferenciación nominativa resultaba imprescindible tener en cuenta en todo caso la

---

haya sido el cónyuge o pareja de la víctima, aún sin relación de convivencia; que el autor haya cometido el hecho como parte de una organización dedicada a este tipo de actividades; y que se emplee violencia grave en el hecho o, que a causa de la reiteración de la conducta, la víctima haya sufrido un perjuicio grave. Véase VALLEJO TORRES, C.: «Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar hacia dentro», en *La Ley Penal*, n.º 133, julio-agosto 2018, pp. 6-10, donde se expone la regulación de los delitos sexuales en el Derecho comparado. Una visión de la regulación de este fenómeno en los países de nuestro entorno también en SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N.: «El concepto de violencia y el problema de la «sumisión química» en los delitos sexuales (a propósito de la discusión en España)», en *REEPS 5 Especial* (2019), p. 4-6.

72 Sin embargo, esa objetividad debe ser matizada en relación a las condiciones concretas de la víctima, bastando simplemente la acreditación del doblegamiento de la víctima por la superior posición y dominio del actor, lo que supone valorar la vía física con criterios más relativos y circunstanciales alejados de la nota de la irresistibilidad.

73 LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve», *op. cit.*, disponible en <https://almacenederecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>, (última visita: 7/12/2022).

violencia o intimidación como un supuesto distinto y más grave que aquel delito sexual en el que la violencia o intimidación no se daban, en la medida en que ésa era la forma más grave de ataque a todo bien jurídico protegido y, por tanto, también a la libertad sexual<sup>74</sup>. Resultaba, pues, necesario incluirlo como supuesto agravado.

Diversas voces se alzaron en contra de la indiferenciación propuesta en el Anteproyecto<sup>75</sup>. En esta línea se manifestó de manera especialmente rotunda el Profesor GIMBERNAT ORDEIG, a través de un artículo publicado en prensa<sup>76</sup> que generó un interesantísimo debate científico, pues a este artículo contestaron los Profesores RAMÓN RIBAS y FARALDO CABANA<sup>77</sup>, manifestándose en contra de introducir la violencia o intimidación como supuesto diferenciado, lo que, a su vez, generó la contrarréplica de GIMBERNAT<sup>78</sup>.

No podemos exponer aquí los términos del debate ni los argumentos de uno y otros, pero sí querríamos hacer referencia a la contestación de RAMÓN y FARALDO. Ambos se pronunciaban en contra de mantener esa agravación de los supuestos violentos o intimidatorios porque, según argumentan, semejante distinción no se realiza en otros delitos, —y citan como ejemplos el homicidio, las lesiones, el aborto, las detenciones ilegales, los delitos contra la integridad moral y los delitos de descubrimiento y revelación de secretos—, pero defienden la posibilidad de llegar a una solución justa mediante la valoración de esa violencia o intimidación por parte del Juez en la individua-

74 LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «Las huellas de “La Manada”», *op. cit.*, p. 19 y ss.

75 Por todos, en el ámbito doctrinal, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve», *op. cit.*, disponible en <https://almacenederecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>, (última visita: 7/12/2022) y Díez RIPOLLÉS, J. L.: «Alegato contra un Derecho penal sexual identitario», *RECPC*, n.º 21-20, 2019, p. 9. También el Consejo General del Poder Judicial advirtió de los peligros que esa indiferenciación acarrearba, afirmando que «sería necesario que se previera una modalidad agravada de agresión sexual cuando concurra un medio comisivo especialmente lesivo (claramente, violencia, amenazas), imponiendo la pena en su mitad superior». Véase la «conclusión sexagesimotercera» del Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, p. 135.

76 GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Sólo sí es sí», publicado en el Diario El Mundo el 25/4/2020, disponible en: <https://www.elmundo.es/opinion/columnistas/2020/04/25/5ea306e721efa0826f8b4656.html>, (última visita, 27/11/2022). Más recientemente, el mismo autor en: «Contra la nueva regulación de los delitos sexuales», publicado en el *Diario ABC* el 29 de septiembre de 2022, disponible en [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1226353](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1226353) (última visita: 27/11/2022).

77 RAMÓN RIBAS, E. y FARALDO CABANA, P.: «Solo sí es sí, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, 2020, pp. 21-42.

78 GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Contrarréplica a una réplica. Otra vez: Sólo sí es sí», publicado en el *Diario El Mundo* el 15/8/2020, disponible en <https://www.elmundo.es/opinion/2020/08/25/5f43b89821efa003388b458e.html>.

lización de la pena<sup>79</sup>. Ambos autores rechazan la diferenciación que tiene en la violencia o intimidación su criterio rector porque consideraban que «esos conceptos se han llenado de contenido sobre la base de una interpretación acerca de cuál es el comportamiento que debe tener una víctima creíble de violación que solo cabe calificar como sexista»<sup>80</sup>.

De acuerdo con este posicionamiento, la nueva regulación no hace mención a la violencia e intimidación como un supuesto agravado, sino que de acuerdo con el art. 178.2 CP «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».

Por lo tanto, como no se ha recogido, en contra de las observaciones realizadas por parte de la doctrina penal, la violencia y la intimidación como supuestos agravados, resulta que el delito sexual con violencia o intimidación queda igualado desde el punto de vista penológico al delito sexual cometido aprovechando la vulnerabilidad química de la víctima.

No obstante, a pesar de que no se ha querido recoger el empleo de violencia o intimidación como factor agravatorio, lo cierto es que, como hemos indicado, en las agravantes que contiene el art. 180.1 CP —y que rigen para las agresiones sexuales con y sin acceso carnal y equiparados—, sí se hace referencia en la nueva regulación a un tipo de violencia, no incluida en la regulación anterior, como es la «violencia de extrema gravedad».

Con independencia de otras consideraciones que sugiere la inclusión de esta agravante, para el tema que nos ocupa resulta relevante el hecho de que no se haya recogido la violencia o intimidación entre los supuestos agravados del art. 180.1 CP, y sí se haya recogido la violencia de extrema gravedad junto a la sumisión química como supuesto también agravado. Ello tiene dos consecuencias inmediatas: la equiparación entre la vulnerabilidad química y la violencia o intimidación, y la equiparación de la sumisión química con la violencia de «extrema gravedad».

---

79 Afirman literalmente lo siguiente: «Ya hemos visto que la utilización de violencia o intimidación fundamenta, desde la perspectiva del contenido de injusto de muchos delitos, la agravación de la pena, pues se produce una doble afección de bienes jurídicos. En muchas figuras, sin embargo, se ha considerado innecesario introducir previsiones análogas. No es ocioso recordar, al respecto, que la individualización de la pena es una fase capaz de traducir, muchas veces con marcos penales muy generosos, el desvalor de las circunstancias personales del delincuente o de otras circunstancias que, como señala el art. 66.1.6.º CP, determinan una mayor o menor gravedad del hecho». Véase RAMÓN RIBAS, E. y FARALDO CABANA, P.: «Solo sí es sí, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat», *op. cit.*, p. 31.

80 *Ibidem*, p. 30.

En efecto, de acuerdo con la clasificación actual, se distingue la agresión sexual sin acceso carnal y supuestos equiparados, castigada en el art. 178.1 CP, y la agresión sexual con acceso carnal y supuestos equiparados, regulada en el art. 179 CP. Resulta indiferente si ese delito se ha cometido utilizando violencia o intimidación o si se ha realizado con una persona privada de sentido, pues lo relevante para aplicar el tipo básico o el cualificado vuelve a ser, como lo era antes del CP de 1995, la intensidad del contacto sexual.

Además, como entre los supuestos agravados del art. 180.1 CP se encuentran, entre otros, la sumisión química (art. 180.1.7.ª CP), y la violencia extrema (art. 180.1.2.ª CP), ambos supuestos son, al menos desde el punto de vista penológico, equiparados con la Reforma. Por este motivo, puede afirmarse que la Ley del *Solo sí es sí* no ha hecho lo que se reclamaba desde hace una década, porque, en contra de lo que se esperaba, no equipara la sumisión química a la violencia, sino que la equipara con la violencia de «extrema gravedad», lo que significa que, con la regulación actual, la agresión sexual perpetrada a través de la sumisión química es más grave que la agresión sexual con una violencia inferior a la de «extrema gravedad», es decir, con una violencia normal, grave e incluso muy grave.

Ello lleva a un resultado equivocado desde un punto de vista valorativo contra el que se pronuncian los propios partidarios de considerar la sumisión química como violencia. De ahí que LASCURAÍN SÁNCHEZ recordara aquello a lo que se limitaba su reivindicación, afirmando que «la violencia química es tan violencia como la física. Es manipulación directa y coactiva del cuerpo del otro. Pero obviamente no más»<sup>81</sup>.

## 5.4. Breve referencia a la contrarreforma del PSOE

A punto de entregar esta publicación para el libro colectivo que el lector tiene en sus manos, el Partido Socialista registra en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley Orgánica para reformar nuevamente la regulación de los delitos sexuales tras la de la Ley del *Solo sí es sí*<sup>82</sup>. Este nuevo texto legal, presentado unilateralmente —sin Unidas Podemos—, viene motivado, como es sabido, por la alarma social generada debido a la oleada de excarcelaciones producidas en los últimos meses por la aplicación retroactiva de los nuevos marcos penales de la Ley del *Solo sí es sí* que se entienden más favorables, lo que explica que su aprobación saliera adelante con los votos del PP y sin los

---

81 LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve», *op. cit.*, disponible en <https://almacenederecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve> (última visita: 7/12/2022)

82 Al respecto puede verse, por todos, QUINTERO OLIVARES, G.: «La contrarreforma de los delitos contra la libertad sexual», disponible en: <https://globalpoliticsandlaw.com/blog/2023/02/06/reforma-ley-solo-si-es-si/> (última visita: 20/3/2023).

de Podemos. Consideramos que la referencia a esta contrarreforma resulta obligatoria, aunque en este caso concreto, referido a la sumisión y a la vulnerabilidad químicas, sea para afirmar que la regulación se mantiene igual.

Como es sabido, la Proposición de Ley Orgánica del PSOE ha considerado conveniente recuperar la tradicional distinción entre delitos sexuales llevados a cabo con violencia e intimidación y sin ella, y lo hace sin abandonar la denominación única de agresión sexual. De este modo, vuelve a distinguirse nuevamente la agresión sexual sin acceso carnal o equiparados con violencia o intimidación, que pasa a castigarse en el apartado tercero del art. 178 CP con pena de prisión de 1 a 5 años, y la agresión sexual con acceso carnal o equiparados y con violencia o intimidación, castigada en el apartado segundo del artículo 179 CP con pena de prisión de 6 a 12 años. Por tanto, volvemos a las diferenciaciones anteriores a la Ley Orgánica de Garantía Integral de Libertad Sexual, si bien ahora en un orden inverso, pues la primera distinción depende del grado de contacto sexual, y solo después se atiende a la forma en la que la libertad sexual se lesiona, distinguiéndose unos subtipos cualificados en caso de empleo de violencia o intimidación.

En lo que aquí interesa, en esos artículos 178.3 CP y 179.2 CP, en los que se recupera la tradicional distinción referida a la violencia o intimidación, se realiza la siguiente comparación: «si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad».

Así, según vemos, se equiparan expresamente la violencia o intimidación y una anulación de la voluntad que, en la medida en que podría ser por cualquier causa, permitiría incluir aquí, al menos en principio, tanto la sumisión como la vulnerabilidad químicas. No obstante, en el art. 180.1 CP permanecen intactas las referencias a la violencia de extrema gravedad de la circunstancia 2.<sup>a</sup> y a la sumisión química de la circunstancia 7.<sup>a</sup> Por ello, hay que descartar que esa anulación de la voluntad homologada con la violencia o intimidación pueda lograrse a través de la sumisión química porque, de darse, resulta obligatorio acudir a los tipos cualificados del art. 180.1 CP. En definitiva, no han cambiado un ápice las equiparaciones que realizaba la Ley del *Solo sí es sí* a este respecto y siguen siendo equivalentes —otra vez al menos desde un punto de vista penológico— sumisión química y violencia de extrema gravedad, y vulnerabilidad química y violencia *de gravedad no extrema*.

## **5.5. Recapitulación de las consecuencias del nuevo tratamiento de la sumisión y la vulnerabilidad químicas**

En la Ley del *Solo sí es sí* un sector doctrinal vio la oportunidad ansiada para cambiar una regulación que equiparaba injustamente la vulnerabilidad y la sumisión químicas. Frente a otras soluciones doctrinales minoritarias,

y ante una regulación que obligaba a elegir entre abuso y agresión, fueron en aumento las voces que reclamaban que la sumisión química saliera del ámbito de los abusos sexuales y se incorporara a las agresiones sexuales. Ello se consideraba, además, acorde con una interpretación teleológica según la cual la sumisión química no es sino una forma de violencia.

Sin embargo, en la Reforma de 2022 el legislador ha ido más allá de lo que este sector doctrinal pedía y ha convertido la sumisión química en un supuesto que cualifica las agresiones sexuales con y sin acceso carnal y equiparados, regulados, respectivamente, en los arts. 179 y 178.1 CP. Entre esas agravantes se incorpora una nueva, la «violencia de extrema gravedad», con la que la sumisión química comparte marco penal. Por lo tanto, no es que con la Ley del *Solo sí es sí* se recoja la antigua reivindicación que pretendía equiparar el «porrazo» químico al físico, sino que se considera esa sumisión química de una gravedad superior.

Con independencia de la postura que se mantenga en general acerca del concepto de violencia y, en particular, sobre si ha de considerarse o no englobada en ella la sumisión química, lo cierto es que merece una valoración positiva, en términos de proporcionalidad y de seguridad jurídica, el hecho de que se otorgue un tratamiento diferenciado y más grave a la sumisión química frente a aquella situación en la que autor aprovecha una situación de vulnerabilidad química que se encuentra. Precisamente, de acuerdo con esta opinión, el Informe del Consejo General del Poder Judicial consideraba favorablemente la redacción proyectada, pues «recoge el mayor desvalor de este tipo de conductas y que como se había puesto de manifiesto por la doctrina constituyen una forma de violencia en la comisión del delito, que hubiera debido llevarse al ámbito de las agresiones sexuales en la configuración vigente»<sup>83</sup>.

Sin embargo, como hemos visto, el legislador no solo ha incluido la «violencia de extrema gravedad» como nuevo tipo agravado, sino que ha obviado intencionadamente la violencia o intimidación en las modalidades agravadas por considerar ese criterio heredero de una ideología sexista. Precisamente, la inclusión de la violencia extrema y la omisión de la violencia como supuestos cualificados los que dan lugar a una regulación contraria al principio de proporcionalidad, pues en ella resultan igualadas sumisión química y violencia extrema, por un lado, y vulnerabilidad química y violencia no extrema, por otro, lo que lleva irremediablemente a unas equiparaciones penológicas contrarias a una idea elemental de justicia y que resultan, por tanto, difíciles de asumir.

Por otro lado, cuando el legislador ha rechazado la inclusión de la violencia o intimidación como modalidades agravadas, ha adoptado una postura ciertamente contradictoria, pues por un lado afirma querer prescindir de agravar

---

83 Véase la «consideración n.º 232» del Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad sexual, p. 87.



la violencia o la intimidación por ser éste un criterio machista que exigía que la víctima se opusiera pero, por otro, está de acuerdo en que esa agravación ha de producirse, confiándola al Juez. Parece, entonces, que se está de acuerdo con el resultado al que, en este punto concreto, conducía la regulación anterior a la Reforma de 2022, pero no en ponerlo por escrito.

Además, confiar en que sea el Juez el que valore adecuadamente la violencia en el marco de la pena —y además en uno tan amplio como el de la agresión con acceso carnal y equiparados del art. 179 CP— es mucho confiar, incluso para quienes creemos en el buen hacer de la judicatura. Pero, además, resulta cuando menos paradójico que se ponga en duda la imparcialidad y la formación de los Jueces, a los que incluso se tilda de «fachas y machistas con toga»<sup>84</sup>, a la vez que se elabora una norma que les otorga un inusitado margen de discrecionalidad para que sean los mismos jueces quienes valoren, sin indicárselo el legislador, qué conductas merecen las penas más elevadas. Hubiera sido deseable, sin duda, que se hubiera especificado esa agravación de la violencia e intimidación y que la amplísima horquilla penológica de 4 a 12 años del art. 179 CP hubiera sido reducida a una menos amplia, evitándose así la grave inseguridad jurídica que genera la sola posibilidad de que existan condenas tan distintas por los mismos hechos.

En todo caso, la equiparación actual entre vulneración química y violencia o intimidación y, por otro, sumisión química y violencia de extrema gravedad, no se circunscribe a una cuestión puramente nominativa, sino que supone una grave vulneración del principio de proporcionalidad.

Esta vulneración conlleva, como es sabido, graves peligros desde el punto de vista de la prevención general, pues un tratamiento unitario de dos fenómenos de distinta gravedad lleva a incentivar la utilización del medio comisivo más lesivo, en la medida en que éste asegura más probabilidades de éxito en la consumación del delito.

Con la regulación actual, el mismo tratamiento recibe aprovecharse de la vulnerabilidad química en la que se encuentra una persona, que utilizar violencia o intimidación, y la misma valoración merece suministrar sustancias a una persona de manera subrepticia, que ejercitar una violencia extrema para someterla. Para evitar el efecto desprotector hubiera sido conveniente que la

---

84 En la red social *Twitter* escribía el Diputado de Podemos, Javier Sánchez Serna, el 16 de noviembre de 2022: «claro que hay fachas con toga que quieren reventar cualquier legislación feminista». Acerca de los repetidos ataques por parte de Podemos, y en particular, de la Ministra de Igualdad, Irene Montero, y de la secretaria de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, Ángela Rodríguez, pueden verse, por ejemplo: [https://www.elespanol.com/espana/politica/20221116/igualdad-descalifica-jueces-podemos-llama-fachas-robleslosdefiende/718928287\\_0.html](https://www.elespanol.com/espana/politica/20221116/igualdad-descalifica-jueces-podemos-llama-fachas-robleslosdefiende/718928287_0.html) , <https://www.elmundo.es/espana/2022/11/16/6374ccc421efa00e5b8b4570.html> y [https://www.huffingtonpost.es/entry/el-cgpj-censura-los-intolerables-ataques-a-jueces-por-parte-de-podemos\\_es\\_6374f6a7e4b08013a8b1bc7d](https://www.huffingtonpost.es/entry/el-cgpj-censura-los-intolerables-ataques-a-jueces-por-parte-de-podemos_es_6374f6a7e4b08013a8b1bc7d), (última visita: 7/12/2022)

Reforma hubiera *hilado más fino*, previendo distintos escalones de gravedad entre la violencia extrema, la violencia no extrema y la ausencia de violencia, motivando así al autor para que, pudiendo elegir, rechazara el uso del medio que supone un mayor riesgo lesivo.

Por lo tanto, y en definitiva, la Reforma de la Ley del *Solo sí es sí* no puede convencer, porque en esta nueva regulación solamente se tiene en cuenta el mayor desvalor de acción que se da en la sumisión química respecto de la vulnerabilidad química, castigándose aquella con una pena superior. Pero esta diferenciación se llevado a cabo pagando un precio muy alto, pues en la normativa vigente ni el desvalor de la vulnerabilidad química ni el de la sumisión química resultan adecuadamente aquilatados respecto de las restantes modalidades comisivas: nadie en la doctrina penal —ni tan siquiera los partidarios del tratamiento más severo— ha pretendido nunca equiparar vulnerabilidad química y violencia o sumisión química y violencia extrema. En definitiva, hemos abandonado una legislación que contravenía el principio de proporcionalidad en un aspecto concreto —el de la equiparación entre vulnerabilidad y sumisión químicas—, pero la hemos cambiado por otra que, si bien por razones distintas, realiza equivalencias del mismo modo vulneradoras del principio de proporcionalidad y tanto o más inadecuadas desde el punto de vista de la prevención general negativa.

La contrarreforma del PSOE, como venimos diciendo, ha recuperado la violencia e intimidación como criterio diferenciador y agravatorio. A pesar de que con el rescate de la distinción del delito violento resultaba ahora muy sencillo satisfacer la reclamación doctrinal y homologar la sumisión química con una violencia o intimidación que vuelve a contemplarse expresamente, el nuevo texto mantiene idénticas equiparaciones entre sumisión química y violencia de extrema gravedad en el art. 180.1 CP, y vulnerabilidad química y violencia *no de extrema gravedad* en los arts. 178.3 CP y 179.2 CP. De este modo, los reproches relativos a la vulneración del principio de proporcionalidad y los efectos indeseados desde la perspectiva de la prevención general negativa que pueden oponerse a la Ley del *Solo sí es sí* resultan del mismo modo predicables de la contrarreforma del PSOE.

## 6. Bibliografía

**AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. / PANYELLA CARBÓ, M. N.:** «Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas», en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 15, n.º 30, 2020, pp. 526-581.

**ALCALE SÁNCHEZ, M.:** «La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género», en MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.) y PARRILLA VERGARA, J. (coord.): *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 215-251.

- BARREIRO COUTO, C., BRAÑA TORIBIO, T., FEIJÓO SANMARTÍN, S., CALVO BARRIOS, R., ISORNA FOLGAR, M. y RIAL BOUBETA, A.:** «Cannabis, botellón y asalto sexual: entre la vulnerabilidad y la sumisión química», en *Nuevas aportaciones sobre el consumo de cannabis desde las ciencias sociales y de la salud*, Andavira, Pontevedra, 2020.
- BARRUTIA SOLIVERDI, B.:** «Estudio de la sumisión química», en *La Ley penal*, n.º 117, noviembre-diciembre 2015, p. 1-6.
- BOIX REIG, J.,** «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (2): abusos sexuales», en BOIX REIG, J. (dir.), *Derecho penal, Parte especial*, vol. I, Iustel, Madrid, 2016, pp. 373- 388.
- BRAGE CENDÁN, S. B.:** «El delito de abuso sexual facilitado por el uso de sustancias químicas», en *Diario La Ley*, n.º 8216, Sección Doctrina, 20 de diciembre de 2013.
- BUTLER, B. y WELCH, J.:** «Drug-facilitated sexual assault», en *Canadian Medical Association Journal*, 2009, pp. 493 y 494.
- CANCIO MELIÁ, M.:** «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual», en *La Ley Penal*, n.º 80, marzo 2011, pp. 1-15.
- CARUSO FONTÁN, V.:** «El acoso inmobiliario como agravante del delito de coacciones y su posible incidencia en el concepto de violencia», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 25, 2011, pp. 5-20.
- Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, Tirant monografías, Valencia, 2006.
  - «La protección penal del «legítimo disfrute de la vivienda». Ámbito de aplicación de las nuevas figuras delictivas», en *Revista de Derecho y proceso penal*, n.º 29, 2012, pp. 130-153.
  - «La utilización de psicóticos y narcóticos como medio comisivo del delito de robo con violencia o intimidación», en *Diario La Ley*, n.º 8061, Sección Doctrina, 12 de abril de 2013, pp. 1-21.
- CUGAT MAURI, M.:** «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA, J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 225-248.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.:** «Alegato contra un Derecho penal sexual identitario», *RECPC*, n.º 21-20, 2019, pp. 1-29.
- DOMÉNECH DEL RÍO, I., LÓPEZ HIDALGO, E. y VILLALBA SORIA, M. E.:** «Sumisión química y agresión sexual. Perspectiva médico forense», en NÚÑEZ DOMÍNGUEZ, T. y VERA BALANZA, T. (coords.), *Libro de Actas del Congreso Internacional para el estudio de la violencia contra las mujeres 2017-2020*, Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, Sevilla, 2021.

- FARALDO CABANA, P.:** «Evolución del delito de violación en los Códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales», en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dirs.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 31-65.
- GARCÍA REPETTO, R. y SORIA SÁNCHEZ, M. L.:** «Sumisión química: reto para el toxicólogo forense», en *Revista Española de Medicina Legal*, 2011, pp. 105-112.
- GARCÍA RIVAS, N.:** y **TARANCÓN GÓMEZ, P.:** «Lección 17. Agresión y abusos sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), *Tratado de Derecho penal, Parte especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021 pp. 1117-1204.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.:** «Contra la nueva regulación de los delitos sexuales», publicado en el *Diario ABC* el 29 de septiembre de 2022.
- «Sólo sí es sí», publicado en el Diario El Mundo el 25/4/2020.
  - «Contrarréplica a una réplica. Otra vez: *Sólo sí es sí*», publicado en el Diario *El Mundo* el 25 de agosto de 2020.
- ISORNA FOLGAR, M. Y RIAL BOUBETA, A.:** «Drogas facilitadoras de Asalto sexual y sumisión química», en *Health and Adiccions/Salud y Drogas*, vol. 2, 2015, pp. 137-150.
- LAMARCA PÉREZ, C.:** «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», en *Jueces para la democracia*, n.º 27, 1996, pp. 50-61.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.:** «Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve», en *Almacén de Derecho*, 9 de marzo de 2022, disponible en <https://almacenederecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>.
- «Las huellas de "La Manada"», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 77, 2018, pp. 16-21.
  - «¿Qué es una violación?», en *Almacén de Derecho*, 25 de agosto de 2018.
- MIR PUIG, S.:** «El delito de coacciones en el Código penal», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. 30, 1977, pp. 269-306.
- MIRA BENAVENT, J.:** «El concepto de violencia en el delito de coacciones», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 22, 1984, pp. 95-181.
- MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R.:** «Comentario al art. 181», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 10.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.

**MUÑOZ CONDE, F.:** *Derecho penal, Parte especial*, 23.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

— «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 *Revista Criminalia*, vol. 86, n.º 1, 2020, pp. 221-244.

**PANYELLA CARBÓ, M. N.:** «Análisis jurisprudencial de los casos de abuso sexual en situaciones de vulnerabilidad química», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 33, mayo 2020, pp. 1-15.

**PANYELLA CARBÓ M. N., AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. y MARTÍN FUMADÓ, C.:** «Sumisión química versus vulnerabilidad química: análisis criminológico de los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas a partir de una muestra de sentencias», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 17, 2019, pp. 1-23.

**PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.:** «Lección 10.º Amenazas y coacciones», en **ÁLVAREZ GARCÍA, J.** (dir.), *Derecho penal español. Parte especial (I)*, pp. 289-319.

**QUINTERO OLIVARES, G.:** «La contrarreforma de los delitos contra la libertad sexual».

**RAMÓN RIBAS, E. y FARALDO CABANA, P.:** «Solo sí es sí, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, 2020, pp. 21-42.

**SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.:** «Lección 12.ª Coacciones», en **ÁLVAREZ GARCÍA, J.** (dir.), *Derecho penal español. Parte especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 779-877.

**SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N.:** «El concepto de violencia y el problema de la «sumisión química» en los delitos sexuales (a propósito de la discusión en España)», en *REEPS 5 Especial*, 2019, pp. 1-26.

**SANCHO DE SALAS, M., XIFRÓ COLLSAMATA, A., BERTOMEU RUIZ, A. y ARROYO FERNÁNDEZ, A.:** «Sumisión química con finalidad sexual: nuevos aspectos legales», en *Revista española de Medicina legal*, 2012, pp. 41-42.

**TARANCÓN GÓMEZ, P.:** «Los delitos sexuales asociados al uso y/o abuso de alcohol y otras drogas: aportaciones al debate criminológico-penal», en *La Ley Penal*, n.º 144, mayo-junio 2020, pp. 1-10.

**TESTA, M., HOFFMAN, J. H., y LIVINGSTON, J. A.:** «Alcohol and sexual risk behaviors as mediators of the sexual victimization–revictimization relationship», en *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 78, 2010, pp. 249-259.

**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 *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, pp. 655-707.

**VALLEJO TORRES, C.:** «Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar hacia dentro», en *La Ley Penal*, n.º 133, julio-agosto 2018, pp. 1-12.

**XIFRÓ COLLSAMATA, A., BARBERÍA MARCALAIN, E. y PUJOL ROBINAT, A.:** «Sumisión química con finalidad sexual en el laboratorio forense: datos de España», en *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 40, enero-marzo 2014, pp. 1-3.

# AGRESIÓN SEXUAL POR PARTE DEL CÓNYUGE, PAREJA O EXPAREJA DE LA VÍCTIMA

Justa Gómez Navajas

Universidad de Granada

## 1. Introducción

La LO 10/2022 de garantía de la libertad sexual, de 6 de septiembre (BOE, n.º 215, de 7 de septiembre de 2022), que entró en vigor el pasado 7 de octubre, ha introducido importantes novedades en la regulación de los delitos sexuales, que se encuentran tipificados en el Título VIII del Libro II del Código Penal bajo la rúbrica «Delitos contra la libertad sexual»<sup>1</sup>. Se ha afirmado, como si fuera

---

1 En la rúbrica del Título VIII del Libro II («Delitos contra la libertad sexual») desaparece la referencia a la indemnidad sexual, que se entendía era el bien jurídico protegido cuando los sujetos pasivos eran menores. ACALE SÁNCHEZ, M.: «La reforma de los delitos contra la libertad sexual de mujeres adultas: una cuestión de género», en MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.); PARRILLA VERGARA, J. (coord.): *Mujer y Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 215-254; FARALDO CABANA, P.: «Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género», en MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.); PARRILLA VERGARA, J. (coord.): *Mujer y Derecho Penal*, ob. cit., pp. 255-283; JERICÓ OJER, L.: «Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal», en MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.)/PARRILLA VERGARA, J. (coord.): *Mujer y Derecho Penal*, ob. cit., pp. 285-337; PARRILLA VERGARA, J.: «La perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: alevosía y agravante de género», *Mujer y Derecho Penal*, ob. cit., pp. 31-69; CALVO LÓPEZ, M.: «Razones para modificar la regulación de los delitos contra la libertad sexual», *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín, n.º 13, marzo 2021, pp. 3-8; MARTÍNEZ PERZA, C.: «Sobre la necesidad de reforma de los delitos sexuales en el Código Penal», *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín, n.º 13, marzo 2021, pp. 9-18; VARELA CASTEJÓN, X.: «Notas sobre la propuesta de reforma de los delitos contra la libertad sexual», *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín, n.º 13, marzo 2021, pp. 19-33; ESCODA MERINO, M.ª DEL P.: «Una ley necesaria, que necesita mejorar», *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín, n.º 13, marzo 2021, pp. 34-38; CAMARENA GRAU, S.: «Consentimiento y libertad en el Anteproyecto de Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual», *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín, n.º 13, marzo 2021, pp. 39-46. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen:*

una novedad, que esta ley reconoce el derecho a la libertad sexual y que, por fin, los delitos sexuales pivotan sobre el consentimiento. No es exacta ninguna de esas dos afirmaciones. Por un lado, la libertad sexual es un derecho reconocido hace décadas en nuestro ordenamiento jurídico, desde que sustituyó a la «honestidad» como bien jurídico protegido en estos delitos y, por otro, en las agresiones sexuales, como sucede también en otros delitos, ya desempeñaba un papel esencial el consentimiento de la víctima, hasta el punto que, de existir este, la conducta devenía atípica por ser la ausencia de consentimiento un elemento de los diversos tipos penales englobados dentro de los delitos contra la libertad sexual. Lo difícil en estos casos es, casi siempre, demostrar que hubo consentimiento porque, a los problemas de prueba que puede conllevar cualquier delito, se añade el que supone que las agresiones sexuales tengan lugar normalmente en ausencia de testigos y sin más medios de prueba que el propio testimonio de la víctima. Este puede servir de prueba de cargo, capaz por sí sola de destruir la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 CE<sup>2</sup>.

Una de las modificaciones más importantes de la LO 10/2022 es la introducción de un tipo agravado en la circunstancia 4.<sup>a</sup> del art. 180.1 CP<sup>3</sup> para los casos en que la agresión sexual es protagonizada por el cónyuge o la pareja —actual o anterior— y tiene como víctima a la esposa o persona ligada al agresor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Esta modificación resulta absolutamente novedosa, dado que —inexplicablemente— los delitos sexuales no fueron reformados por la Ley 1/2004 de Medidas de Protección Integral frente a la Violencia de Género, de 28 de diciembre, y no

---

*propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022. AGUSTINA, J.R. (Coord.): *Comentarios a la ley del «solo sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023. Un análisis crítico de la reforma de los delitos sexuales puede verse en QUINTERO OLIVARES, G./PORTILLA CONTRERAS, G.: «La reforma de los delitos contra la libertad sexual, magro triunfo del relativismo populista y sabotaje al Derecho», <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2022/06/03/la-reforma-de-los-delitos-contra-la-libertad-sexual%EF%BF%BC/>; QUINTERO OLIVARES, G.: «La retroactividad y los delitos contra la libertad sexual: crónica de un desatino»; <https://almacendederecho.org/la-retroactividad-y-los-delitos-contra-la-libertad-sexual-cronica-de-un-desatino>; QUINTERO OLIVARES, G.: «La contrarreforma de los delitos contra la libertad sexual», <https://globalpoliticsandlaw.com/blog/2023/02/06/reforma-ley-solo-si-es-si/>. La ley 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual está siendo polémica y dando lugar a excarcelaciones indeseadas por haberse rebajado el límite mínimo del marco punitivo previsto para los nuevos tipos de agresiones sexuales. Puede verse a este respecto RAMOS TAPIA, M.<sup>a</sup> I.: «El estropicio del «solo sí es sí» no tiene arreglo», *Diario de Sevilla*, 10 de febrero de 2023, [https://www.diariodesevilla.es/opinion/tribuna/estropicio-solo-arreglo\\_0\\_1765023604.html](https://www.diariodesevilla.es/opinion/tribuna/estropicio-solo-arreglo_0_1765023604.html). Es interesante y conveniente consultar la Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobrecriterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre (BOE núm. 81, 5 de abril de 2023, Sec. III, pág. 50498).

- 2 CERRATO GURI, E.: *La prueba de la violencia de género y su problemática judicial*, La Ley, Madrid, 2022.
- 3 Introducido por la Disposición Final 4.<sup>a</sup>, punto 7, de la LO 10/2022, de 6 de septiembre.



se introdujo en ellos la referencia a que el sujeto pasivo fuera la esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. Para tener en cuenta esa circunstancia, era preciso aplicar el artículo 22.4.<sup>a</sup> (agravante por «razones de género») y art. 23 CP (agravante de parentesco), que ahora dejan de poder aplicarse a los delitos sexuales cuando la víctima es mujer cónyuge, pareja o expareja del agresor, por ser inherentes al tipo agravado introducido en el art. 180.1.4.<sup>a</sup> CP.

La agravante por «razones de género» del art. 22.4.<sup>a</sup> CP permitía soslayar omisiones u olvidos de la LO 1/2004 y se podía aplicar a delitos constitutivos de violencia de género que no fueron reformados por dicha ley. En principio, esta agravante se aplicó principalmente a supuestos en los que la víctima era esposa o pareja del agresor<sup>5</sup>, pero, posteriormente, se ha extendido su uso a cualquier caso en el que la víctima era mujer, aunque no mantuviera ni hubiera mantenido relación sentimental con el agresor<sup>6</sup>.

4 Esta circunstancia agravante genérica de género, contenida en el art. 22.4.<sup>a</sup> CP, fue introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

5 STS 707/2019, de 15 de enero (RJ 2019\64), 420/2018, de 25 de septiembre (RJ 2018\4156), 565/2018, de 19 de noviembre (RJ 2018\4957); SAP La Coruña 198/2017, de 2 de mayo (ARP/2017/779) y 517/2017, SAP Asturias (ARP/2018/35) de 4 de diciembre, SAP Cuenca n.º 4/2018, de 6 de febrero (ARP/2018/213) y SAP Valladolid 175/2017, de 29 de mayo (ARP/2017/806).

6 Véanse, entre otras, la STS 99/2019, de 26 de febrero (RJ 2019\826) y 223/2019, de 29 de abril (RJ 2019\1874). Esta última sentencia no aprecia la agravante de género porque en ningún momento los hechos probados hacen la menor referencia al motivo del delito, o a que el acusado actuara movido por los celos, o irritado por la conducta sexual o las relaciones de la víctima con otros hombres.

Se aplica el tipo de violencia de género por entenderse que sí existía «análoga relación de afectividad» en casos como los siguientes, recogidos por Vidal Pérez de la Ossa: aunque las versiones de acusado y víctima difieren, se da por válido que estaban iniciando una relación sentimental y, aunque aquella fuera incipiente, es aplicable el art. 153 CP (SAP Baleares, Sección 1.<sup>a</sup>, n.º 204/2015, de 14 de julio (JUR 2015\221264); aunque la relación sentimental fue de corta duración, de ella se deriva una situación de dominación que hace que se integre el elemento del tipo penal del art. 153 CP (SAP Valencia, Sección 1.<sup>a</sup>, n.º 2/2015, de 7 de enero, JUR 2015\93425); una relación de dos meses es suficiente para aplicar el tipo del art. 153 CP (SAP Pontevedra, Sección 4.<sup>a</sup>, n.º 132/2013, de 4 de septiembre, ARP 2013\1065); la relación que mantenía el acusado con la víctima y por la que se puso la orden de protección incumplida era de noviazgo, más allá de la mera amistad o de un escaqueo amoroso (SAP La Rioja, Sección 1.<sup>a</sup>, n.º 163/2011, de 15 de septiembre, JUR 2011\349642).

No se aplica el tipo penal relacionado con la violencia de género (en el caso en cuestión, las amenazas leves del art. 171.4 CP) porque la relación era solo de dos o tres meses, sin que se dé un mínimo de estabilidad, siendo más equiparable a una relación esporádica (SAP Cuenca, Sección 1.<sup>a</sup>, n.º 7/2016, de 2 de febrero, JUR 2016\36473) y tampoco en otro caso en que la relación consistió en salir unos cuantos fines de semana, no llegando a la permanencia que la haría calificable de «análoga al matrimonio» para aplicar el tipo penal del art. 171.4 CP, por lo cual se calificó la conducta como falta de vejaciones (SAP Salamanca, Sección 1.<sup>a</sup>, n.º 38/2015, de 11 de mayo, JUR 2015\138180).

Verdaderamente, era incomprensible que la LO 1/2004 no hubiera modificado los delitos sexuales, que son, sin duda, una de las más evidentes manifestaciones de la violencia de género<sup>7</sup>. La única mención que se encuentra a estos delitos en la LO 1/2004 es en el art. 1.3, cuando se afirma:

«3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad».

También, a la hora de delimitar la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, la LO 1/2004 alude a los delitos sexuales.

«Artículo 44. Competencia.

Se adiciona un artículo 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género».

Llama la atención y resulta contradictorio que, habiendo obviado la LO 1/2004 la reforma de los delitos sexuales, uno de los máximos exponentes de la violencia de género, sí reconozca que los Juzgados de Violencia sobre la mujer tienen competencia para entender de estos delitos.

Se podía haber optado por reformar la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral frente a la Violencia de Género, introduciendo en ella las modificaciones de los delitos sexuales que se han llevado a cabo mediante la LO 10/2022, pero se ha preferido crear una ley integral de garantía de la libertad sexual, no exenta de polémica. Tal vez hubiera sido más operativo no duplicar la normativa (Ley Integral frente a la Violencia de Género + Ley del «solo sí es sí»)<sup>8</sup>.

---

7 MAQUEDA ABREU, M.<sup>a</sup> L.: «La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social», *RECPC*, 08-02 (2006); GÓMEZ NAVAJAS, J.: «Aspectos mejorables de la protección penal frente a la violencia de género», *Estudios en homenaje al Prof. Dr. D. Jesús Martínez Ruiz*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 171-198.

8 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: «El reto de una ley integral en garantía de la libertad sexual de las mujeres y de los menores», en ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (Dir.): *El Derecho*

## 2. La agresión sexual por el cónyuge, pareja o expareja de la víctima

Según la OMS, es alto el porcentaje de mujeres agredidas sexualmente por su cónyuge o por una pareja estable. Sin embargo, la violación conyugal es un tema aún tabú en muchos países, pese a ser una realidad incontestable<sup>9</sup>. En el mundo hay todavía unos cuantos países en los que no se castiga la violación en el matrimonio<sup>10</sup>. La Resolución del Parlamento Europeo sobre Violencia sobre la Mujer de 1986 reclamó la criminalización de la violación conyugal. En 2015 se vio la necesidad de tipificar el delito de violación conyugal en toda la Unión Europea<sup>11</sup>. En Francia fue condenada una mujer por no acostarse con su marido. La mujer demandó al estado francés ante el TEDH<sup>12</sup> y planteó si es admisible que la negativa a mantener relaciones sexuales en el matrimonio pueda tener consecuencias jurídicas y si ello es conforme con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Caso comunicado n.º 13805/21, *W contra Francia*, 2 de marzo de 2022)<sup>13</sup>.

En algunos países la mujer no puede aún negarse a tener relaciones sexuales con su marido y en la doctrina se defendió durante mucho tiempo que el «ayuntamiento carnal violento» en el seno del matrimonio no era delito<sup>14</sup>. Así, GROIZARD sostenía que no era posible la violación de la esposa<sup>15</sup>. Distinta opi-

---

*Penal en el siglo XXI*, Liber Amicorum en honor al Prof. José Miguel Zugaldía Espinar, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp.695-720.

- 9 RUSSEL, B.: *Marriage and Morals*, Liveright, 1929: «la cantidad de sexo no deseado que soportan las mujeres es probablemente mayor en el matrimonio que en la prostitución».
- 10 La violación en el matrimonio no es delito en la India. El sexo en contra de la voluntad de una mujer es violación, «excepto si es con el marido». Esta previsión legal data de 1860 y mantiene el consentimiento sexual como un permiso irrevocable que se entrega con el matrimonio.
- 11 [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2015-004727\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2015-004727_ES.html)
- 12 [https://www.elespanol.com/mujer/actualidad/20210323/condenan-francia-no-acostarse-alienta-violacion-conyugal/568193509\\_0.html](https://www.elespanol.com/mujer/actualidad/20210323/condenan-francia-no-acostarse-alienta-violacion-conyugal/568193509_0.html); Del CARPIO FIESTAS, V.: «¿Consecuencias jurídicas de la negativa a mantener relaciones sexuales en el matrimonio? El criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», <https://ingirumimusnoctetconsumimurigni.com/2022/03/22/tedh/>  
Plantea esta autora qué sucedería con las famosas *Intimacy clauses* sobre frecuencia de las relaciones sexuales en capitulaciones prematrimoniales del Derecho anglosajón.
- 13 Caso comunicado n.º 13805/21, *W contra Francia*, 2 de marzo de 2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%3A%22%5B%22001-216621%22%5D%7D>}, publicado el 21 de marzo de 2022.
- 14 RODRÍGUEZ ORTIZ, V.: *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*. Madrid: Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid, 1997. PLANAS ROSSELLÓ, A.: «Los delitos contra el matrimonio y la moral sexual en el Derecho histórico de Mallorca», en *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana*, BSAL, 56 (2000), 45-64.
- 15 GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria», en *Anuario de Derecho Penal*

nión tenían otros autores<sup>16</sup>, que sí consideraban que estos casos constituían una conducta típica, pero que se encontraba justificada por la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho<sup>17</sup>. La conducta sería típica, pero no antijurídica. No obstante, pese a este planteamiento, si, por algún motivo, la esposa no tenía obligación de cohabitar con el marido, la conducta de este no estaba justificada por la eximente del ejercicio legítimo de un derecho. Por consiguiente, la conducta era punible. Así, se reconocía que la mujer no estaba obligada a cohabitar con el marido en un lugar público o cuando se pudiera poner en peligro la salud de la mujer. Asimismo, había delito si el marido obligaba a su mujer a realizar actos *contra natura*<sup>18</sup>.

CUELLO CALÓN sostuvo: «[el yacimiento] ejecutado por el marido con violencia o sin consentimiento de la mujer no constituye violación, pues aquél, al disponer sexualmente de ésta, obra en el ejercicio legítimo de un derecho, pero, además, la mujer no puede invocar, en el caso de resistencia violenta, la legítima defensa, pues no hay, por parte del marido, agresión ilegítima. Podrá aquel, en ciertos casos, ser responsable de vías de hecho o de lesiones causadas a consecuencia de la cópula violenta, pero no de un delito de violación... El acceso carnal violento dentro del matrimonio será ilícito y constituirá violación cuando la mujer tenga derecho a resistir, como cuando fuese peligroso para ella o para la prole (en el caso del marido sifilítico, ebrio, etc.) o cuando constituyere un acto lesivo del pudor público o del de la propia mujer (v. g., si el marido intenta realizar la cópula en presencia de otras personas). El marido que obliga, con violencia o intimidación, a su cónyuge a conjunción anormal —*contra natura*— no es culpable de violación, sino de abusos deshonestos, pues el acceso carnal a que se refiere el delito de violación es, como se ha dicho, el normal»<sup>19</sup>.

---

y *Ciencias Penales* (1969), pp. 489-510; GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal*, V, 1893, p. 85 [citado por GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Sobre algunos aspectos del delito de violación...», *ob. cit.*, en nota a pie 43, pp. 507].

- 16 SÁNCHEZ TEJERINA, I.: «Derecho Penal Español II», Ed. Reus, 1954, pp. 295-296; Quintano Ripollés, A.: «Curso de Derecho Penal (tomo II)», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1963, p. 348 y «Comentarios al Código Penal», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1966, p. 786; CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal*, tomo II (vol. II), 1967, p. 534; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.<sup>a</sup>: *Derecho Penal, Parte Especial*, Talleres Gráficos, Ed. Castilla, Madrid, 1969, p. 165 [citado por GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Sobre algunos aspectos del delito de violación...», *ob. cit.*, en nota a pie 43, p.507].
- 17 Como recoge Gimbernat, sintetizando la tesis sostenida y expresada por distintos autores, «el yacimiento o los abusos deshonestos con la propia esposa, usando de violencia o intimidación, es un comportamiento típico en el sentido del artículo 429 ó 430; pero el marido está amparado por la causa de exclusión de lo injustos del ejercicio de un derecho». (GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Sobre algunos aspectos del delito de violación...», *ob. cit.*, p. 507).
- 18 GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Sobre algunos aspectos del delito de violación...», *ob. cit.*, en nota a pie 48, p. 508.
- 19 *Ibidem*, nota a pie 48, p. 508.

GIMBERNAT afirmó que «el ayuntamiento carnal entre esposos no puede ser nunca ni siquiera típico en el sentido del artículo 429»<sup>20</sup> y añadía que «todo depende de si la negativa de la mujer a yacer es o no arbitraria: si la mujer —por una enfermedad o por cualquier otro motivo fundamentado— tenía razones para negarse a cohabitar, el marido responderá por un delito de amenazas condicionales o coacciones en eventual concurso con otro de lesiones». Lo mismo sucedía si el marido obligaba a su mujer a yacer en un paraje público. En este caso se aplicaría el escándalo público, en concurso, eventualmente con amenazas condicionales o coacciones o con lesiones. La exclusión de la aplicación de la violación y los abusos deshonestos se derivaba de la falta de existencia del elemento típico «deshonestidad», pues se consideraba que, por definición, los actos cometidos por el marido no podían calificarse de «deshonestos».

Desde la perspectiva actual, el estudio de esta regulación penal causa rechazo, perplejidad, sorpresa e incredulidad, pero, aun siendo abominable, resultaba coherente con el planteamiento de la época: 1) el débito conyugal era un deber; 2) de dicho deber se derivaba el derecho del marido a tener relaciones sexuales con su esposa. Dichas relaciones no atentaban en ningún caso contra el bien jurídico «honestidad», puesto que no podía considerarse «deshonesta» una conducta sexual llevada a cabo por el propio marido.

Afortunadamente, ha cambiado la visión de estos delitos y su regulación. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul), se refiere a los diferentes tipos de violencia contra la mujer<sup>21</sup>.

El Convenio de Estambul, en su art. 36, declara<sup>22</sup>:

«Violencia sexual, incluida la violación

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

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.

2. El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.

20 GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Sobre algunos aspectos del delito de violación...», *ob. cit.*, p. 509.

21 Véase la Ley 7/2018, de 30 de julio, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral frente a la violencia de género.

22 Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE de 6 de junio de 2014).

3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno».

En general, el castigo de la violación conyugal en los Códigos Penales ha sido tardío.

En Alemania se exigía hasta 1997 que la violación fuera *extramatrimonial*, excluyéndose así que pudiera hablarse de la violación en el matrimonio (§§ 176, número 2 y 177 StGB)<sup>23</sup>. Hasta 1997 no se eliminó la referencia que había en el tipo penal a que fuera extramatrimonial (*außerehelich*), como elemento del parágrafo 177 StGB.

El 177 StGB establecía lo siguiente:

«Wer eine Frau mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zum außerehelichen Beischlaf mit ihm oder einem Dritten nötigt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren bestraft» [El que con violencia o amenaza con peligro inminente para el cuerpo o la vida obligue a coito extramatrimonial con él o con un tercero será castigado con pena privativa de libertad no inferior a dos años].

Sí se admitían en Alemania los abusos deshonestos violentos (§ 176 número 1 StGB sobre la propia esposa cuando se la obligaba a cohabitar en público o a realizar actos sexuales antinaturales<sup>24</sup>.

23 Crítico ya en su momento se mostró JÄGER, H. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz*, 1957, p. 44, quien, como recoge Gimbernat en su estupendo comentario, manifestaba: «Para explicar esta situación jurídica solo pueden servir las valoraciones burguesas del siglo pasado con su característico privilegio del varón). También se pronunció Jäger claramente en favor de la eliminación de las distinciones que mantenía la legislación alemana entre relaciones heterosexuales y homosexuales y las tenidas dentro y fuera del matrimonio. <https://www.bundestag.de/resource/blob/407124/6893b73fe226537fa85e9ccce444dc95/wd-7-307-07-pdf-data.pdf>; <https://www.deutschlandfunk.de/gesetz-straftbarkeit-vergewaltigung-ehe-100.html>; <https://www.deutschlandfunk.de/sexualstrafrecht-vergewaltigung-ehe-bundestag-100.html>; HÖPFNER J.M., „Der Trauschein als Freibrief? — Zur Straffreiheit der Vergewaltigung in der Ehe bis zur Reform am 1. Juli 1997 und zugleich zur heutigen praktischen Relevanz der Vergewaltigung in der Ehe«, *KriPoz 2021* <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2021/09/hoepfner-zur-straffreiheit-der-vergewaltigung-in-der-Ehe-bis-zur-reform.pdf>; KRATZER, I.: Die Geschichte des Vergewaltigungstatbestandes — Aufbruch contra Konservierung«, [https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/2193-7869-2010-1-83.pdf?download\\_full\\_pdf=1](https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/2193-7869-2010-1-83.pdf?download_full_pdf=1)

Preceptos similares al 177 StGB se encontraban en el Código Penal Suizo art. 187.1 y el Código Penal Austríaco, parágrafo 201. Llama poderosamente la atención que en varios países de Europa la violación conyugal se castigó bastante tarde, casi a finales del siglo XX. Así, por ej., en Finlandia en 1994. En cambio, la Unión Soviética la castigó en 1922, Polonia en 1932, Checoslovaquia en 1950. En Francia la Ley 94-89 castigó la violación conyugal y en 2006 pasó a estar agravada la violación por parte de la pareja. En Estados Unidos, la violación conyugal es delito en los 50 estados desde 1993.

24 Véase GIMBERNAT ORDEIG E.: «Sobre algunos aspectos del delito de violación...», *ob. cit.*, en nota a pie 50 y 51, pp. 508-509 y la bibliografía alemana por él citada. Como sucediera

La inclusión del tipo agravado de agresión sexual cuando el autor es el cónyuge o la pareja o expareja de la víctima tenía que haberse llevado a cabo mucho antes. No obstante, es bienvenida. Pasamos ahora a analizarlo más detenidamente la circunstancia 4.º del art. 180.1 CP.

### 3. Tipo agravado de agresión sexual a la esposa, pareja con análoga relación de afectividad o expareja (art. 180.1. 4.ª CP)

#### 3.1. El tipo agravado del art. 180.1.4.ª CP

Esta reforma se introduce con la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. Se incorpora una nueva circunstancia de agravación en el art. 180.1 CP: «4.ª Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia».

Hasta la entrada en vigor de este precepto en octubre de 2022, la inexistencia de esta agravación específica podía suplirse con la aplicación de la agravante de género (art. 22.4.ª CP)<sup>25</sup> y de parentesco (art. 23 CP), tal y como sucede, por ejemplo, en los delitos contra la vida cuando la víctima es la mujer esposa o pareja del agresor, ya que tampoco los delitos contra la vida fueron modificados por la Ley Integral<sup>26</sup>. La pena prevista en el tipo agravado del art. 180 CP es mucho mayor (de 2 a 8 años, para las agresiones del art. 178.1 CP

---

en la doctrina española, también en la alemana se cuestionaba por algunos autores que dentro del matrimonio pudiera hablarse de abusos deshonestos.

- 25 STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), n.º 413/2021, de 13 de mayo (RJ 2021\2238). La Exposición de Motivos de la LO 1/2015 afirmaba que la introducción de esta agravante obedece a que «el género (...) entendido como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo». Véase GÓMEZ CONESA, A.: «Análisis crítico del agravante por razones de género del art. 22.4 CP», <https://diariolaley.laleynext.es/di/2021/07/20/analisis-critico-del-agravante-por-razones-de-genero-del-art-22-4-cp>, de 2 de julio de 2021 [consultado el 9 de diciembre de 2022]; SEOANE MARÍN, M.ª J./OLAIZOLA NOGALES, I.: «Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX (2019). <http://dx.doi.org/10.15304/epc.39.5880> ISSN 1137-7550, pp. 455-490; OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.: *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, Iustel, Madrid, 2019; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: «La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, ISSN-e 1695-0194, n.º 20, 2018.
- 26 Sobre los asesinatos de mujeres, es interesante y novedoso el análisis de MAQUEDA ABREU, M.ª L.: «¿Por qué los hombres matan a las mujeres...y después se suicidan? Algunas respuestas desde los estudios de género y el derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2022, n.º 24-29, pp. 1-23 – ISSN 1695-0194.

y de siete a quince para las del art. 179 CP) que la que resultaría de la mera aplicación de las citadas agravantes a la correspondiente agresión sexual.

Se ha indicado que el art. 180.1.4.<sup>a</sup>) CP se aplicará cuando el atentado a la libertad sexual suponga, a su vez, un acto de violencia de género<sup>27</sup>. La cuestión es si un atentado a la libertad sexual no es por definición y siempre una manifestación gravísima de violencia de género.

Viene el tipo agravado del art. 180.1.<sup>a</sup> CP a subsanar, en parte, el error que supuso que, inexplicablemente, la Ley 1/2004 de Medidas de Protección Integral frente a la Violencia de Género no modificara los delitos contra la libertad sexual, y ello a pesar de su art. 1.3, en el que se dispone lo siguiente: «3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad».

Bien es cierto que, como se ha sostenido anteriormente, antes de la reforma introducida por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, a los delitos sexuales podían aplicarse tanto la agravante de discriminación por «razones de género» (art. 22.4.<sup>a</sup> CP)<sup>28</sup> como la de parentesco (art. 23 CP), que, además, son compatibles entre sí puesto que obedecen a fundamentos distintos: la primera se aplica cuando la agresión puede considerarse machista y la segunda siempre que el agresor es el «cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad» a la víctima<sup>29</sup>. La LO 10/2022 ha venido a introducir una agravante específica en el art. 180.1.4.<sup>a</sup> CP. La pena aplicable sería, según dispone el propio art. 180.1 CP, de dos a ocho años para las agresiones del art. 178.1 CP y de siete a quince años para las del art. 179 CP.

No es desatinada la incorporación al Código Penal de este supuesto agravado del art. 180.1.4.<sup>a</sup> CP. De hecho, debería haberse incorporado mucho antes. No obstante, surge la duda de por qué no se introduce también en otros

27 RAGUÉS I VALLÉS, R.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ, J. M.<sup>a</sup> (Dir.)/ RAGUÉS I VALLÉS, R. (coord.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 133-161.

28 BORJA JIMÉNEZ, E.: «La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4.<sup>a</sup> CP», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.); MATALLÍN EVANGELIO, Á. / GÓRRIZ ROYO, E. (coords.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 119-123; LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ, S.: «La agravante de discriminación por género como respuesta a las limitaciones penales en la violencia de género», *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, ISSN 2253-6655 159, n.º 22, abril 2022 — septiembre 2022, pp. 158-187, DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6811>; VALVERDE CANO, A. B.: «Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», en PÉREZ ALONSO, E. J. (Coord.): *Derecho Penal. Parte General*, B de F, 2022, Buenos Aires, pp. 368 y ss., pp. 376-379.

29 GUTIÉRREZ MAYO, E.: «¿Son compatibles la circunstancia agravante de género y la circunstancia mixta de parentesco respecto de unos mismos hechos?», en <https://elderecho.com/compatibles-la-circunstancia-agravante-genero-la-circunstancia-mixta-parentesco-respecto-unos-mismos-hechos>



delitos (como los delitos contra la vida o la libertad) la referencia a que el sujeto pasivo tiene que ser mujer o persona ligada al agresor por análoga relación de afectividad. La condición de mujer de la víctima sí se tuvo en cuenta en los delitos modificados por la Ley Integral y Ley Integral 1/2004 en otros preceptos como el art. 172 bis CP (matrimonio forzado), el art. 172 ter CP (acoso predatorio u hostigamiento) o en el art. 173.4 CP (injurias o vejaciones injustas de carácter leve). En el art. 197.7 CP, párr.3.º (*sexting* o divulgación no consentida de imágenes obtenidas con consentimiento) no se menciona expresamente que el sujeto pasivo tenga que ser la mujer, esposa, pareja o expareja de quien difunde las imágenes o grabaciones audiovisuales<sup>30</sup>. El art. 197.7 párr.3.º CP, establece un tipo agravado para cuando «los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia». Se entiende que se ha querido agravar la conducta de *sexting* realizada por el cónyuge, pareja o expareja (que son, por cierto, los casos más habituales), pero la redacción de este tipo agravado no es afortunada porque una interpretación literal puede hacer pensar que el sujeto activo tiene que ser el cónyuge o persona ligada a él, cuando debiera decir, para salvar la lógica del precepto, «el cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a la víctima por una análoga relación de afectividad»<sup>31</sup>.

Con la LO 10/2022, parece corregirse, muchos años después, la omisión o el error de la Ley Integral de no modificar los delitos sexuales, pues la violación es, sin duda, una de las mayores manifestaciones de violencia del hombre hacia la mujer<sup>32</sup>.

La agravante de género del art. 22.4.ª CP en las agresiones sexuales<sup>33</sup> queda, a partir de ahora, relegada a los casos en los que la víctima no sea

30 Sobre el «sexting», puede verse PÉREZ CONCHILLO, E. *Intimidación y difusión de sexting no consentido*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, en concreto págs. 89 y ss., si bien la autora no se refiere especialmente al tipo agravado aplicable cuando la víctima es el cónyuge o persona unida al autor "por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia".

31 Se trata de una incorrección más de este precepto, cuya redacción es francamente mejorable, pues ya en el tipo básico se refiere a la difusión de imágenes o grabaciones audiovisuales (sin mencionar los mensajes de texto, cuya difusión puede ser igualmente grave). Además, resulta de una suma inconcreción la referencia a que las imágenes se hayan obtenido «fuera del alcance de la mirada de terceros», así como la exigencia de que la conducta «menoscabe gravemente» (¿) «la intimidad personal de esa persona». «Gravemente» es un concepto jurídico indeterminado, difícil de interpretar, y la alusión a la «intimidad personal de esa persona» resulta redundante.

32 Naciones Unidas (1993) definió la «violencia contra la mujer», en su Declaración sobre eliminación de esta violencia, como «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada».

33 Esta agravante se aplicó, entre otras, en la STS 351/2021, de 28 de abril (RJ 2021\2298). En este caso, aunque, finalmente, no se apreció, llegó a invocarse el error de prohibición invencible sobre el consentimiento de la víctima, que no llevó a cabo resistencia activa.

cónyuge, pareja o expareja del agresor, pese a las reticencias existentes hasta hace poco, que en buena medida aún existen, para entender que la violencia de género no debe circunscribirse al ámbito de la pareja, sino que comprende también la violencia que tiene como víctima a cualquier mujer, sea o no esposa, pareja o expareja del agresor, en la línea de lo reconocido en la normativa internacional. Esta agravante será de aplicación cuando los actos ejecutados manifiesten el menosprecio con el que se trata a la mujer o la humillación o sometimiento al que se la somete, por el mero hecho de ser mujer. Desde el punto de vista subjetivo basta con el conocimiento del significado de su conducta, que revela el conocimiento por parte del autor de su superioridad con respecto al género al que pertenece la víctima<sup>34</sup>.

La Proposición 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 de los menores modifica, entre otros, el art. 180, apartado 1 CP, que pasa a tener la siguiente redacción:

«Las anteriores conductas serán castigadas, respectivamente, con las penas de prisión de dos a ocho años para las agresiones sexuales del art. 178.1, **con prisión de cinco a diez años para las agresiones sexuales del art. 178.3**, con prisión de siete a quince años para las agresiones sexuales del art. 179.1 y prisión de doce a quince años para las del art. 179.2 (...)»<sup>35</sup>.

Dejando a salvo la novedad que supone la referencia en el art. 180 CP a las agresiones del art. 178.3 CP (aquellas que se hayan cometido empleando violencia o intimidación o sobre víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad), que se castigan con pena de uno a cinco años de prisión, permanece inalterado el apartado 4 del art. 180.1 CP, que alude a la agravación para cuando «la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia»<sup>36</sup>.

### **3.2. La inexistencia y obsolescencia del débito conyugal**

La mera expresión «débito conyugal» parece remitirnos a otra época, aún no superada en algunos países. Actualmente, no cabe en nuestro ordenamiento jurídico que el acusado de agresión sexual invoque un error de prohibición basado en la creencia equivocada de que no cometía ningún delito por pensar que su mujer tenía el deber de mantener con él relaciones sexuales y, por consiguiente, que él estaba en su derecho de exigir las. Tal vez se pre-

---

34 STS n.º 999/2021, de 16 de diciembre (RJ 2021\5505).

35 Se introduce como novedad lo marcado en negrita.

36 BOCG de 17 de febrero de 2023, n.º 318-1.

tenda invocar tal error como coartada o acaso, por difícil que resulte creerlo, se tenga un absoluto déficit de socialización que lleve a pensar de ese modo. Pero no resulta admisible aceptar el error de prohibición en estos casos. Error que, de ser invencible, determinaría la exención de responsabilidad criminal del acusado y, de ser vencible, reduciría su pena en uno o dos grados, conforme a lo dispuesto en el art. 14.3 CP. En este, como en otros delitos, el mayor acceso a la información y la evolución habida en la sociedad hacen difícilmente creíble que el presunto agresor sexual siga creyendo que puede mantener relaciones sexuales con su esposa siempre que le plazca porque le ampara el ejercicio legítimo de un derecho y que ella está obligada por un hipotético deber conyugal de mantener relaciones sexuales, como si este fuera un deber inherente al matrimonio y exigible por el cónyuge.

Como se ha apuntado anteriormente, el error de prohibición, en este y otros delitos, tiene cada vez menor predicamento. A medida que ha ido cambiando el modo de entender las relaciones de pareja y se ha ido diluyendo en parte (que no del todo, por desgracia) el machismo imperante en la sociedad, no puede admitirse que haya quien acuda al error de prohibición alegando creer que le amparaba un derecho a mantener relaciones sexuales con su esposa, pareja o expareja. El débito conyugal no se encuentra entre los deberes de los cónyuges contemplados en el Código civil, que solo alude a que estos tienen deber de fidelidad y socorro mutuo (art. 67 y 68 CC), deberes que son, por otra parte, incoercibles, es decir, que no se puede instar su cumplimiento mediante el ejercicio de una acción civil<sup>37</sup>.

En otros tiempos, afortunadamente pretéritos, en los que los delitos sexuales eran considerados «Delitos contra la honestidad», se entendió que el marido que mantuviera relaciones sexuales a la fuerza con su esposa no cometía una conducta deshonesta<sup>38</sup>. La opinión que postuló la tesis de la exclusión de la tipicidad en estos casos se fundamentaba en el epígrafe del Título IX del Libro II del Código Penal de 1973, concluyendo que el yacimiento matrimonial violento no podía ser nunca deshonesto. El hecho debía ser sancionado a través del delito de coacciones del art. 496 del Código Penal.

Hasta la reforma del Código Penal de 1989 (RCL 1989\1352), que introdujo una nueva designación en el epígrafe del Título IX del Libro II del Código, pasando a ser «Delitos contra la libertad sexual», no se empezó a entender que la esposa del violador también podía ser sujeto pasivo de la violación.

---

37 ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, A. M.<sup>a</sup> : «Deberes conyugales: consecuencias jurídicas de su incumplimiento», *Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica* / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, E-ISSN: 2594-0708 / Año 13, No. 26, octubre 2019 - marzo de 2020, pp. 235-266.

38 GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1969), *ob. cit.*

No son pocas las sentencias en las que la víctima de agresiones sexuales es la esposa<sup>39</sup>. En algunas sentencias queda acreditado que la víctima consentía por la angustia a la que estaba sometida<sup>40</sup>. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10.ª), de 29 septiembre 1999, declaraba: «el matrimonio —o cualquier situación de análoga de relación de afectividad—, no imponen a la mujer una reducción de su libertad de decisión en materia sexual frente al marido, ni de éste a la mujer —en este sentido se ha pronunciado la STS de fecha 23 de febrero de 1993 (RJ 1993\1401)—. La sentencia del Tribunal Supremo del 5 de octubre de 1995 (citada por TS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, n.º 254/2019, de 21 mayo, RJ\2019\1954), en su voto particular, destacó que no existe un derecho a la prestación sexual y que quien tenga acceso carnal con su pareja valiéndose de violencia o intimidación no está amparado por causa alguna de justificación (sin que pueda alegarse el ejercicio legítimo de un derecho — art. 20.7 CP) y, por consiguiente, vulnera la libertad sexual de la víctima, libertad que no queda anulada por la existencia de una relación conyugal o de pareja. No existe un débito conyugal en el matrimonio ni en las relaciones de pareja.

La STS 254/2019, de 21 de mayo (RJ 2019\1954) descarta la existencia del débito conyugal y afirma que «negar la posibilidad conceptual de una violación en el seno de la institución matrimonial supone tanto como afirmar que el matrimonio es la tumba de la libertad sexual de los contrayentes»<sup>41</sup>. En dicha sentencia se condenó al marido a una pena de nueve años y nueve meses de prisión por violar a su esposa ejerciendo violencia e intimidación. La Sala de lo Penal del alto Tribunal confirmó la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, que había condenado al marido por un delito de agresión sexual en concurso con uno de maltrato. El Tribunal Supremo sostuvo que «no puede admitirse bajo ningún concepto que el acceso carnal que perseguía el recurrente, porque entendía que ese día debía ceder su pareja a sus deseos sexuales, es una especie de débito conyugal, como obligación de

39 SAP Barcelona (Sección 20.ª), n.º 1155/2008, de 29 de octubre (ARP 2009\62); SAP Castellón (Sección 1.ª), n.º 95/1999, de 9 de diciembre (ARP 1999\4190), SAP Islas Baleares (Sección 1.ª), n.º 45/1996, de 26 de abril (ARP 1996\220); SAP Valencia (Sección 3.ª), n.º 143/2002 de 7 de marzo (JUR 2002\161784); SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 2.ª), n.º 1390/1999, de 14 de diciembre (ARP 1999\4209); SAP Barcelona (Sección 10.ª), de 29 de septiembre de 1999 (ARP 1999\3783); SAP Tarragona (Sección 2.ª), de 27 de noviembre de 1994 (ARP 1994\439); SAP Barcelona (Sección 8.ª), de 26 de febrero de 2001 (JUR 2001\148987); SAP Málaga (Sección 3.ª), n.º 23/2001, de 26 de enero (JUR 2001\115535); SAP Granada (Sección 2.ª), n.º 289/2019, de 28 de junio (ARP 2020\307) y STS —Sala de lo Penal, Sección 1.ª—, n.º 47/2013, de 29 de enero (RJ 2013\3951).

40 SAP Córdoba (Sección 3.ª), n.º 14/2001, de 22 de junio (ARP 2001\456).

41 AGUDO FERNÁNDEZ, E./JAÉN VALLEJO, M./PERRINO PÉREZ, Á.L.: *Derecho Penal de género*, Cuneip, Madrid, 2021. GÓMEZ NAVAJAS, J.: «La perspectiva de género en Derecho Penal», en ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (Dir.): *El Derecho Penal en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 247-266; MONGE FERNÁNDEZ, A. (Dir.)/PARRILLA VERGARA, J. (Coord.): *Mujer y Derecho Penal*, ob cit.

la mujer y derecho del hombre». La libertad sexual de una mujer casada, o que vive en pareja, «emerge con la misma libertad que cualquier otra mujer».

El Tribunal Supremo afirmó en STS 941/1992, de 24 de abril de 1992 (RJ 1992\3451) que las relaciones sexuales dentro del matrimonio deben ser consensuadas<sup>42</sup>. No puede hablarse, pues, en modo alguno, de débito conyugal. En cambio, sí existe un «derecho de autodeterminación sexual» de cada uno de los miembros de la pareja (STS de 21 de mayo de 2019 —RJ 2019\1954—).

Esta idea de que la libertad no se pierde por el hecho de tener pareja está presente en la jurisprudencia también en otros delitos. Por ej., con respecto a los delitos contra la intimidad, el Tribunal Supremo ha sostenido que no existe la llamada «intimidad conyugal», sino que cada uno de los cónyuges conserva su propio derecho a la intimidad, pese a estar casado<sup>43</sup>.

Tras la reforma de septiembre de 2022 (LO 10/2022), no es necesaria la violencia o la intimidación para que exista una agresión sexual. Basta con probar que la relación sexual no fue consentida, extremo éste que no será fácil de acreditar. Mucho se ha polemizado en la doctrina sobre cómo habrá de ser el consentimiento. Del tipo penal del art. 178.1 CP, inciso 2.º, se deduce que se excluye el consentimiento presunto, dado que el precepto señala claramente que «sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». Del tenor literal del art. 178.1 CP, inciso 2.º, se deriva que el consentimiento debe manifestarse con actos concluyentes que revelen la voluntad de la persona que lo otorga. Por tanto, es demagógico e inexacto deducir que el consentimiento tiene que ser expreso y verbal y apelar a que hará falta certificarlo de alguna manera.

En relación con el consentimiento, resulta de interés referirse a una conducta que sucede con relativa frecuencia, como es la de retirar el preservativo una vez iniciada la relación sexual, que se había consentido solo si se usaba el preservativo. Esto es, se inicia con consentimiento una relación

42 STS 21 de mayo de 2019 (RJ 2019\1954). GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Solo sí es sí», [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1197551](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197551). Confróntese con FARALDO CABANA, P./RAMÓN RIBAS, E.: «Solo sí es sí», pero de verdad. Una réplica a Gimbernat. *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, pp. 21-42, <https://doi.org/10.15304/epc.40.6878>; MONGE FERNÁNDEZ, A.: «Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz del caso «La manada». («Solo sí es sí»)», en MONGE FERNÁNDEZ, A. (Dir.)/PARRILLA VERGARA, J. (Coord.): *Mujer y Derecho Penal, ob. cit.*, pp. 339-370.

Un comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 21 de mayo de 2019 [ROJ: STS 1516/2019] sobre la inexistencia del débito conyugal en el matrimonio o en la relación de pareja puede verse en CIFUENTES CASTRO, N.: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 21 de mayo de 2019: no existe el débito conyugal en el matrimonio o en la relación de pareja», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 7, diciembre 2019, pp. 378-380.

43 Véase en este sentido la sentencia n.º 872/2001 del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 2001 (RJ 2001\2719).

sexual, pero en el transcurso de la misma, él se quita el preservativo. Es lo que se conoce como «stealthing», que, con arreglo a la legislación vigente hasta la Ley 10/2022, venía dando lugar a condenas por abuso sexual, dada la inexistencia de violencia o intimidación que hubieran permitido calificar estas conductas como agresión sexual. Desaparecidos del Código Penal los abusos sexuales, dichas conductas pasan a ser agresiones sexuales del art. 178 CP por entenderse que no es consentida la conducta de mantener relaciones sin preservativo<sup>44</sup>.

Por supuesto, si la retirada del preservativo diera lugar al contagio de una enfermedad de transmisión sexual, entraría en juego el correspondiente concurso de delitos entre el delito de agresión sexual y el de lesiones del art. 149 CP.

De que la práctica conocida como «stealthing» debe ser castigada no hay duda puesto que, si el consentimiento se prestó para el caso de mantener una relación con preservativo, la eficacia de este decae si aquel se retira. A partir de ese momento, si la relación sexual continúa, sin consentimiento de la víctima, hay agresión sexual y no cabe presumir que a la agredida le ha sido indiferente la retirada del mismo y hubiera consentido igualmente el mantenimiento de la relación sexual, incluso sin preservativo.

### 3.3. La esposa o pareja con análoga relación de afectividad como sujeto pasivo del delito de agresión sexual

Con la introducción del tipo agravado del art. 180.1.4.<sup>a</sup> CP mediante la LO 10/2022, el delito de agresión sexual entra a formar parte del elenco de delitos que hacen expresa referencia como sujeto pasivo a la esposa o a persona ligada actualmente o con anterioridad al autor por análoga relación de

44 Esta es la dictada por el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Salamanca, n.º 155/2019, de 15 de abril, n.º 155/2019, de 15 abril (JUR 2019\130303); SAP Barcelona, n.º 379/2020, de 14 de octubre (JUR 2020\345195) y la STSJ de Andalucía n.º 186/2021, de 1 de julio, JUR 2021\391841); SAP Sevilla, Sección 4.<sup>a</sup>, n.º 375/2020, de 29 de octubre (JUR 2021\289937) condenó por abuso sexual ya que, sin violencia ni intimidación, pero sin consentimiento, el condenado realizó actos contra la libertad sexual de la víctima.

La Audiencia Provincial de Pontevedra, en sentencia 156/2017, de 18 de julio (ARP 2017\1093) castigó por agresión sexual porque el condenado empleó violencia para mantener relaciones sexuales sin preservativo.

La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3.<sup>a</sup>, dictó otra sentencia, n.º 379/2020, de 14 octubre (JUR 2020\345195), que fue **absolutoria, al no quedar probado suficientemente que el hombre practicara el denominado *stealthing***, GUTIÉRREZ MAYO, E.: «La práctica denominada de *stealthing* como delito de abuso sexual», <https://elderecho.com/la-practica-denominada-de-stealthing-como-delito-de-abuso-sexual-en-el-analisis-de-jurisprudenciatuitatuit>

afectividad. Se añade así a la lista de la que forman parte los artículos 148.4, 153 CP, 171.4, 172.2, 172 bis, 172 ter, 173.4 o 197.7 párr.3.º CP. En las injurias o vejaciones injustas del art. 173.4 CP también se alude a que la víctima sea alguna de las mencionadas en el art. 173.2 CP, en el que se incluye al cónyuge. En los casos de *sexting* (divulgación no consentida de imágenes obtenidas con consentimiento de la víctima) se prevé un tipo agravado para cuando el autor es el «cónyuge o persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad» (art. 197.7, párr.3.º CP). Aquí no se especifica que la víctima de estos delitos deba ser mujer.

La predeterminación del sexo del sujeto pasivo dio lugar a cuestiones de inconstitucionalidad, como la planteada por la Juez María Poza Cisneros, del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Murcia. La STC 59/2008, de 14 de mayo<sup>45</sup>, avaló la constitucionalidad del precepto recurrido (art. 153.1 CP), declarando que era *razonable* la diferencia de trato punitivo en función de que la víctima de malos tratos fuera hombre o mujer. Resultaba novedoso en nuestro entorno jurídico la mención expresa al sexo del sujeto pasivo, en concreto a que fuera mujer, que incluía la LO 1/2004<sup>46</sup>. No faltará quien piense que esto atenta al principio de igualdad y al principio del hecho, conquistas del Derecho Penal de la Ilustración<sup>47</sup>. Sin embargo, no es infrecuente que nuestro Código Penal se refiera a determinados sujetos pasivos para reforzar su protección mediante la aplicación de una pena mayor cuando sean víctimas de ciertos delitos. Así, el Código Penal alude en algunos preceptos a menores, personas especialmente vulnerables, personas con discapacidad necesitadas de especial protección...<sup>48</sup> Puede pensarse que se trata de las mal llamadas «discriminaciones positivas»<sup>49</sup> trasladadas al Código Penal. Sin embargo, a mi juicio, constituye, simplemente, una protección reforzada de determinados colectivos y no la implementación de medidas de acción positiva al Código Penal.

---

45 «BOE» n.º 135, de 4 de junio de 2008, pp. 14-35.

46 Como curiosidad, en el parágrafo 183 StGB (Código Penal alemán) se menciona expresamente al hombre como autor de un delito de exhibicionismo: «Ein Mann, der eine andere Person durch eine exhibitionistische Handlung belästigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.» [«Un hombre que moleste a otra persona mediante una acción exhibicionista será castigado con una pena privativa de libertad de hasta un año o con multa»].

47 Véase, muy crítico con la LO 1/2004, GIMBERNAT ORDEIG, E. en el Prólogo al Código Penal de la editorial Tecnos, 14.ª edición.

48 Ej. art. 140.1.1.ª CP, 143 bis CP, 148.5 CP, 156 bis. 4 b) CP, 177 bis 2 CP y 4 b), 187 y ss. CP, 223 y ss. CP, 225 bis CP, 226 CP y ss., 361 bis CP, 362 quater 2.ª b CP, 369 CP, 370 CP, 607 bis, 9.º, párr.3.º CP.

49 LAURENZO COPELLO, P: «La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal», *RECPC*, 07-08, 2005; BARRÈRE UNZUETA, Á.: «La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 9, 2003, pp. 1-29.

### 3.4. ¿Qué se entiende por «análoga relación de afectividad»?

El Código Penal utiliza la expresión «análoga relación de afectividad» a la conyugal en los artículos 23 CP, 57.2, 148.2, 153.1, 171.4, 172.2, 173.2, 197.7, párr.3.º, 425, 443.1 y 3 y 454 CP<sup>50</sup>.

La determinación de la existencia o no de dicha relación de afectividad no es fácil. No lo es en ocasiones para los propios miembros de la pareja. Es habitual que la víctima afirme la existencia de esa relación y el agresor la niegue para exonerarse de responsabilidad penal o, al menos, aminorarla<sup>51</sup>.

Por parte de la doctrina y la jurisprudencia, se viene exigiendo una serie de requisitos para entender que una relación de pareja es «análoga a la matrimonial»<sup>52</sup>. Así, por ej., se requiere cierto compromiso o estabilidad, lo cual excluye las relaciones esporádicas<sup>53</sup>. La realidad hace que se planteen dificultades cuando se trata de relaciones «fluidas» o «abiertas» o del conocido como poliamor. Para determinar si la relación es equiparable a la matrimonial o no, se tienen en cuenta factores como la convivencia (si bien el Código Penal no la exige en los delitos que fueron modificados por la LO 1/2004 ni en los reformados por la LO 10/2022). En la práctica, los principales problemas se plantean en torno a la duración de la convivencia o la prueba de la misma, sobre todo si era esporádica<sup>54</sup>.

50 También la Ley 7/2018, de 30 de julio, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género, se refiere a la violencia ejercida contra una mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o haya mantenido con ella análogas relaciones de afectividad, con o sin convivencia.

51 SAP Vizcaya, Sección 6.ª, n.º 19/2015, de 27 de marzo (ARP 2015\470). La SAP Toledo, Sección 2.ª, n.º 12/2015, de 3 de marzo (JUR 2015\100259): «Por análoga relación de afectividad debe entenderse **aquellas situaciones que, trascendiendo los lazos de la amistad, del afecto y de la confianza, crean un vínculo de complicidad estable, duradero y con vocación de futuro, mucho más estrecho e íntimo, del que se generan obligaciones y derechos**».

52 VIDAL PÉREZ DE LA OSA, A.: «La «análoga relación de afectividad» en los delitos de violencia de género ¿en qué consiste?», <https://blog.sepin.es/2016/05/la-analoga-relacion-de-afectividad-en-los-delitos-de-violencia-de-genero-en-que-consiste>; GUTIÉRREZ MAYO, E.: «Las relaciones análogas de afectividad en el ámbito de la violencia de género», *El Derecho.com*, <https://elderecho.com/las-relaciones-analogas-afectividad-ambito-la-violencia-genero>, STS 510/2009, de 12 de mayo (RJ 2009\4861) y 697/2017, de 25 de octubre (RJ 2017\4785). Algunas sentencias sostenían que no es análoga a la matrimonial la relación que se mantiene con las amantes.

53 SAP Toledo, Sección 2.ª, de 3 de marzo de 2015 (JUR 2015\100259).

54 VIDAL PÉREZ DE LA OSA, A.: «La «análoga relación de afectividad...», *ob. cit.*, recoge en su ilustrativo comentario situaciones diversas que se encuentran en la jurisprudencia, en la que se ha apreciado la agravante de parentesco aunque la relación fuese durante los fines de semana (STS, Sala Segunda, de lo Penal, n.º 573/2015, de 6 de octubre, RJ 2015\4404); o una relación de convivencia durante un año (SAP Madrid —Sección 27.ª—



Se excluyen los amigos con derecho a roce o amigovios<sup>55</sup>; no se exige fidelidad, pero sí proyecto de vida en común. Esto ha conducido, en ocasiones, a excluir a las amantes como posible sujeto pasivo de los delitos relacionados con la violencia de género porque, pese a las similitudes que su relación puede guardar con la conyugal, no se considera que sea análoga sino «paralela» a esta<sup>56</sup>.

En los casos en que las relaciones se han entablado a través de redes sociales, no se suele entender que haya equiparación con la relación matrimonial<sup>57</sup>.

Aunque el art. 22.4.<sup>a</sup> y el art. 23 CP utilizan expresiones parecidas para referirse a la relación análoga a la matrimonial, no son sin más intercambiables las interpretaciones que la jurisprudencia hace en uno y otro caso<sup>58</sup>. En la agravante de parentesco se exige que la víctima «esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad» al autor y no se hace referencia a la ausencia de convivencia<sup>59</sup>, en tanto que en los delitos relacionados con la violencia de género y reformados por la LO 1/2004 sí se alude a que el sujeto pasivo no tiene por qué convivir con el agresor, y lo mismo sucede en

---

n.º 592/2015, de 8 de octubre, JUR 2015\277236); o se produjo en horas de la madrugada en el domicilio de la pareja (SAP Madrid, Sección Tribunal Jurado, n.º 550/2015, de 28 de septiembre, JUR 2015\257340); o la relación del acusado y la víctima como pareja sentimental tuvo varios periodos de convivencia (SAP Barcelona, Sección 20.ª, n.º 661/2015, de 22 de septiembre, JUR 2015\293503); o la víctima era prostituta en un bar de alterne y el acusado la sacó de allí y se la llevó a vivir de forma estable a su casa, salían juntos a comer y a cenar y la presentó a sus familiares (SAP Albacete, Sección Tribunal Jurado, n.º 189/2015, de 26 de mayo, JUR 2015\154727). Queda probada la agravante de parentesco, al acreditarse que la víctima y el acusado habían sido pareja y que incluso habían convivido juntos (SAP Lérida, Sección Tribunal Jurado, n.º 164/2015, de 4 de mayo, JUR 2015\169873).

No se aplica la agravante de parentesco en casos como los siguientes: cuando no pueda tenerse en cuenta la estabilidad a que alude el jurado en la relación entre el acusado y la víctima para apreciar la agravante de parentesco al no quedar probada la misma (STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, n.º 4/2014, de 18 de febrero, JUR 2015\86605). No se aprecia la agravante de parentesco pues la relación que mantuvieron en el pasado el acusado y la víctima no tuvo voluntad de subsistencia, sino que era un noviazgo con relaciones sexuales y sin convivencia (SAP Toledo, Sección 2.ª, de 3 de marzo de 2015, JUR 2015\100259).

55 1. m. y f. coloq. Arg., Méx., Par. y Ur.

Persona que mantiene con otra una relación de menor compromiso formal que un noviazgo.

56 Véanse SAP Ávila n.º 213/2007, de 26 de octubre (JUR 2008\102707), F.J.1, SAP Gerona 169/2005, de 14 de febrero (JUR 2005\80446) y SSAP Barcelona de 24 de enero, 11 de abril de 2007, 26 de mayo de 2008 (JUR 2008\195213) y 7 de octubre de 2008 (JUR 2009\38400).

57 GUTIÉRREZ MAYO, E.: «Las relaciones análogas de afectividad...», *ob. cit.*

58 STS n.º 81/2021, de 2 febrero (RJ 2021\317). La circunstancia agravante de parentesco requiere una estabilidad y convivencia no exigibles en la agravante de género. Véase también STS 79/2016, de 10 de febrero (RJ 2016, 509).

59 «Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad...»

los preceptos modificados por la LO 10/2022 y objeto de este comentario (art. 180.1. 4.ª y 181.4.d) CP), en los que tampoco se exige convivencia.

El hecho de que en la agravante de parentesco no se aluda a la ausencia de convivencia pudiera dar lugar a entender que se exige. Si así fuera, el tenor literal del precepto lo hubiera dicho expresamente. No obstante, parece exigible un mínimo de convivencia para aplicar dicha agravante ya que la víctima —según el propio art. 23 CP— ha de estar o haber estado ligada al autor «de forma estable» por análoga relación de afectividad. De no existir la misma, será posible aplicar la de género, si concurre<sup>60</sup>.

### 3.5. ¿Tiene sentido agravar la pena si el agresor es la expareja de la víctima?

Lo que se trata de esclarecer es si se debe castigar más una agresión sexual cuando el autor ha sido pareja de la víctima. Obviamente, cuando se produce una agresión sexual no consentida por parte de una expareja, se da por hecho que la relación de afectividad ya ha desaparecido. De exigirse afectividad, no

60 Si la víctima fuera hermana del agresor, con el que mantuviera una relación incestuosa, pudieran aplicarse la agravante de parentesco y de género. En Alemania sería delito, ya que está tipificado el incesto en el parágrafo 173 StGB, tipificación avalada por el Tribunal Constitucional alemán e, incluso, por el TEDH en la sentencia del caso *Stübing versus Germany*, de 12 de abril de 2012.

Bundesverfassungsgericht (*BVerfG*), 2 BvR 392/07, de 26 de febrero de 2008. La sentencia se encuentra disponible en:

[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080226\\_2bvr039207.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080226_2bvr039207.html)

Esta sentencia cuenta con un voto particular del prof. Hassemer, en el que se manifiesta en contra de la punibilidad del incesto (*Inzestverbot*). El Comité Ético Alemán se pronunció sobre la prohibición del incesto proponiendo su despenalización: [https://www.ethikrat.org/en/publications/publication-details/?tx\\_wwt3shop\\_detail%5Bproduct%5D=9&tx\\_wwt3shop\\_detail%5Baction%5D=index&tx\\_wwt3shop\\_detail%5Bcontroller%5D=Products&cHash=de226510c492c5d992c6ffc30e156015](https://www.ethikrat.org/en/publications/publication-details/?tx_wwt3shop_detail%5Bproduct%5D=9&tx_wwt3shop_detail%5Baction%5D=index&tx_wwt3shop_detail%5Bcontroller%5D=Products&cHash=de226510c492c5d992c6ffc30e156015)

GÓMEZ NAVAJAS, J.: «El incesto en la legislación alemana y española», en MARCHAL ESCALONA, N. (Dir.): *El Derecho comparado en la docencia y la investigación*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 420-435. El parágrafo 173 StGB (*Beischlaf zwischen Verwandten —coito entre parientes—*) dispone: «(1) Wer mit einem leiblichen Abkömmling den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer mit einem leiblichen Verwandten aufsteigender Linie den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft; dies gilt auch dann, wenn das Verwandtschaftsverhältnis erloschen ist. 2 Ebenso werden leibliche Geschwister bestraft, die miteinander den Beischlaf vollziehen.

(3) Abkömmlinge und Geschwister werden nicht nach dieser Vorschrift bestraft, wenn sie zur Zeit der Tat noch nicht achtzehn Jahre alt waren. ((3) Descendientes y hermanos no serán castigados si en el momento del hecho no son mayores de 18 años).

Con arreglo a este precepto, se castiga con pena de hasta tres años de prisión o multa a quien mantenga relaciones con un descendiente. Si la víctima es un pariente en línea ascendente, la pena será de hasta dos años o multa. También se castiga a los hermanos que mantengan relaciones.

se aplicaría el tipo agravado del art. 180.1. 4.<sup>a</sup> CP en ningún momento. Es evidente que la expareja no tiene relación de afectividad con la víctima, pero la tuvo. ¿Debe, entonces, agravarse una pena por el hecho de que la conducta haya sido cometida por una antigua pareja de la víctima? En principio, ha de huirse del automatismo en la aplicación de esta y de cualquier otra agravante. Al igual que no debe aplicarse la agravación consistente en actuar «en presencia de menores» (del art. 153.3 CP) si el menor presente en el lugar de la agresión tiene apenas unos días de vida (porque no es probable que a esa edad sufra un impacto psicológico por contemplar dicha agresión), no debe apreciarse sin más el art. 180.1.4.<sup>a</sup> CP cuando la agresión es cometida por una expareja, a no ser que pueda considerarse que, por ej., actuó por querer ejercer aún control sobre su expareja. Algunas sentencias no aplican la agravante por considerar que ya había desaparecido la relación de afectividad<sup>61</sup>. Es imprescindible tener presente cuál es el fundamento de la agravación y no aplicarla sin más por el mero hecho de que el sujeto activo encaje en la descripción del tipo penal por su condición de expareja. No obstante, es innegable que buena parte de las agresiones físicas y también sexuales hacia la mujer son cometidas por su expareja y, a mi juicio, está justificada la agravación en estos supuestos. Quizás solo en casos en los que hubiera transcurrido un lapso de tiempo excesivo desde el cese de la relación y la expareja pudiese considerarse «un extraño», se podría cuestionar la aplicación de la agravante de parentesco del art. 23 CP, en su caso, o del tipo agravado de agresión sexual del art. 180.1.4.<sup>a</sup> CP.

### 3.6. Posibilidad de concursos con otros delitos

La violación conyugal castigada en el art. 180.1.4.<sup>a</sup> CP puede concurrir con el delito de matrimonio forzado del art. 172 bis CP, con delitos de lesiones (arts. 147 y ss. CP), contra la integridad moral —art. 173 CP— etc., aplicándose en tales casos los correspondientes concursos de delitos.

## 4. Tipo agravado de agresión sexual a menor pareja o expareja del autor [art. 181.4. d) CP]

El art. 181.4 d) CP es un tipo agravado que se prevé para cuando la víctima (menor de dieciséis años) de la agresión sexual sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia. Dentro de las agresiones sexuales a menores del Capítulo II del Título VIII, es el equivalente al art. 180.1.4.<sup>a</sup> CP<sup>62</sup>, si bien aquí no se alude a la esposa porque, conforme al Código Civil (art. 46), los meno-

61 STS n.º 711/2000, de 19 de abril (RJ 2000\3714).

62 Ahora, tras la desaparición de la referencia a la indemnidad sexual en la rúbrica del Título VIII, tiene aún menos sentido, a mi juicio, que las agresiones sexuales a menores estén reguladas en un capítulo distinto a las de adultos.

res de dieciséis años no pueden casarse, a no ser que estén emancipados. Tampoco se dice expresamente que la víctima tenga que ser mujer, a diferencia de lo que establece el art. 180.1.4.<sup>a</sup> CP, en el que se especifica que el sujeto pasivo debe ser o haber sido «esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia».

La Proposición 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 de los menores modifica, entre otros, el art. 181, apartado 5 CP. El apartado d) del art. 181.5 CP, como el resto de apartados, permanece inalterado y sigue teniendo el tenor literal original de la LO 10/2022, previendo la aplicación de la pena de prisión correspondiente en su mitad superior «cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia».

Se añade un párrafo en el apartado 5 del art. 181 CP, con el siguiente contenido:

«En caso de que en la descripción de las modalidades típicas previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo se hubieran tenido en consideración alguna de las anteriores circunstancias, el conflicto se resolverá conforme a la regla del art. 8.4 de este Código».

Se incorpora también un apartado 6 al art. 181 CP según el cual «si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penal del apartado anterior se impondrán en su mitad superior».

La determinación de si agresor y víctima son pareja resulta aún más compleja que en el caso de los adultos, dada la inestabilidad de las relaciones de pareja a edad temprana. En caso de duda, habrá que optar, obviamente, por la interpretación más favorable al reo, entendiéndose que no se puede hablar de pareja si la relación era esporádica, muy incipiente, si solo eran «amigos con derecho a roce», etc.

En estos casos, no será de aplicación ni la circunstancia de género del art. 22.4.<sup>a</sup> CP ni la de parentesco del art. 23 CP, por ser inherentes a este tipo agravado. De aplicarse, se vulneraría claramente el principio *non bis in idem*.

## 5. Cuestiones procesales

### 5.1. La importancia del testimonio de la víctima

Dado que estos los delitos sexuales se cometen, por lo general, en la intimidad, a menudo solo se cuenta como prueba con el testimonio de la víctima, que debe atenerse a los requisitos que vienen siendo exigidos por la jurisprudencia: 1) ausencia de incredibilidad subjetiva; 2) verosimilitud y

3) persistencia en la incriminación. [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) 493/2006, de 4 de mayo (n.º 493/2006 de 4 de mayo, RJ 2006\2339, ROJ STS 1214/2005)].

En la mayoría de las ocasiones, no se contará más que con el testimonio de la propia víctima, que puede valer como prueba de cargo, suficiente para desmontar la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). A veces, se dispone también de algún informe médico<sup>63</sup>.

Es importante tener en cuenta la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que, haciéndose eco de la normativa internacional al respecto<sup>64</sup>, recoge un catálogo de derechos de las víctimas.

## 5.2. Denuncias falsas

En general, el porcentaje de denuncias falsas (en este y otros ámbitos) es bajo, en contra de lo que a veces se quiere hacer creer<sup>65</sup>. No obstante, puede que en algún caso se realice con fines espurios una denuncia falsa por malos tratos o, más específicamente, por agresión sexual. En estos supuestos será de aplicación el delito de acusación y denuncia falsa del art. 456 CP<sup>66</sup>.

## 5.3. Denuncias tardías

Las denuncias tardías operan en contra de la víctima en la medida en que no favorecen su credibilidad y pueden ser en vano, en tanto es probable que hayan prescrito los delitos denunciados o se hayan debilitado las pruebas que acrediten la comisión de los mismos<sup>67</sup>.

63 FERNÁNDEZ-NOGUERAS JIMÉNEZ, V./MARÍA CASTELLANO ARROYO: «La violación en el matrimonio», *Ciencia forense: Revista Aragonesa de Medicina Legall*, n.º 4, 2002 (ejemplar dedicado a Delitos sexuales), pp. 95-106.

CERRATO GURI, E./CASANOVA MARTÍ, R.: «La prueba de los delitos sexuales en caso de ausencia de consentimiento y su valoración judicial», en AGUSTINA, J.R. (Coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, ob. cit. pp. 153-165.

64 Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de los delitos

65 <https://www.epdata.es/datos/violencia-genero-estadisticas-ultima-victima/109/espana/106>; <https://www.epdata.es/numero-condenas-denuncia-falsa-casos-violencia-genero/ef50d85c-804c-4b30-bf1a-a76eff9b6c0b>

66 SANTANA VEGA, D.: «De la acusación y denuncia falsas y de la simulación de delitos», en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (Dir.)/VERA SÁNCHEZ, J. S. (coord.): *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1523-1528.

67 Recuérdese lo tardío del movimiento «Me too» surgido en Estados Unidos. Véase, por ej.: <https://elpais.com/especiales/movimiento-metoo/cronologia/>

La cifra negra en los delitos sexuales es elevada y lo será también, aún más, en el caso de las violaciones en el matrimonio porque la víctima considerará vergonzante denunciar a su marido por haberla agredido sexualmente. Esto se acusa aún más en núcleos de población pequeños, donde el anonimato resulta difícil o imposible.

## 6. Conclusiones

1.<sup>a</sup> En principio, es positiva la inclusión en el art. 180.1.4.<sup>a</sup>) CP de un tipo agravado de agresión sexual para el supuesto en el que la víctima es la «esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia». Es un acierto de una ley controvertida, la LO 10/2022, que presenta aspectos polémicos y discutidos y ha producido efectos no deseados, como la excarcelación o disminución de pena de condenados por delitos sexuales<sup>68</sup>. Constituye un acierto la introducción de este tipo agravado porque no debía prolongarse por más tiempo la inexplicable ausencia de la agravación de la agresión sexual realizada por el marido, la pareja o la expareja de la víctima, siendo, como son, las agresiones sexuales una de las manifestaciones más notorias de la violencia de género. Además, es sabido y está probado que el ámbito de la pareja, como el entorno familiar, es un espacio en el que, en contra de lo que pudiera parecer, se cometen con frecuencia este tipo de agresiones, aprovechando la privacidad del hogar. No solo carecería de sentido no agravar la conducta de quien agrede sexualmente a su cónyuge, pareja o expareja, sino que sería absolutamente intolerable e impropio de un estado de Derecho civilizado. No obstante, es cierto que, antes de la introducción de este tipo agravado, las agresiones sexuales cometidas por el cónyuge, pareja o expareja de la víctima podían agravarse aplicando la circunstancias de parentesco (art. 23 CP) y, en su caso, la de género (art. 22.4.<sup>a</sup> CP).

2.<sup>a</sup> La agravación del art. 180.1.4.<sup>a</sup> CP (como cualquier otra) no se debe aplicar automáticamente cuando quien comete la agresión sexual no es el cónyuge (dato objetivamente verificable) sino la pareja o la expareja de la víctima. Se aplicará únicamente cuando proceda conforme a las circunstancias del hecho. Es preciso y obligado huir, en todo caso, del automatismo en la

---

68 La Ley 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual está dando lugar, como efecto colateral no deseado y parece que tampoco previsto, a excarcelaciones de condenados por delitos sexuales, en virtud del art. 9 CE y 2.2 CP, que se refieren a la irretroactividad de la ley penal más favorable. Al respecto, es interesante consultar el Decreto del Fiscal General del Estado de unificación de criterios tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 21 de noviembre de 2022. Sobre la revisión de sentencias por delitos sexuales, la respuesta de las distintas Audiencias Provinciales está siendo diversa. Sobre la ley del «*solo sí es sí*» y algunas cuestiones polémicas que plantea, puede verse ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: «La libertad sexual en peligro», *Diario La Ley*, n.º 10007, 10 de febrero de 2022.

aplicación de las agravaciones y apreciarlas solo cuando quede probada su concurrencia y esté justificada su aplicación, atendiendo al fundamento de las mismas. Si el agresor es pareja de la víctima, habrá de exigirse un mínimo de consistencia a la relación afectiva. Y, si fuera expareja de la víctima, habrá de atenderse a que la relación mantenida en su momento no fuera fugaz y, por ejemplo, al tiempo transcurrido desde el cese de la misma.

3.<sup>a</sup> Es necesario y de trascendental importancia determinar bien qué se entiende por «análoga relación de afectividad», tanto en el art. 180.1.4.<sup>a</sup> CP, como en otros preceptos penales en los que se usa idéntica expresión. Para ello es importante atender a lo que al respecto han mantenido la doctrina y la jurisprudencia, no siempre unánimes.

4.<sup>a</sup> El art. 23 CP no usa la misma expresión para referirse a la víctima («ser el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad») que la que figura en los preceptos reformados por la LO 1/2004 (art. 148.4.<sup>a</sup>, 153.1 CP, 171.4, 172.2 CP), en los que sí se dice expresamente que no es necesaria la convivencia. Aunque pudiera pensarse que sigue siendo cierto aquello de que «donde la ley no distingue no conviene distinguir» (*in claris non fit interpretatio*) y que, por consiguiente, para la agravante de parentesco del art. 23 CP no es necesaria la convivencia, en realidad, si se atiende a su tenor literal, sí se exige estabilidad en la relación de pareja para aplicarla.

5.<sup>a</sup> La introducción del art. 180.1.4.<sup>a</sup> CP evita tener que aplicar el delito de agresión sexual junto con las agravantes de género (art. 22.4.<sup>a</sup> CP) y de parentesco (art. 23 CP) en los casos en los que la víctima sea la mujer cónyuge, pareja o expareja del agresor, al ser dichas agravantes inherentes al nuevo tipo agravado de agresión sexual del art. 180.1.4.<sup>a</sup> CP y al art. 181.4 d) CP, como lo son a todos los tipos penales en los que aparece predeterminado el sexo del sujeto pasivo, exigiéndose que sea mujer (cónyuge, pareja o expareja del agresor).

6.<sup>a</sup> La agravante de género del art. 22.4.<sup>a</sup> CP solo se aplicará en delitos sexuales cuando la víctima no sea cónyuge, pareja o expareja del agresor<sup>69</sup>, dado que, si lo fuera, esa circunstancia ya forma parte del tipo agravado del art. 180.1.4.<sup>a</sup> CP y del art. 181.4 d) CP y aplicarla juntamente con los mencionados tipos agravados constituiría una infracción del principio *non bis in idem*.

---

69 STS 444/2020, de 14 de septiembre (RJ 2020\3274) y STS 565/2018, de 19 de noviembre (RJ 2018\4957), marcando una línea seguida por otras posteriores, «el ámbito de aplicación de la agravante de discriminación por razones de género extravasa las relaciones conyugales o de pareja» y la agravante de género será aplicable a «cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer» (STS 565/2018, de 19 de noviembre).

7.ª En definitiva y, como conclusión final, es un acierto la introducción del tipo agravado de agresión sexual por parte del cónyuge o de la pareja o expareja de la víctima, pero habrá que precisar con criterios más claros qué se entiende por pareja de la víctima y si se debe, en todo caso, agravar la pena a la expareja que cometa una agresión sexual. Con ello se evitarán vacilaciones jurisprudenciales.

## 7. Bibliografía

**ACALE SÁNCHEZ, M.:** «La reforma de los delitos contra la libertad sexual de mujeres adultas: una cuestión de género», en *Mujer y Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 215-254.

**AGUDO FERNÁNDEZ, E./JAÉN VALLEJO, M./PERRINO PÉREZ, Á. L.:** *Derecho Penal de género*, Cuniep, Madrid, 2021.

**ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.:** «La libertad sexual en peligro», *Diario La Ley*, n.º 10007, 10 de febrero de 2022.

**ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, A. M.ª :** «Deberes conyugales: consecuencias jurídicas de su incumplimiento», *Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, Año 13, N.º 26, octubre 2019 - marzo de 2020, pp. 235-266. ISSN-e: 2594-0708.

**BARRÈRE UNZUETA, Á.:** «La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión», *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, n.º 9, 2003, pp. 1-29.

**BORJA JIMÉNEZ, E.:** «La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4.ª CP», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.); MATALLÍN EVANGELIO, Á. / GÓRRIZ ROYO, E. (coords.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 119-123.

**CALVO LÓPEZ, M.:** «Razones para modificar la regulación de los delitos contra la libertad sexual», *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín, n.º 13, marzo 2021, pp. 3-8.

**CAMARENA GRAU, S.:** «Consentimiento y libertad en el Anteproyecto de Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual», *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín, n.º 13, marzo 2021, pp. 39-46.

**CERRATO GURI, E.:** *La prueba de la violencia de género y su problemática judicial*, La Ley, Madrid, 2022.



- CIFUENTES CASTRO, N.:** «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 21 de mayo de 2019: no existe el débito conyugal en el matrimonio o en la relación de pareja», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 7, diciembre 2019, pp. 378-380.
- CUELLO CALÓN, E.:** *Derecho Penal*, tomo II (vol. II), Bosch, Barcelona, 1967.
- DEL CARPIO FIESTAS, V.:** «¿Consecuencias jurídicas de la negativa a mantener relaciones sexuales en el matrimonio? El criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», <https://ingirumimusnoctetconsumimurigni.com/2022/03/22/tedh/>, 22 de marzo de 2022.
- ESCODA MERINO, M<sup>a</sup> del P.:** «Una ley necesaria, que necesita mejorar», *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín, n.º 13, marzo 2021, pp. 34-38.
- FARALDO CABANA, P.:** «Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género», en *Mujer y Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 255-283.
- FARALDO CABANA, P./RAMÓN RIBAS, E.:** «"Solo sí es sí", pero de verdad. Una réplica a Gimbernat». *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, pp. 21-42.
- FERNÁNDEZ-NOGUERAS JIMÉNEZ, V./CASTELLANO ARROYO, M.:** «La violación en el matrimonio», *Ciencia forense: Revista aragonesa de medicina legal*, ISSN 1575-6793, n.º 4, 2002, pp. 95-106.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.:** «Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1969, pp. 489-510.
- «Solo sí es sí», *Iustel*, 27 de abril de 2020.
- GÓMEZ CONESA, A.:** «Análisis crítico del agravante por razones de género del art. 22.4 CP», *Diario La Ley*, n.º 9895, 2021. ISSN: 1989-6913.
- GÓMEZ NAVAJAS, J.:** «La perspectiva de género en Derecho Penal», en ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (Dir.): *El Derecho Penal en el siglo XXI*, Liber Amicorum en honor al Prof. José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 247-266.
- «El incesto en la legislación alemana y española», en MARCHAL ESCALONA, N. (Dir.): *El Derecho comparado en la docencia y la investigación*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 420-435.
- «Aspectos mejorables de la protección penal frente a la violencia de género», *Estudios en homenaje al Prof. Dr. D. Jesús Martínez Ruiz*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 171-198.

**GUTIÉRREZ MAYO, E.:** «Las relaciones análogas de afectividad en el ámbito de la violencia de género», *El Derecho.com*, <https://elderecho.com/las-relaciones-analogas-afectividad-ambito-la-violencia-genero>.

— «¿Son compatibles la circunstancia agravante de género y la circunstancia mixta de parentesco respecto de unos mismos hechos?», en <https://elderecho.com/son-compatibles-la-circunstancia-agravante-de-genero-y-la-circunstancia-la-mixta-de-parentesco-respecto-de-unos-mismos-hechos>

— «La práctica denominada de *stealththing* como delito de abuso sexual», <https://elderecho.com/la-practica-denominada-de-stealththing-como-delito-de-abuso-sexual-en-el-analisis-de-jurisprudenciatuitatuit>

**HÖPFNER, J. M.:** Der Trauschein als Freibrief? — Zur Straffreiheit der Vergewaltigung in der Ehe bis zur Reform am 1. Juli 1997 und zugleich zur heutigen praktischen Relevanz der Vergewaltigung in der Ehe.

**JERICÓ OJER, L.:** «Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal», en *Mujer y Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 285-337.

**KRATZER, I.:** Die Geschichte des Vergewaltigungstatbestandes — Aufbruch contra Konservierung, KriPoz, 2021 <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2021/09/hoepfner-zur-straffreiheit-der-vergewaltigung-in-der-Ehe-bis-zur-reform.pdf>

**LAURENZO COPELLO, P.:** «La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal», *RECPC*, 07-08, 2005.

**LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ, S.:** «La agravante de discriminación por género como respuesta a las limitaciones penales en la violencia de género», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. ISSN 2253-6655 159 n.º 22, abril 2022 - septiembre 2022, pp. 158-187.

**MAQUEDA ABREU, M.ª L.:** «La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social», *RECPC*, 08-02, 2006.

**MAQUEDA ABREU, M.ª L.:** «¿Por qué los hombres matan a las mujeres...y después se suicidan? Algunas respuestas desde los estudios de género y el derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2022, n.º 24-29, pp. 1-23. ISSN 1695-0194

**MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.:** «La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, n.º 20, 2018. ISSN-e: 1695-0194.

— MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022.

- MARTÍNEZ PERZA, C.:** «Sobre la necesidad de reforma de los delitos sexuales en el Código Penal», *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín, n.º 13, marzo 2021, pp. 9-18.
- MONGE FERNÁNDEZ, A.:** «Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz del caso «La Manada». («Solo sí es sí»)», en MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.)/PARRILLA VERGARA, J. (coord.): *Mujer y Derecho Penal*, ob. cit., pp. 339-370.
- MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.)/PARRILLA VERGARA, J. (coord.):** *Mujer y Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 2019.
- OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.:** *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, Iustel, Madrid, 2019.
- PARRILLA VERGARA, J. (coord.):** «La perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: alevosía y agravante de género», *Mujer y Derecho Penal*, ob. cit., pp. 31-69.
- PÉREZ CONCHILLO, E.:** *Intimididad y difusión de sexting no consentido*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018.
- PLANAS ROSSELLÓ, A.:** «Los delitos contra el matrimonio y la moral sexual en el Derecho histórico de Mallorca», en *BSAL, Boletí de la Societat Arqueològica Lul·liana*, n.º 56, 2000, pp. 45-64.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.:** *Curso de Derecho Penal (tomo II)*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963 <https://almacenederecho.org/la-retroactividad-y-los-delitos-contra-la-libertad-sexual-cronica-de-un-desatino>
- *Comentarios al Código Penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.
- QUINTERO OLIVARES, G.:** «La retroactividad y los delitos contra la libertad sexual: crónica de un desatino».
- QUINTERO OLIVARES, G./PORTILLA CONTRERAS, G.:** «La reforma de los delitos contra la libertad sexual, magro triunfo del relativismo populista y sabotaje al Derecho» <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2022/06/03/la-reforma-de-los-delitos-contra-la-libertad-sexual%EF%BF%BC/>;
- QUINTERO OLIVARES, G.:** «La contrarreforma de los delitos contra la libertad sexual», <https://globalpoliticsandlaw.com/blog/2023/02/06/reforma-ley-solo-si-es-si/>
- RAGUÉS I VALLÉS, R.:** «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. <sup>a</sup> (dir.); RAGUÉS I VALLÉS, R. (coord.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 133-161.

**RAMOS TAPIA, M.<sup>a</sup> I.:** «El estropicio del "solo sí es sí" no tiene arreglo», *Diario de Sevilla*, 10 de febrero de 2023.

**RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.<sup>a</sup> :** *Derecho Penal, Parte Especial*, Talleres Gráficos, Ed. Castilla, Madrid, 1969.

**RODRÍGUEZ ORTIZ, V.:** *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*. Madrid: Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid, 1997.

**RUSSEL, B.:** *Marriage and Morals*, Liveright, 1929.

**SÁNCHEZ TEJERINA, I.:** *Derecho Penal II*, Reus, Madrid, 1954.

**SANTANA VEGA, D.:** «De la acusación y denuncia falsas y de la simulación de delitos», en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (dirs.); VERA SÁNCHEZ, J. S. (coord.): *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1523-1528.

**SEOANE MARÍN, M.<sup>a</sup> J./OLAIZOLA NOGALES, I.:** «Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, pp. 455-490.

**VALVERDE CANO, A. B.:** «Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», en PÉREZ ALONSO, E. J. (coord.): *Derecho Penal. Parte General*, B de F, 2022, pp. 368 y ss.

**VARELA CASTEJÓN, X.:** «Notas sobre la propuesta de reforma de los delitos contra la libertad sexual», *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín, n.º 13, marzo 2021, pp. 19-33.

**VIDAL PÉREZ DE LA OSA, A.:** «La "análoga relación de afectividad" en los delitos de violencia de género ¿en qué consiste?», 18 de mayo de 2016.

# **ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS EMPLEADOS PARA NEGAR LA APLICACIÓN DEL DELITO CONTINUADO EN LAS VIOLACIONES EN GRUPO: REFLEXIONES AL HILO DEL CASO «LA MANADA»**

Jara Bocanegra Márquez<sup>1</sup>

*Universidad de Sevilla*

## **1. El caso «La Manada»: origen de discusiones y reformas penales**

Los hechos ocurridos en la madrugada del 7 de julio de 2016, durante las fiestas de San Fermín en Pamplona (Navarra), en los que cinco varones de fuerte complexión, tras acorralar a una chica dentro del portal de un edificio, en un pequeño habitáculo, la penetraron por turnos por vía bucal, vaginal y anal, ante el estupor de esta —que, ante la manifiesta superioridad numérica y física de sus agresores, y el miedo a una posible reacción violenta de estos si se resistía, adoptó una actitud de pasividad—, dieron lugar al dictado de una sentencia, que, si bien fue condenatoria, generó un aluvión de protestas sociales, cuyos lemas reivindicativos principales, mostrados en pancartas, fueron: «No es no» y «No es abuso, es violación». La condena de la SAP Navarra 38/2018, de 20 de marzo, ratificada luego por la STSJ Navarra 8/2018, de 30 de noviembre, de los cinco acusados como autores, cada uno de ellos, de un delito continuado de abusos sexuales con prevalimiento cualificado por la concurrencia del acceso carnal, hizo «poner el grito en el cielo» a gran parte de la ciudadanía, y, especialmente, al colectivo feminista, que se preguntaba cómo era posible que los hechos no hubiesen sido calificados como violación.

---

1 Actual beneficiaria de las ayudas para la recualificación del profesorado universitario contratado, financiadas por la Unión Europea (NextGenerationEU), en virtud de la Convocatoria de la Universidad de Sevilla para la recualificación del sistema universitario español para 2021-2023 (Resolución de 28 de junio de 2021).

Muchos secundaban dichas protestas por una actitud de incompreensión, fundada seguramente en el siguiente razonamiento: si para todo «hijo de vecino» claramente los hechos constituían una violación, ¿por qué los jueces lo calificaban como «abuso» —término este que alude a algo más leve, y que efectivamente conlleva una sanción menos grave—?<sup>2</sup> La conclusión a la que muchos llegaron era que, o bien los jueces eran machistas, e interpretaban las leyes en contra de las víctimas de delitos sexuales, generalmente mujeres, o bien las leyes eran las machistas, o bien ambos factores cumulativamente. Otros, por su parte, conociendo las diversas figuras legales previstas para reprimir las ofensas a la libertad sexual, y, teniendo, por tanto, presente la configuración legal de los abusos y las agresiones sexuales, y sus diferencias, secundaban las protestas ante el convencimiento de que en los hechos enjuiciados concurría claramente intimidación, no pudiendo hablarse tan solo de prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta<sup>3</sup>. Como sabemos, finalmente el Tribunal Supremo, en sentencia 344/2019, de 4 de julio, dio la razón a estas reivindicaciones, al modificar el fallo de las sentencias de instancia, condenando a cada acusado por un delito continuado de agresión sexual cualificada, véase: violación, señalando que, para someter a la víctima, todos ellos hicieron uso de una intimidación de carácter grave, propia de esta figura penal.

Este caso judicial ha suscitado un enconado debate jurídico, no solo con relación a la calificación jurídica de los hechos, sino también sobre la regulación penal entonces existente de los ataques a la libertad sexual, que trae su origen en la misma LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP), y que contempla una dualidad de figuras: los abusos sexuales, para la represión de los actos que atenten contra la libertad sexual de una persona sin mediar violencia o intimidación, con un marco penal de uno a tres años de prisión, en su tipo básico, y de cuatro a diez años, en su tipo cualificado por concurrir acceso carnal o introducción de objetos o miembros corporales en las vías vaginal o anal<sup>4</sup>, y las agresiones sexuales, para el

2 Señalé esta cuestión terminológica —véase: la diferencia entre los términos del lenguaje coloquial y del jurídico— como una de las causas de la gran afluencia social en las protestas contra la primera sentencia del caso de «La Manada», en BOCANEGRA MÁRQUEZ, J.: «Tratamiento jurídico-penal de las comúnmente llamadas “violaciones múltiples”», en ACALE SÁNCHEZ, M.; MIRANDA RODRIGUES, A. I.; NIETO MARTÍN, A. (coord.), *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, 2021, p. 295.

3 La entonces figura de los abusos sexuales, que se contenía en el art. 181 CP, antes de su reforma por la comúnmente llamada «Ley Montero», disponía en su apartado 3: «La misma pena se impondrá cuando *el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima*». Nótese que la referencia a «la misma pena» el legislador se refería a las de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en la modalidad del tipo básico, y de prisión de cuatro a diez años, en el tipo agravado, esto es: cuando concorra acceso carnal o introducción de objetos o miembros corporales.

4 Véanse los apartados 1 y 4 del art. 181 CP antes de la reforma del CP operada por LO 10/2022, de 6 de septiembre.

castigo de dichos actos cuando sí medien dichos medios comisivos, con las penas de uno a cinco años, en su tipo básico, y seis a doce, en el tipo cualificado de violación<sup>5</sup>.

Había quienes reprobaban la distinción legal alegando como claro ejemplo de su disfuncionalidad la sentencia sobre el caso «La Manada». Se sostenía que prever a nivel legal mayores penas para las ofensas a la libertad sexual en las que hay violencia o intimidación podía llevar a difundir peligrosamente entre la colectividad —y, sobre todo, entre las mujeres, que son las principales víctimas de estos delitos— el mensaje de que, dado el fatídico caso de sufrir una ofensa a la libertad sexual, es conveniente tratar de hacer frente al autor o autores, pese a poder poner con ello en peligro la propia integridad física o la propia vida<sup>6</sup>. Asimismo, se señaló, desde este sector, que la división abuso sexual-agresión sexual contribuía a situar el foco de atención en el comportamiento de la víctima, en vez de en el del autor o autores, con el consiguiente efecto «revictimizante»<sup>7</sup>.

Por otra parte, estaban los que defendían la diferenciación legal, viéndola viéndola como el reflejo de una justa aplicación. del principio de proporcionalidad, según el cual deben discriminarse las conductas en función de la gravedad del injusto y de la culpabilidad, previéndose marcos penales diversos para conductas de diversa entidad<sup>8</sup>. Se señalaba, desde este sector, que

5 Véanse arts. 178 y 179 CP antes de la reforma.

6 Así, ACALE SÁNCHEZ, M.: «La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género», en MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, J. M. Bosch, 2019, p. 243; 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 CABANA, P. / ACALE SÁNCHEZ, M. (dirs.); RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. / FUENTES LOUREIRO, M. A. (coord.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, pp. 289 y ss.

7 *Ibidem*, pp. 242 y 243, donde la autora señala que la existencia de dos figuras penales contribuye a «desfocalizar» el núcleo del injusto, que pasa a centrarse erróneamente en los actos de la víctima, y no en los del autor.

8 Puede citarse, entre otros muchos —porque este parece ser el sector predominante —, a CARUSO FONTÁN, V.: «¿Sólo Sí es Sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en *Diario La Ley*, n.º 9594, 2020; Díez RIPOLLÉS, J. L.: «El no es no», EL PAÍS, mayo 2018; 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*, n.º 77, 2018, p. 12; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «Las huellas de la Manada», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 77, 2018, p. 19; o 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 *Revista Penal*, n.º 43, 2019, pp. 292-294, señalando este último que la conducta de conseguir el acceso carnal mediante una «amenaza de muerte, poniéndole a la víctima una navaja en el cuello, o golpeándola con la amenaza de proseguir con los golpes cada vez más fuertes y violentos» hasta que la víctima acceda a la relación es más grave y presenta mayor potencial para forzar la voluntad de la persona amenazada que el comportamiento de ejercer un chantaje emocional o prometer una mejor calificación en la

el uso de la violencia o intimidación ha sido tradicionalmente considerado como circunstancia que incrementa la gravedad del injusto de la conducta, como pondría de manifiesto la diferenciación legal entre el hurto y el robo, o la previsión de tipos cualificados por razón del empleo de estos medios comisivos en muchas infracciones penales<sup>9</sup>.

Recientemente este debate ha sido zanjado por el legislador, pues una de las medidas acordadas por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, ha sido la modificación del CP, en el sentido de suprimir los abusos sexuales y prever las agresiones sexuales como única figura penal para sancionar las ofensas a la libertad sexual, reconduciendo a la misma los casos que hasta el momento venían calificándose de abuso. El actual delito de agresiones sexuales, contemplado en los arts. 178 y ss. CP, viene, así, a castigar «*cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento*» (art. 178.1 CP), entendiéndose comprendido en dicho supuesto de hecho, *ex art.* 178.2 CP, «los actos sexuales 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». El nuevo marco penal de este delito, de contornos tan amplios, es el de prisión de uno a cuatro años, en su tipo básico (art. 178.1 CP), y cuatro a doce años, en su tipo cualificado, aplicable en los casos en que el acto sexual consista en el «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal», o en la «introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías» (art. 179 CP). El legislador ha justificado esta modificación remarcando que el núcleo del injusto de las ofensas a la libertad sexual está en la misma realización de actos sexuales *sin el consentimiento de la víctima*, poniéndose el foco en esta ausencia de consentimiento. No obstante, los medios comisivos empleados siguen incidiendo en cierta medida en la pena en la nueva regulación penal, pues el nuevo art. 180 CP prevé tipos cualificados de agresiones sexuales, ya en relación con los actos generales contra la libertad sexual, tipificados en el art. 178 CP —dos a ocho años—, ya con la violación del art. 179 CP —siete a quince años—, entre los que se encuentra el uso de la violencia y el prevalimiento de una situación de superioridad. Llama, sin embargo, la atención que se exija, para aplicar el incremento punitivo, que la violencia

---

nota de un examen o un aumento de sueldo para conseguir el acceso carnal. Yo también me posicioné, en su momento, en este sentido, en BOCANEGRA MÁRQUEZ, J.: «Tratamiento jurídico-penal...», *ob. cit.*, pp. 304 y 305.

9 Véase, por ejemplo, el delito de explotación sexual de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección (art. 188.2 CP), la pornografía infantil o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección (arts. 189.2.b y 189.3 CP), o el allanamiento de morada (arts. 202.2 CP y 203.3 CP).



sea de un carácter «extremo»<sup>10</sup>, así como que no figure expresamente, entre las circunstancias agravantes, el uso de la intimidación, y sí esté, en cambio, el mencionado prevalimiento de una relación de superioridad<sup>11</sup>, siendo esta última menos grave que la primera.

Vista la realidad normativa actualmente vigente, y el contexto que la precede y la explica, se abordará en lo siguiente una cuestión que, si bien no atañe directamente al contenido de la reciente reforma del CP, adquiere una suma importancia en la aplicación práctica de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Me refiero al clásico dilema de si ha de aplicarse o no la figura del delito continuado a actos ilícitos de carácter a los actos ilícitos de carácter sexual consistentes en acceso carnal cuando son ejecutados por dos o más sujetos que se intercambian los roles, véase: en casos como el de «La Manada».

## **2. Delito continuado de violación en contextos grupales con intercambio de roles: ¿sí o no?**

### **2.1. Origen, evolución y estado actual de la doctrina jurisprudencial**

En relación con los supuestos en que una pluralidad de sujetos accede carnalmente, por turnos, a una persona sin su consentimiento, los tribunales han sido, y son hoy día, prácticamente unánimes en cuanto a apreciar al menos la existencia de tantas acciones típicas como personas distintas penetran a la víctima, atribuyéndose todas ellas a la totalidad de sujetos. Así, en el caso «La Manada», se consideró que cada una de las cinco personas que había accedido carnalmente a la víctima había cometido cinco acciones típicas de violación: la acción correspondiente a su propia cópula, y las cuatro acciones típicas correspondientes a los accesos carnales ejecutados por el resto de sus cuatro compañeros, respecto a los que había contribuido con su presencia, traducida en la creación del citado ambiente intimidatorio.

Si con relación a este extremo parece no haber habido mucha discusión, sí ha sido, por el contrario, muy debatida la cuestión de cómo han de castigarse dichas plurales acciones típicas perpetradas por cada uno de los intervinien-

10 Véase el apartado 2.º del art. 180.1 CP, que determina el aumento de las penas «cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio».

11 Así el apartado 5.º del apartado 1 del art. 180, que se refiere a «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».

tes. Así, se ha discutido sobre si esas acciones típicas habrían de ser valoradas de manera individualizada, aplicándose un concurso real de delitos, o consideradas conjuntamente, apreciándose un delito continuado. Optar por una calificación jurídica u otra implica diferencias importantes en el plano penológico. Volvamos al caso «La Manada»: si se hubiera condenado a cada uno de los acusados como responsable de cinco delitos de violación —delito castigado en el momento de los hechos con una pena de 6 a 12 años de prisión, sin considerar la posible existencia de circunstancias agravantes—, la pena máxima de prisión a imponer a cada uno de ellos sería 20 años *ex arts. 75 y 76 CP*; sin embargo, si se aplicaba la figura del delito continuado (de violación) —como efectivamente sucedió—, la pena máxima a imponer *ex art. 74.1 CP* sería 15 años, en el caso en que el juez acordara aplicar la mitad inferior de la pena superior en grado, o bien de 12 años, en el caso en que se decidiera a aplicar solamente la pena en su mitad superior<sup>12</sup>.

Lo cierto es que en los hechos objeto de estudio parecen, en principio, concurrir los elementos constitutivos del delito continuado. Estamos ante una pluralidad de acciones típicas, que resultan relativamente homogéneas en su *modus operandi*<sup>13</sup>, infringen todas ellas un mismo precepto penal —el relativo al delito de violación—, y se realizan por los mismos sujetos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión<sup>14</sup>, de manera continuada, y sin la concurrencia de lapsos temporales relevantes entre ellas, en unas mismas coordenadas espacio-temporales<sup>15</sup>. Las acciones típicas podrían presentarse como una «infracción unitaria» atendiendo a una

12 Nótese que la regulación legal del delito continuado habilita a los jueces a optar entre dos posibles vías de castigo: la pena superior en grado a la de la infracción más grave de las perpetradas, o la mitad inferior de la pena superior en grado de la infracción más grave de las cometidas. Dispone el art. 74.1 CP que el delito continuado será castigado con «*la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado*».

13 El requisito del carácter homogéneo del *modus operandi* de las diversas acciones típicas no aparece expresamente recogido en el art. 74.1 CP, aunque puede colegirse en cierto modo del requerimiento legal de que las acciones típicas infrinjan el mismo precepto o preceptos de igual o semejante naturaleza. La jurisprudencia lo viene requiriendo de forma clara en numerosas sentencias, como la STS 654/2020, de 2 diciembre, F. J. 3.º, apartado 2: «se requiere una cierta homogeneidad del *modus operandi* en las diversas acciones, utilizando *métodos, medios o técnicas de carácter análogo o parecido*».

14 Establece el art. 74.1 CP que «el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados».

15 Este elemento, el de la proximidad temporal entre las diversas acciones típicas, no aparece recogido expresamente en el tenor literal del art. 74.1 CP, pero sí viene exigiéndose por la jurisprudencia. Véase la sentencia referida *supra* (STS 654/2020, de 2 diciembre), que, en referencia a los requisitos de la continuidad delictiva, señala: «También requiere una *cierta conexión temporal* —entiéndase, entre las diversas acciones típicas—, para cuya

perspectiva de antijuricidad material<sup>16</sup>. Las ofensas a la libertad e indemnidad sexuales, si bien atañen a bienes jurídicos personalísimos, no están vetadas a la aplicación del delito continuado, siempre y cuando las diversas acciones típicas tengan como sujeto pasivo a la misma persona, como sucede en estos casos. No obstante, insta señalar que con relación a estas ofensas —además de a las ofensas contra el honor— el art. 74.3 CP faculta a los jueces a apreciar o no la continuidad delictiva en consideración a la naturaleza del hecho y del precepto infringido<sup>17</sup>, pudiendo estos no aplicarla si así lo estiman en aplicación de dichos criterios, aun cuando en los hechos enjuiciados concurren todos los elementos del delito continuado<sup>18</sup>.

El carácter potestativo que se da expresamente a la aplicación del delito continuado en los delitos sexuales ha motivado que en este contexto la cuestión atinente a la calificación de la pluralidad de acciones típicas haya sido calificada de «tormentosa»<sup>19</sup>. Y es que, si «echamos un ojo» a la jurisprudencia dictada en la materia, podemos encontrarnos con que hechos muy simi-

---

determinación no pueden establecerse estándares fijos, si bien *quedaran excluidos aquellos casos en que un lapso temporal excesivamente dilatado pueda romper la perspectiva unitaria*» (F. J. 3.º, apartado 2).

- 16 STS 654/2020, de 2 diciembre, F. J. 3.º, apartado 2: «La continuidad delictiva nace de una pluralidad de acciones que individualmente contempladas son susceptibles de ser calificadas como delitos independientes y que desde una perspectiva de la antijuricidad material se presentan como una infracción unitaria».
- 17 Determina el art. 74.3 CP que «quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores —véase: quedan exceptuadas del ámbito de aplicación del delito continuado— las ofensas a bienes eminentemente personales, *salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva*».
- 18 Así se señala en la STS 76/2006, 31 de enero, F. J. 4.º, apartado 1: «no siempre que existan varias acciones contrarias a la «libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo» ha de aplicarse esta figura de delito —véase: el delito continuado— que sirve para condenar por uno solo en aquellos casos en que hay una pluralidad de acciones u omisiones que infringen el mismo o semejante precepto penal. Sólo cabe tal cuando sea ello posible conforme a esos dos criterios: la naturaleza del hecho y del precepto infringido».
- 19 Hacemos uso del adjetivo empleado a este respecto por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: «La corrupción de menores y la continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual», en *Estudios jurídicos*, n.º 2005, 2005, p. 1, cuando refiere con relación a las ofensas a la libertad e indemnidad sexuales: «las cuestiones relativas a los supuestos en los que existen diversidad de actos han sido especialmente tormentosas; [...] no siempre se han aplicado jurisprudencialmente idénticas reglas». CARUSO FONTÁN, V.: «Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la Manada», en FARALDO CABANA, P. / ACALE SÁNCHEZ, M. (dirs.); RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. / FUENTES LOUREIRO, M. A. (coord.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, p. 218, lamenta, en este sentido, que el legislador haya sido «ambiguo»: «si bien el hecho de proceder a regular expresamente esta figura de creación jurisprudencial —véase: el delito continuado —podría haber dado fin a las discusiones doctrinales y jurisprudenciales

lares, si no prácticamente idénticos, atinentes a violaciones en grupo en que una pluralidad de sujetos accede por turnos carnalmente a la víctima, se han calificado en unas ocasiones como concurso real de delitos, y en otras como delito continuado, en sentencias coetáneas<sup>20</sup>. No obstante, se puede identificar un proceso de evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>21</sup>. Así, tomando en consideración las resoluciones que aplican el CP aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre, se podrían distinguir tres etapas. Una primera, en la que la práctica unanimidad de sentencias<sup>22</sup> relativas a violaciones grupales aprecian un concurso real de delitos. A esta le sucedería una segunda etapa, cuyo inicio aproximado puede situarse en la publicación de la STS 849/2009, de 27 de julio<sup>23</sup>, en que se abre camino una interpretación que admite la continuidad delictiva en estos contextos, considerando desde un

---

sobre la pertinencia de su aplicación a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, el carácter ambiguo de la ley logró mantener vigentes todas las dudas sobre estos extremos».

- 20 Véanse, por ejemplo, las SSTS 493/2017 de 29 junio, y 786/2017, de 30 de noviembre, con relación a supuestos de violaciones en grupo con sustitución de roles, en los que todos los acusados acceden por turnos a la víctima. Así, mientras la primera sentencia ratifica la condena del tribunal de instancia a cada uno de los acusados por un delito continuado de violación, desestimando en su F. J. 2.º la pretensión de la acusación de calificar los hechos como concurso real de delitos, la segunda resolución, dictada meses después, confirma la condena por tres delitos de violación a cada uno de los tres acusados en esa causa. Otra manifestación de esta disparidad la encontramos en la STS 235/2012 de 4 mayo, que afirma en su F. J. 4.º, apartado 3, que «no cabe continuidad delictiva entre varios sujetos activos» en las violaciones múltiples, censurando expresamente la línea jurisprudencial contraria — iniciada con la STS SSTS 849/2009, de 27 de julio —, que aprecia el delito continuado.
- 21 Expuse sucintamente las diversas fases que identifiqué a este respecto en BOCANEGRA MÁRQUEZ, J.: «Unidad de acción y continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 33, 2020, pp. 11 y ss.
- 22 Así, puede encontrarse alguna sentencia minoritaria que aprecia la continuidad delictiva durante la aquí calificada como primera fase en la evolución de la jurisprudencia en materia de calificación jurídica de las acciones típicas plurales en los supuestos de violaciones grupales con intercambio de roles; fase esta que finalizaría con la STS 849/2009, de 27 de julio. En este sentido, la STS 99/2007, de 16 febrero, que condena a dos chicos que por turnos penetran vaginalmente a la víctima mediante amenazas con navaja, como autores de un delito continuado de violación.
- 23 Así lo indica la STS 493/2017, de 29 junio (F. J. 2.º, apartado 3), que, si bien con relación a la cuestión del título de imputación de las diversas acciones típicas (autoría o participación) en las violaciones en grupo, haciendo referencia a la evolución en esta materia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, señala la existencia de «una [...] etapa que surge con la STS 27 de julio de 2009 [...], en que advierte la condición de coautor en quien realiza el elemento típico de la «violencia o intimidación», alcanzando a éste la cualificación. Sin embargo, para sucesivos «accesos carnales» de los diferentes coautores integrarían un solo delito continuado de violación». Esta sentencia (STS 849/2009, de 27 de julio), marcada como inicio de esta nueva etapa, condena como autor de un delito continuado al acusado que comete al menos dos acciones típicas de violación (una con penetración

punto de vista unitario las diversas acciones típicas atribuibles a cada sujeto; si bien, esta nueva interpretación jurisprudencial coexistirá en este periodo con la anterior, que sigue estando presente<sup>24</sup>, existiendo esa notoria disparidad entre pronunciamientos jurisprudenciales coetáneos, con un progresivo predominio de la exégesis proclive a la admisión del delito continuado<sup>25</sup>. La tercera y última etapa sería en la que nos encontramos ahora, que se iniciaría con la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo relativa al caso de «La Manada» —STS 344/2019, de 4 de julio—, y se caracterizaría por una regresión en el proceso de admisión de la continuidad delictiva. Nótese que, si bien dicha resolución condena a cada uno de los cinco acusados como autores de un delito continuado de violación, en un comunicado adjunto el Alto Tribunal califica de errónea la decisión de los tribunales de instancia de apreciar la continuidad delictiva, objetando que «por la pluralidad de intervinientes y de actos agresivos, la correcta calificación [...] hubiera sido considerar a los acusados autores y partícipes de una pluralidad de delitos de agresión sexual»<sup>26</sup>. El hecho de que el Tribunal Supremo no haya modificado la calificación de los hechos, en el sentido de condenar a cada uno de los cinco acusados por cinco delitos de violación, se debió meramente a motivos de tipo procesal, pues, al no haber sido cuestionada la aplicación del art. 74.1 CP por ninguna de las partes en el proceso, el tribunal no puede de oficio «enmendar» la sentencia de instancia en este extremo sin causar indefensión a los acusados<sup>27</sup>. A la sentencia de casación relativa al caso «La Manada», y

---

vaginal e introducción de dedos en esa zona, que ejecuta él personalmente, y otra, en la que el acceso carnal se realiza por otra persona, a la que coadyuva vigilando que no venga nadie).

- 24 Como sentencias de este periodo que siguen abogando por considerar de manera individualizada las diversas acciones típicas cometidas por cada uno de los integrantes del grupo, apreciando el correspondiente concurso real de delitos, véanse las SSTs 194/2012 de 20 marzo, 235/2012, de 4 mayo, 342/2012 de 7 mayo, 338/2013 de 19 abril, y 786/2017 de 30 noviembre.
- 25 Pónganse como ejemplo, además de la mencionada STS 849/2009, de 27 julio, las SSTs 585/2014, de 14 julio; 493/2017, de 29 junio, en la que, además, se discute concretamente la posibilidad de calificar los hechos conforme al concurso real de delitos, por solicitarlo así la acusación, desestimando, sin embargo, tal pretensión el Tribunal Supremo (F. J. 2.º); o 626/2018, de 11 de diciembre, donde se afirma: «nos encontramos ante la actuación conjunta de varios sujetos activos cada uno de los cuales fue autor material de una penetración sobre el mismo sujeto pasivo, con el apoyo y colaboración de los restantes. De esta forma, *D.1 no solo aparece responsable como autor material de los actos sexuales por él ejecutados, sino que es autor por cooperación necesaria de los ejecutados por D.2 y D.3. Se trata de una pluralidad de delitos que permite la punición del conjunto como una continuidad delictiva*».
- 26 Fragmento del comunicado de la Sala segunda del Tribunal Supremo publicado junto a la STS 344/2019, de 4 de julio.
- 27 Así, señala el Alto Tribunal en el comunicado: «Este extremo no ha sido objeto de impugnación y, consecuentemente, el principio acusatorio impide pronunciarnos al respecto».

su comunicado adjunto, le han sucedido otras resoluciones posteriores del Tribunal Supremo que, siguiendo la misma línea, han censurado expresamente el hecho de que los correspondientes tribunales de instancia hayan apreciado en su momento el delito continuado en relación con violaciones en grupo con intercambio de roles. También en estos casos la censura ha tenido efectos meramente declarativos, funcionando a modo de «tirón de orejas», pues al no haberse cuestionado en su momento por la parte acusadora dicho extremo el Alto Tribunal se encuentra ante la imposibilidad de modificar la calificación jurídica sobre este aspecto<sup>28</sup>. En este sentido, el hecho mismo de que las partes acusadoras en la causa calificaran desde el inicio los hechos como delito continuado, sin valorar la posibilidad de solicitar el concurso real de delitos, viene a corroborar el peso que estaba adquiriendo desde hace tiempo la interpretación jurisprudencial proclive a considerar unitariamente las acciones típicas de violación en contextos grupales<sup>29</sup>.

En el momento actual, en que parece estar recuperándose la interpretación tradicional, reacia a aplicar el delito continuado en los accesos carnales ilícitos realizados en grupo, resulta especialmente interesante ahondar en los argumentos que han venido empleándose, tanto en el terreno jurisprudencial como en el doctrinal, para defender tal postura. Se pretende analizar su racionalidad, reflexionando, en fin, sobre la conveniencia de aplicar el art. 74.1 CP en hechos como los enjuiciados en el caso «la Manada».

## 2.2. Argumentos empleados para negar la aplicación del delito continuado

El carácter expresamente potestativo de la aplicación de la continuidad delictiva en el ámbito de las ofensas contra la libertad e indemnidad sexual

---

28 Véanse las SSTS 462/2019, de 14 octubre; 520/2019, de 30 octubre; y 444/2022, de 5 mayo, que señalan que en las correspondientes sentencias de instancia objeto en cada caso de recurso, que condenaban a cada uno de los acusados por un delito continuado de violación, los tribunales obraron mal al apreciar la continuidad delictiva. Especialmente clara es a este respecto la última de las sentencias mencionadas, cuando en su F. J. 4.º *in fine*, señala: «el comportamiento de Inocencio junto con el de los demás condenados [...] *debiera haber dado lugar*, como exponía el M.F. a un concurso de delitos, solo que, al no haber sido planteado por las acusaciones, debamos de aceptar la continuidad delictiva que viene dada en la sentencia de instancia [...], procediendo, en consecuencia, la desestimación de este motivo de recurso».

29 Autores como GIL GIL A. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «A propósito de «La Manada»...», *ob. cit.*, p. 7, vienen también a remarcar esta circunstancia cuando muestran su sorpresa ante la reprobación que hace el Tribunal Supremo al tribunal de instancia por haber aplicado la figura del delito continuado, objetando que precisamente «lo que no se aprecia desde hace años en estas situaciones (podemos encontrar alguna sentencia antigua) es un concurso real de delitos».

les, *ex art. 74.3 CP*, ha llevado desde siempre a un importante sector de la doctrina a negar su apreciación en diversos supuestos y con base a distintos argumentos. Dentro de este sector reacio a aplicar el delito continuado, se identifica una parte que aboga por no apreciar en ningún caso la figura en el antiguo delito de agresión sexual —hoy agresión sexual con violencia o intimidación—, en atención a la especialidad de los medios comisivos; y otra, que excluye la continuidad delictiva exclusivamente en los supuestos de accesos carnales plurales a una misma víctima por parte de varios sujetos, que se intercambian los roles, aduciendo que falta en estos casos el requisito de la unidad de sujeto activo o de la homogeneidad de las acciones típicas. En lo siguiente analizaremos las justificaciones esgrimidas en uno y otro caso.

### 2.2.1. Los medios comisivos violencia y/o intimidación como impedimento para la apreciación de la continuidad delictiva en la antigua agresión sexual

#### a) La afectación a bienes jurídicos eminentemente personales

Un primer argumento tradicionalmente empleado para negar la aplicación del art. 74.1 CP a las antiguas agresiones sexuales, ya sean cometidas por una sola persona, ya por varias, ha sido señalar que las ofensas a la libertad e indemnidad sexuales perpetradas mediante violencia o intimidación afectan, además de a estos bienes jurídicos, a la libertad y la integridad física; valores estos, personalísimos, cuya ofensa no sería susceptible *ex 74.3 CP* de ser calificada como delito continuado<sup>30</sup>. A este respecto, podría objetarse, como ya se ha hecho<sup>31</sup>, que la libertad sexual, a la que hace referencia expresa el precepto mencionado, no es sino una manifestación concreta del bien jurídico, de contenido más amplio, «libertad»<sup>32</sup>, al igual que lo son la libertad de

30 En este sentido, DURÁN SECO, I.: «Posibilidad de aplicación de la figura del delito continuado a la violación (agresiones sexuales)», en *Revista Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales*, vol. 12, 1998, p. 11; ORTS BERENGUER, E.: *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 154 y 155; o TAMARIT SUMALLA, J. M.: *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Aranzadi, 2000, p. 81. Más recientemente, MONGE FERNÁNDEZ, A.: «Las manadas» y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, Tirant lo Blanch, 2020, p. 169.

31 Así, CARUSO FONTÁN, V.: *Unidad de acción y delito continuado*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 57 y 58.

32 De hecho, en su momento, cuando se incorporó la actual rúbrica de «Los delitos contra la libertad sexual» en el Código penal, suprimiéndose la de «los delitos contra la honestidad», de connotaciones moralistas y paternalistas, hubo quienes, aun celebrando la modificación legal, manifestaron que hubiera tenido más sentido incluir los delitos contra la libertad sexual dentro de los delitos contra la libertad, en un capítulo específico. Así, LAMARCA PÉREZ, C.: «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», en *Jueces para*

expresión, ideológica, religiosa, o deambulatoria. La libertad sexual no sería, pues, sino la libertad en el ámbito específico de la sexualidad, pudiendo definirse como la libre disposición del propio cuerpo de cara a realizar actos de carácter sexual<sup>33</sup>, lo que implica decidir si tomar parte o no en los mismos, sin ser constreñido a ello<sup>34</sup>. Así las cosas, la conducta ilícita consistente en emplear violencia o intimidación para obligar a alguien a mantener actos de naturaleza sexual no afectaría simultáneamente a la libertad sexual y a la libertad, como suerte de acto pluriofensivo, sino exclusivamente a la primera, que conforma un aspecto concreto de la segunda. Por otra parte, los antiguos abusos sexuales —las actuales agresiones sexuales sin violencia o intimidación—, respecto a los que no se oponía resistencia en cuanto a su consideración como delitos continuados *ex art. 74.3 CP*, implican igualmente una ofensa a la libertad sexual, y con ello a la libertad. Si bien no se emplea en este caso la violencia ni la intimidación, se mantienen actos sexuales con una persona sin que exista un consentimiento libre por su parte, ya sea a través del engaño o aprovechando una situación manifiesta de desigualdad de fuerzas, que hace que la víctima no pueda o no quiera, por temor, manifestar su negativa u oponer resistencia<sup>35</sup>.

Con relación a la alegación de que la conducta típica afecta a la integridad física, habría también varias objeciones a realizar: por una parte, que ello solo sería aplicable a los casos de agresiones sexuales con violencia —que no con intimidación—, y, por otra, que no puede hablarse propiamente de lesión, sino de puesta en peligro de la integridad física, ya que, de producirse efectivamente resultados lesivos por el uso de la violencia, estos se castigarían aparte<sup>36</sup>, apreciándose también un delito de lesiones. Es cierto que, con relación al robo, en su modalidad con violencia o intimidación, la jurisprudencia viene, tiempo ha, negando la apreciación del delito continuado con

---

*la democracia*, n.º 27, 1996, p. 50.

- 33 Véase MUÑOZ CONDE, F.: «Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código penal)», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIII, 1990, p. 269, que la define como «aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo».
- 34 Así, LAMARCA PÉREZ, C.: «La protección de la libertad sexual...», *ob. cit.*, como la «libertad de decisión en el ámbito de la esfera sexual».
- 35 En este sentido, CARUSO FONTÁN, V.: «Reflexiones en torno...», *ob. cit.*, p. 221.
- 36 Si bien en este caso el legislador no dispone expresamente que los resultados lesivos serán castigados aparte, la lógica impone esta interpretación, al ser en ese caso —véase: el acto sexual no consentido en el que se generan también lesiones a través de la violencia empleada para coaccionar a la víctima— plurales y diversos los bienes jurídicos afectados: la libertad sexual y la integridad física. Nótese, por otra parte, que en otras infracciones penales que también se caracterizan por el empleo de la violencia o la intimidación, el legislador sí dispone expresamente que habrá un concurso de delitos en el caso de producirse resultados lesivos a consecuencia de la violencia. Véase, el art. 242.1 CP, relativo al delito de robo con violencia, o el art. 243 CP, sobre la extorsión.



base a la supuesta afectación de bienes jurídicos eminentemente personales que implicaría el uso de tales medios comisivos. No obstante, el argumento mayormente esgrimido a este respecto no ha sido que la conducta típica implique una puesta en peligro de la integridad física<sup>37</sup>, sino que se ve afectada efectivamente la libertad del sujeto pasivo<sup>38</sup>.

Así las cosas, considerando, por una parte, que con relación a las ofensas a la libertad sexual —que es una faceta concreta de la libertad— sí está habilitada la aplicación del delito continuado, y, por otra, que los eventuales resultados lesivos que se produzcan en el acto sexual como resultado del ejercicio de la violencia no están comprendidos en el desvalor del delito de agresión sexual, entiendo que no existen argumentos de peso para descartar en todo caso la aplicación del art. 74.1 CP en las agresiones sexuales violentas.

## b) La posibilidad de individualizar las diversas acciones típicas

En otras ocasiones se ha señalado que el empleo de violencia y/o intimidación para obligar a la víctima a mantener actos de carácter sexual lleva a que las acciones típicas de agresiones sexuales sean claramente individualizables, siendo, en consecuencia, descartable la valoración conjunta de las mismas a través del delito continuado<sup>39</sup>. Así, el diverso tratamiento dado tradicionalmente a las antiguas figuras penales de las agresiones y abusos sexuales en cuanto a la apreciación de la continuidad delictiva —en el sentido de admitirla en las últimas, pero no en las primeras— tendría su causa última en factores de orden probatorio, véase: en la facilidad de individualizar

37 En puridad, en la mayoría de las ocasiones en que el Alto Tribunal parece haber considerado esta circunstancia —véase: el peligro que puede generar para la integridad física— para negar la aplicación del delito continuado en el robo con violencia o intimidación, se ha referido de un modo genérico a la supuesta afectación a la «seguridad» que entraña la infracción; seguridad esta que podría definirse, en este contexto, como expectativa de incolumidad de la integridad física. Véase la STS 1572/2003, de 25 noviembre, F. J. 7.º: «existe una abundante e invariable doctrina de esta Sala, que estima que, aunque el delito de robo con violencia e intimidación se halle inserto dentro del título de los delitos patrimoniales, por el hecho de incorporar en el tipo una *lesión a la libertad y seguridad de las personas* (infracción mixta) de más relevancia que el ataque patrimonial, debe considerarse un delito que ofende bienes personales, además de los patrimoniales. De ahí que, según el párrafo 3.º del art. 74 CP, estos delitos quedan excluidos de la continuidad delictiva». En iguales términos, las SSTS 1976/1993, de 18 septiembre (F. J. 2.º); 1336/2000, de 25 julio (F. J. 1.º), entre otras.

38 Véase, por ejemplo, la STS 768/2012, de 11 octubre, F. J. 3.º: «el delito de robo con violencia es pluriofensivo en cuanto *atenta a la vez contra el patrimonio y contra la libertad de las personas*, [...] tipo de ofensa a bienes evidentemente personales que adquiere una significación especial y que impide apreciar la continuidad delictiva».

39 Así, entre otras muchas, SSTS 18 diciembre 1986, 6 octubre 1988, 3 diciembre 1992, 4 octubre 1993, 1317/1997, de 23 de marzo.

cada acción típica en las agresiones sexuales, ante la especial gravedad de sus medios comisivos, y la consecuente alta carga emocional ínsita en los hechos, y a la dificultad, por el contrario, de hacer lo propio en relación a las acciones típicas de abusos sexuales<sup>40</sup>.

Habría que objetar a esta argumentación que la imposibilidad de identificar la totalidad de acciones típicas homogéneas cometidas contra un mismo sujeto pasivo, por parte de una misma persona, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, no es un requisito para la apreciación del delito continuado. El art. 74.1 CP, al definir esta figura jurídica no refiere, desde luego, nada al respecto, «hablando» únicamente de pluralidad de acciones u omisiones típicas llevadas a cabo por la misma persona. Exigir como requisito adicional para la apreciación del delito continuado la indeterminación del número total de acciones típicas, como parece hacer este sector jurisprudencial, lleva, por otro lado, a consecuencias prácticas del todo indeseables y surrealistas. Así, se estaría enviando a potenciales delincuentes el mensaje de que, una vez iniciada la «senda delictiva», es conveniente perpetrar cuantos más delitos homogéneos mejor, a fin de que en el proceso judicial resulte imposible probar la existencia de todas y cada una de las acciones típicas ejecutadas, y se acuerde, por ende, la apreciación del delito continuado, con el consiguiente beneficio a nivel penológico que implica frente a la calificación del concurso real de delitos<sup>41</sup>.

---

40 Concretamente, la STS 573/2017, de 18 de julio (F. J. 10.º), señala que este diverso tratamiento jurídico dado tradicionalmente por la jurisprudencia a las agresiones sexuales y los abusos sexuales, en cuanto a la aplicación o no del delito continuado, «no se apoya, en realidad, en una base ontológica propia de la esencia de cada forma de ataque al bien jurídico protegido, la libertad e indemnidad sexuales, igual en ambos supuestos, sino más bien en *consecuencias de orden probatorio y de fijación de los hechos que se relacionan con la mayor facilidad de individualización de las agresiones, con su concreto y específico contenido intimidatorio o violento, frente a la más difusa para una secuencia de abusos sexuales a lo largo del tiempo*, lo que lleva a esta Sala a concluir razonando lo impropio que resulta castigar individualmente una serie indeterminada de actos delictivos sucedidos a lo largo del tiempo como dos, tres o más delitos insuficientemente concretados, obligando la lógica «pro reo», en estas ocasiones, a concluir en la existencia de un único delito continuado de abuso sexual». En sentido similar lo señala la STS 462/2019, de 14 octubre (F. J. 10.º, apartado 3): «la jurisprudencia ha rechazado la continuidad delictiva en aquellos casos en que el sujeto activo hubiera empleado violencia o intimidación para vencer la resistencia de la víctima en cada ocasión en que haya atacado a su libertad sexual, de modo que sea posible una mínima individualización de cada una de las conductas constitutivas de agresión sexual».

41 Apunta a esta crítica el propio Tribunal Supremo, en la antes citada STS 573/2017, de 18 de julio, F. J. 10.º: «se incurriría en esos errores al agrupar en un único delito continuado los supuestos en los que durante casi dos años y medio se mantuvieran de forma muy reiterada relaciones sexuales ilegítimas y negarlo cuando se ha hecho esporádicamente en dos ocasiones».

### c) La gravedad de las conductas típicas (especialmente en la violación)

Un tercer argumento esgrimido para negar la aplicación del art. 74.1 CP en el ámbito de las agresiones sexuales es el que pivota sobre la especial gravedad de los hechos típicos. A este respecto, se hace uso de la potestad que otorga el legislador a los operadores jurídicos en el art. 74.3 CP de apreciar o no la continuidad delictiva en las ofensas a la libertad e indemnidad sexuales a un mismo sujeto pasivo, en atención a *la naturaleza del hecho y del precepto infringido*. Estos criterios legales han sido, así, empleados para negar la continuidad delictiva especialmente en los antiguos delitos de violación, véase: en las conductas de acceso carnal o introducción de objetos o miembros corporales por vía bucal, anal o vaginal, perpetradas con violencia o intimidación. La gravedad, tanto de los medios comisivos empleados — violencia o intimidación—, como de la conducta concreta realizada contra la libertad o indemnidad sexual, que no se limita en estos casos a un tocamiento, sino que consiste en la penetración por las vías ya señaladas, justificaría —se alega— la no apreciación conjunta de las diversas acciones típicas perpetradas por el mismo sujeto, a través del delito continuado. El entendimiento contrario llevaría —se sostiene— a otorgar al autor o autores de las acciones típicas una rebaja penológica que resultaría injusta atendiendo a la entidad de los hechos y de la infracción cometidas<sup>42</sup>.

Tanto esta justificación como las dos anteriores, ya vistas, empleadas la apreciación del delito continuado en todos los tipos penales, o en algunos, de las antiguas infracciones de agresiones sexuales —hoy agresiones sexuales con violencia o intimidación—, se fundamentaban en última instancia en la supuesta existencia de una diferenciación sustancial entre los entonces abusos y agresiones sexuales. El medio comisivo «violencia y/o intimidación» que caracterizaba a las agresiones sexuales antes de la reforma operada por la «Ley Montero» era visto, así, como un elemento que incrementaba exponencialmente la gravedad de la conducta ofensiva para la libertad e indemnidad sexual, y que, por ende, justificaba la no aplicación de la continuidad delictiva. Lo que llama la atención, en este punto, es que parte del sector doctrinal que ha hecho uso de estos argumentos haya defendido, sin embargo, la reciente reforma del CP, que suprime los abusos sexuales, reconduciendo esas conductas típicas a las agresiones sexuales, bajo el argumento de la relativa irrelevancia de los medios comisivos concretamente empleados para forzar a la víctima a realizar la conducta sexual, en el entendimiento de que

---

42 Véase la STS 76/2006, 31 enero, F. J. 4.º, apartado 2: «Cada ataque a la libertad sexual en el máximo rango de ilicitud penal, que es el caso de los accesos carnales realizados mediante fuerza o intimidación o alguna de las otras modalidades previstas en el art. 429, es una ofensa personal que tiene estructura delictiva propia y merece su propia pena, y la repetición de estos actos lleva consigo una necesaria repetición de la punición para dar la debida respuesta al desvalor que cada acto en sí mismo contiene».

lo realmente lo realmente importante es sencillamente el hecho de perpetrar actos sexuales sin el consentimiento de de la otra persona. Así, se afirma, por un lado, que el uso de violencia o intimidación en la realización de actos sexuales ilícitos merita que los hechos reciban un mayor reproche penal, mediante la elusión de la aplicación del delito continuado, pero, por otro, se defiende que todas las ofensas a la libertad o indemnidad sexuales sean equiparadas sean equiparadas a nivel legal, atribuyéndoles un marco penal único, porque el contenido arguyéndose que el contenido esencial del injusto radica en la realización de los hechos sin el consentimiento de la víctima.

### **2.2.2. La pluralidad de sujetos activos en el acceso carnal grupal como impedimento para apreciar la continuidad delictiva**

Con relación a los accesos carnales en grupo con rotación de roles a una misma víctima sin su consentimiento, que aquí nos ocupan, adquiere, hoy en día, más peso en aras a negar la aplicación del delito continuado el argumento que pone el foco de atención en el carácter plural del sujeto activo, y, sobre todo, en la circunstancia de que el sujeto que accede carnalmente es distinto en cada acción típica. En lo siguiente veremos las argumentaciones principales empleadas, tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial, para descartar la valoración unitaria de la pluralidad de acciones típicas.

#### **a) La diversidad de títulos de imputación (autoría/participación) de cada acción típica a cada interviniente**

Durante mucho tiempo se ha sostenido en el ámbito jurisprudencial que con relación a la conducta típica de acceso carnal no consentido solo puede ser autor aquel sujeto que lleva a cabo personalmente el acceso, véase: que penetra vaginal, anal o bucalmente a la víctima, ya con su pene, ya con algún otro miembro corporal o con algún objeto. Así las cosas, las personas que amenazan o sujetan a la víctima mientras otro la accede, o que están presentes durante el acceso carnal generando un clima intimidatorio, habrían de ser consideradas partícipes<sup>43</sup>. Las sentencias que han mantenido esta interpretación han sostenido que en los accesos carnales en grupo con rotación de roles, cada sujeto es autor de la acción típica en la que ha penetrado personalmente a la víctima, y partícipe de las restantes acciones típicas, correspondientes a los accesos carnales perpetrados personalmente por el resto,

---

43 Véanse las SSTS 585/2014, de 14 de julio; 493/2017, de 29 junio, 86/2017, de 30 de noviembre. También en la doctrina se ha mantenido esta interpretación por algún autor. Así, MONGE FERNÁNDEZ, A.: «¿Las agresiones sexuales cualificadas como delito de propia mano? Reflexiones en torno a la STS de 6 de junio de 2000, RJ 2000/5247», en *Revista de Derecho y Ciencias penales*, n.º 13, 2009, p. 198.

a los que ha contribuido<sup>44</sup>. El hecho de que la imputación a cada sujeto de la pluralidad de acciones típicas se haga a través de diversos títulos de imputación —autoría, en el caso del acceso carnal personal, y participación, en el caso de los accesos carnales del resto— ha sido esgrimido por los tribunales en múltiples ocasiones como argumento para negar la aplicación del delito continuado<sup>45</sup>. El razonamiento que se viene haciendo a este respecto es, más o menos, el siguiente: si las acciones típicas perpetradas por la persona en cuestión que ha participado en la violación grupal se le imputan bajo diversos títulos (autor/partícipe), falta el elemento del carácter homogéneo de las acciones típicas, que se erige por la jurisprudencia en requisito para la aplicación del delito continuado<sup>46</sup>, debiendo, por tanto, valorarse «individualmente», a través del concurso real de delitos<sup>47</sup>. Asimismo, y con relación a lo anterior, se ha señalado que, si el autor a efectos jurídicos de cada acción típica es una persona distinta, no concurriría la identidad en el sujeto activo, ni, consecuentemente, el dolo unitario, que requiere el art. 74.1 CP<sup>48</sup>.

- 
- 44 Refleja esta idea a la perfección la STS 2163/1993, de 4 octubre, F. J. 2.º: «En el caso presente [...] estamos [...] ante cuatro delitos de violación, uno por cada uno de los cuatro sujetos que mediante intimidación tuvieron acceso carnal por vía vaginal con la misma mujer. *Cada uno de ellos habría de responder, si hubieran sido identificados, como autor principal del delito relativo a su propio coito y, además, como cooperador necesario respecto de los otros tres*».
- 45 Así, por ejemplo, las SSTS 24 de enero de 1989 (F. J. 1.º); 2163/1993, de 4 octubre, (F. J. 2.º); 76/2006, de 31 de enero (F. J. 1.º, apartado b); y 452/2012, de 18 de junio (F. J. 4.º).
- 46 Sobre el requerimiento de que las acciones típicas perpetradas por el mismo sujeto sean homogéneas, véase STS 553/2007 de 18 junio, F. J. 3.º, que, en el concreto ámbito de la delincuencia sexual, señala que debe aplicarse el delito continuado ante «... una *homogeneidad de actos* que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes». En sentido similar, las SSTS 988/2016, de 11 enero (F. J. 2.º); 703/2018, de 14 enero (F. J. 3.º), o 654/2020, de 2 diciembre (F. J. 3.º).
- 47 Puede citarse la STS 462/2003, de 26 marzo, que, ante la petición del Ministerio Fiscal de que se aprecie el delito continuado, valorándose conjuntamente las cuatro acciones típicas ejecutadas por el acusados (una en calidad de autor, correspondiente al propio coito, y las tres restantes en calidad de cooperador necesario, correspondientes a los coitos del resto), responde negativamente en el F. J. 3.º a tal pretensión: «sin que sea legalmente posible integrar estas dos distintas modalidades de autoría en un supuesto de continuidad delictiva [...] que abarcaría la autoría material y la autoría por cooperación necesaria, dada *la heterogeneidad de las conductas que dan lugar a independientes formas de participación en la ejecución de los hechos*». Un discurso similar encontramos en la STS 76/2006, de 31 de enero, F. J. 2.º, apartado 2: «hay una *falta de homogeneidad* en las dos conductas de penetración vaginal aquí examinadas en cuanto al modo de actuación de los cuatro procesados y el quinto cooperador ausente de este procedimiento, *al haber sido distinto el autor material en cada una de esas dos agresiones sexuales*».
- 48 Así, la STS 24 de enero de 1989, F. J. 1.º: «en los casos de pluralidad de sujetos activos, no es viable la figura de delito continuado, pues *si cada acción es realizada por un autor directo y principal distinto, resulta patente, que cada uno de esos comportamientos delictivos responden a una resolución también distinta de cada sujeto agente*, con lo que se rompe el dolo unitario, característico de la continuidad delictual».

Desde mi punto de vista, hay varias objeciones a hacer a esta interpretación. Por un lado, no se entiende por qué ha de restringirse en los delitos sexuales con acceso carnal el concepto de autor material al que realiza personalmente el coito; por otro, dicha concepción restrictiva del autor en estos delitos, que no comparto, de mantenerse, no constituye un verdadero impedimento a la aplicación del delito continuado. Ahondemos un poco más en estos extremos.

El fundamento último de esta interpretación restrictiva del concepto de autor en los delitos sexuales con acceso carnal parece residir en la tradicional consideración de estas infracciones como delitos de propia mano<sup>49</sup>; concepto dogmático este, acuñado en Alemania, por el que se viene a definir a un grupo de infracciones en las que, transcribiendo a MUÑOZ CONDE, «el tipo exige la realización de una acción determinada y *solo el que se encuentre en posición de ejecutar inmediata y corporalmente, por sí mismo, la acción puede ser sujeto activo*»<sup>50</sup>. Así, en los delitos contra la libertad o indemnidad sexual con acceso carnal solo el que ejecuta inmediata y corporalmente —véase: con un contacto sexual físico<sup>51</sup>— la penetración por sí mismo, con su propio pene<sup>52</sup>, puede ser considerado autor de esa concreta acción típica, quedando excluida, por tanto, la autoría mediata, y la coautoría. En los supuestos aquí abordados en los que un sujeto penetra a la víctima mientras el otro la sujeta o presencia los hechos, esperando su turno, estaremos irremediablemente, desde esta visión tradicional de los delitos sexuales como de propia mano, ante un acto de autoría individual con un cooperador necesario<sup>53</sup>.

49 Otras infracciones penales que han venido tradicionalmente insertándose en la categoría de «delitos de propia mano» son los delitos contra la seguridad vial consistentes en conducir vehículos, el falso testimonio del testigo, o la prevaricación. Con más detalle, sobre esta categoría dogmática, que hoy parece abandonada, véase GÓMEZ RIVERO, M. C.: «¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?», en *Revista Penal*, n.º 18, 2006, pp. 102-123.

50 MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría General del Delito*, Themis, 1984, p. 48.

51 Señala el tradicional requerimiento por parte de la doctrina del contacto físico entre sujeto activo y pasivo en los delitos de propia mano, POZUELO PÉREZ, L.: «La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetes, clientes y violación de personas prostituidas», en *Indret*, n.º 1, 2022, pp. 209 y 210.

52 En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, M.: «La reforma de los delitos...», *ob. cit.*, p. 249, ha acuñado, con ingenio, el término «*delitos de propio pene*» en referencia a los delitos de acceso carnal no consentido —hoy violación—, con objeto de manifestar esa reminiscencia a considerarlos aún hoy delitos de propia mano.

53 Véase la STS 194/2012 de 20 marzo, F. J. 3.º, apartado 1: «en los delitos llamados de propia mano [...] está limitado el concepto de autor, de forma que, en esos casos, *quien aporta algo esencial en la ejecución no puede ser considerado coautor, sino cooperador necesario, incluso aunque su aportación sea de tal naturaleza que se le pueda atribuir un codominio funcional sobre el hecho*».

Resulta cuanto menos curioso que hoy día, considerándose ya superada la categoría de los delitos de propia mano<sup>54</sup>, sigan encontrándose sentencias que mantienen esta interpretación restrictiva del concepto de autor material en los delitos sexuales con acceso carnal. Originariamente podía explicarse el empleo generalizado de esta categoría dogmática, pues el propio legislador le otorgaba cierto sustento, cuando en el CP de 1944 definía a los autores materiales como «*los que toman parte directa en la ejecución del hecho*»<sup>55</sup>. A mayor abundamiento, la configuración tradicional de las conductas que nos ocupan como «delitos contra la honestidad» —término este último de contornos amplios y vagos, y de connotaciones moralizantes—, «daba pie» a hacer pivotar el reproche en la realización personal de la penetración, que en aquel entonces había de producirse necesariamente por vía vaginal<sup>56</sup>. Sin embargo, una vez entrado en vigor el actual CP, por LO 10/1995, de 23 de noviembre, el sustento legal que podía tener dicha categoría dogmática desaparece: por un lado, el concepto de «autores materiales del delito» deja de conectarse con el tomar parte directa en la ejecución de la acción típica, pasando a definirse de modo general, para todos los delitos, como «quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento»<sup>57</sup>; por otro, los delitos que nos ocupan pasan a definirse como «delitos contra la libertad sexual», haciendo referencia a que el bien jurídico objeto de protección es la libertad de toda persona de determinarse en el ámbito de la sexualidad. Así las cosas, mantener hoy que solo puede ser autor de un delito de violación por acceso carnal el que personalmente penetre a la víctima con

54 Véase en la doctrina, ACALE SÁNCHEZ, M.: «La reforma de los delitos...», *ob. cit.*, pp. 254 y 255: «la categoría dogmática de los delitos de propia mano no aporta argumentos más que para dificultar la aplicación de los tipos de la parte especial y, por tanto, debe ponerse en tela de juicio la vigencia de una teoría dogmática sin respaldo legal alguno que restringe sin convicción la aplicación de los delitos en particular: y los delitos sexuales son un claro exponente [...] ...con ellos —véase: los delitos de propia mano— lo único que se consigue es crear determinados espacios legales de impunidad, al no poder hacer responsable en autoría mediata al hombre de atrás, es decir, al que tiene el verdadero dominio final del hecho». Otros autores que han criticado este instituto jurídico, ya de modo general, ya con referencia específica al ámbito de la delincuencia sexual, son FARALDO CABANA, P.: «La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 22, 2019, p. 386; GÓMEZ RIVERO, M. C.: «¿Queda algo aún...», *ob. cit.*, p. 109; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 21.ª ed., Tirant lo Blanch, 2017, p. 202; POZUELO PÉREZ, L.: «La agresión sexual en autoría mediata. Proxenas, clientes y violación de personas prostituidas», *cit.*, p. 210. En el ámbito jurisprudencial, puede citarse la STS 1903/1994, de 2 de noviembre, que, en su F. J. 3.º, se refiere a la «oscura categoría dogmática de los llamados "delitos de propia mano"», criticándola.

55 Art. 14.1.º CP 1944.

56 Así, ACALE SÁNCHEZ, M.: «La reforma de los delitos...», *ob. cit.*, p. 253: «cuanta menos presencia tuviera el bien jurídico, mayor era el énfasis puesto por la doctrina científica y jurisprudencial en el autor del delito y en su conducta, de forma que era ahí donde se buscaba la legitimidad de dicha figura delictiva».

57 Art. 28.I CP vigente.

su pene o con otro miembro corporal u objeto supone obviar por completo la teoría del dominio del hecho, avalada por nuestro legislador en el CP 1995, y tergiversar la teoría objetivo-formal; teorías estas que gozan de mayor seguimiento en la actualidad de cara a la determinación de quiénes son autores, y quiénes partícipes en relación a cualquier conducta típica. Según la primera, (teoría del dominio del hecho), que es con diferencia la más aplicada, es autor de un delito quien domina el hecho, véase: quien, con su actuación, decide el sí y el cómo del acontecer típico, pudiendo dicho dominio manifestarse de tres formas: como dominio de la acción, en el caso de la autoría inmediata, como dominio funcional, en el caso de la coautoría, o como dominio de la voluntad, en el supuesto de la autoría mediata<sup>58</sup>. En el caso de los accesos carnales en grupo con intercambio de roles, ejemplificados en el caso de La Manada, concurre en relación con cada acción típica un codominio funcional del hecho por parte de los intervinientes<sup>59</sup>, basado en el acuerdo común de todos ellos, así como en su participación en la fase ejecutiva; participación esta última que, por otra parte, puede ser de cualquier tipo, incluso consistiendo en la realización de actos que no estén descritos formalmente en el tipo penal en cuestión<sup>60</sup>.

De optarse por la teoría objetivo-formal, de acuerdo con la cual es autor de un delito aquel que realiza la acción descrita en el tipo penal correspondiente<sup>61</sup>, habría de llegarse a la misma conclusión<sup>62</sup>. Atendiendo a la «letra del tipo», en el delito de violación, en su configuración anterior a la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, eran elementos del tipo penal tanto el acceso carnal como el uso de la violencia o intimidación. Igualmente, el antiguo delito de abuso sexual con prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta, cualificado por la concurrencia de acceso carnal, constituía un delito complejo, al estar conformado tanto por la acción del acceso carnal como por el citado prevalimiento, definido por la jurisprudencia como

58 Con mayor profundidad, sobre la teoría del dominio del hecho, véase ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, 2016.

59 Así, CARUSO FONTÁN, V.: «Reflexiones en torno...», *ob. cit.*, pp. 236 y 237.

60 Véase, por ejemplo, entre otras muchas, la STS 603/2015, de 6 octubre, F. J. 7.º: «*la coautoría por condominio funcional del hecho* requiere, en primer lugar, según un asentado criterio doctrinal, *un mutuo acuerdo* encauzado a la realización conjunta del hecho delictivo, ya sea en un momento previo a la ejecución o durante el curso de esta (elemento subjetivo). Además, otro de carácter objetivo: *la aportación de una parte esencial en la realización del plan durante la fase ejecutiva, sin que sea preciso que los actos realizados aparezcan descritos formalmente en el tipo penal*». En sentido similar, SSTS 417/1998, de 24 de marzo; o 474/2013, de 24 de mayo, entre otras.

61 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «Autoría y participación», en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 10, 2008, p. 18, se refiere concretamente a esta teoría señalando: «Según la teoría objetivo-formal autor es quien realiza (total o parcialmente) la acción (o acciones) descrita(s) en el correspondiente tipo de la parte especial».

62 Así lo señalé en BOCANEGRA MÁRQUEZ, J.: «Tratamiento jurídico-penal...», *ob. cit.*, p. 313.



el ejercicio de una intimidación de grado menor que la presente en la figura de la agresión sexual<sup>63</sup>. Así las cosas, las conductas consistentes tanto en sujetar a la víctima mientras otro la accede como en estar presente, a la espera de que el que está accediendo carnalmente finalice para a continuación iniciar la penetración, contribuyendo con ello a la generación de un clima de intimidación, son acciones ejecutivas, debiendo considerarse a los que las realizan como autores de la conducta típica de violación o abuso sexual con prevalimiento y acceso carnal<sup>64</sup>. La misma conclusión es, desde luego, trasladable a la única figura penal actualmente vigente —tras la reforma del CP de 2022— para castigar toda conducta de acceso carnal no consentido, que es la violación. Considerando que la violación es la denominación legal que se da a la agresión sexual cuando el acto contra la libertad sexual concretamente ejecutado consiste en el acceso carnal<sup>65</sup>, así como que en el término «agresión sexual» están expresamente comprendidos, *ex art.* 178.2 CP, «los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima», ha de concluirse que actualmente también son acciones típicas tanto la el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal y la introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías, como el ejercicio de la violencia o la intimidación, ya a través de amenazas, ya a través de la contribución a la creación de un clima intimidatorio.

Por otra parte, considerar que hay una acción ejecutiva central o nuclear, que vendría a ser el acceso carnal, y una acción ejecutiva complementaria, correspondiente al empleo de la violencia o la intimidación, ya como amenaza, ya como ejercicio de presión ambiental<sup>66</sup>, supone perder la visión de conjunto

63 Véase, por ejemplo, la STS 305/2013, de 12 de abril: «*En el prevalimiento, la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente, [...] y que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima, que presiona al sujeto pasivo, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual.*»

64 En este sentido, la STS 849/2009, de 27 julio, F. J. 2.º, apartado 3: «*Sabido es que el delito de violación tipifica una actuación compleja. Junto al contacto sexual debe concurrir la violencia o intimidación sobre la víctima. Y tan autor del número primero puede considerarse al que realiza actos de verdadera violencia, como al que ejecuta el contacto sexual, sea éste el coito u otro de los descritos en el artículo 179 del Código Penal.*» En la doctrina, CARUSO FONTÁN, V.: «*Reflexiones en torno...*», *ob. cit.*, pp. 235 y 236.

65 Reza el actual art. 179 CP: «*Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años.*»

66 FARALDO CABANA, P.: «*La intervención de dos o más...*», *ob. cit.*, pp. 384 y 387, apunta precisamente a que tras esta concepción restrictiva del concepto de autor en los delitos sexuales con acceso carnal subyace la consideración de que en estos delitos complejos hay una conducta esencial, más relevante que el resto, véase: el acto de la penetración, frente al del empleo de la violencia o intimidación.

de la conducta como ofensa a la libertad sexual, y mantener una concepción «genito-centrista» o «coito-centrista» de la sexualidad, reduciendo el acto sexual —en este caso, no consentido— a la penetración. Ha de recordarse que el contenido de injusto de estos delitos no reside en la satisfacción del apetito sexual del sujeto que accede carnalmente, sino en la vulneración de la libertad de decidir libremente si, y con quién, realizar actos de carácter sexual, que sufre el sujeto pasivo al ser constreñido a mantenerlos<sup>67</sup>. La práctica de poner el acento en quien penetra evoca, por otra parte, esa concepción antigua de los delitos sexuales como conductas deshonestas o pecaminosas, en las que el reproche se hacía recaer en la actitud inmoral del que accede carnalmente, en aplicación de un derecho penal de autor que obvia el principio de ofensividad como fundamento de la intervención penal<sup>68</sup>.

En cualquier caso, incluso de mantenerse esta concepción restrictiva del autor en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal, que aquí se cuestiona y se reprueba, no se entiende que la diversidad de títulos de imputación de las plurales acciones típicas a cada sujeto interviniente en la violación grupal pueda considerarse un impedimento para apreciar la consideración global de las mismas a través de la aplicación del delito continuado. El art. 74.1 CP establece exclusivamente como requisito para apreciar esta

---

67 Véase en la doctrina, ACALE SÁNCHEZ, M.: «La reforma de los delitos...», *ob. cit.*, pp. 256 y 257: «En efecto, desde un punto de vista dogmático, *el tipo no centra la ofensividad de la conducta en el acto de contenido sexual, sino en la vulneración de la libertad sexual de la víctima*. Todo apunta a que *se están construyendo los delitos contra la libertad sexual desde una perspectiva falocéntrica*. [...] ...entre los distintos actos que se incluyen en el tipo del delito de violación, no existe una jerarquía ni una centralidad que permita ponerlos en orden. *El ataque a la libertad sexual se produce por la conjunción del acto de contenido sexual y de la realización de la violencia o intimidación*». En el ámbito jurisprudencial, puede citarse la STS 1903/1994, de 2 de noviembre, F. J. 3.º: «Es indudable que, reducido el problema a tales límites, a partir de la premisa sentada (sólo el varón podría tener acceso carnal) *no se deriva en modo alguno que se deba excluir la coautoría, dado que la estructura del tipo permite que la violencia sea ejercida por quien no realiza personalmente el acceso carnal*. Por lo demás, *no se percibe razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autoterminación sexual*».

68 A este respecto resultan muy interesantes las reflexiones de GÓMEZ RIVERO, M. C.: «¿Queda algo aún...», *ob. cit.*, pp. 113 y ss., con relación a la tradicional inserción de los delitos sexuales en la categoría dogmática de los delitos de propia mano, cuando señala que el origen de esta práctica se conecta con la consideración de estas infracciones como delitos deshonestos, vinculados a la idea de pecado. Se consideraba necesaria una ejecución inmediata y personal de las conductas por quien se hiciera responsable de ellos, porque residiendo su injusto en «una suerte de tabú pecaminoso», se «reclamaba la identificación de un autor que, al igual que sucede con los pecados, rubricase personal y corporalmente la conducta merecedora de tracha. Así, de la misma forma que no sería impensable pecar ni expiar pecados por otros, lógico sería que no se pudiera trasladar la responsabilidad de un sujeto a otro cuando lo que se ventila es un reproche de inmoralidad elevado a la categoría de delito».

figura que el sujeto «realice una pluralidad de acciones [...] que [...] infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza», sin exigir que esas acciones se imputen en virtud del mismo título jurídico. La exigencia jurisprudencial de que las acciones típicas perpetradas por el mismo sujeto sean homogéneas, en el sentido de que compartan un mismo *modus operandi*<sup>69</sup>, a efectos de aplicar el art. 74.1 CP, tampoco constituye un óbice para apreciar la continuidad delictiva en estos casos. Las acciones típicas perpetradas en estos contextos por cada sujeto resultan en principio materialmente homogéneas en cuanto a sus métodos, medios o formas, variando exclusivamente en cada una de ellas la identidad del sujeto que penetra, pues los individuos van rotando y sustituyéndose en tal labor<sup>70</sup>. Un último argumento que podría esgrimirse frente a la negación de la aplicación del delito continuado, y que se ha empleado en alguna ocasión por los tribunales, es la de que la participación en el delito a título de cooperador necesario se considera en sentido amplio por el CP, *ex art.* 28.II.b, una forma de autoría<sup>71</sup>, por lo que la diversidad del título por el que se imputan las diversas acciones (autor-cooperador necesario) no revestiría de entidad jurídica como para negar la homogeneidad de las acciones típicas.

### **b) La circunstancia fáctica del cambio en la persona que realiza el coito en cada acción típica**

Entre la doctrina que aboga por considerar autor de la acción típica de acceso carnal no consentido tanto al que realiza personalmente el coito como al que ejerce violencia o intimidación, se encuentra, no obstante, un sector también reticente a aplicar la continuidad delictiva en los contextos de violaciones grupales con relevo de roles aquí examinados. Se mantiene por este sector que en estos casos ha de castigarse a los sujetos al menos por tantas acciones típicas como personas distintas hayan accedido carnalmente a la víctima, en tanto que, al concurrir una pluralidad de «acciones ejecutadas por distintos sujetos activos», faltaría el requisito del art. 74.1 CP relativo a la unidad de sujeto activo<sup>72</sup>.

69 Véase, por ejemplo, la STS 654/2020, de 2 diciembre, F. J. 3.º.

70 De esta opinión es CARUSO FONTÁN, V.: «Reflexiones en torno...», *ob. cit.*, pp. 233 y 234.

71 Se ha empleado este argumento en la STS 849/2009, de 27 de julio, F. J. 2.º: «las acciones de realizar el acceso sexual violento y la de posibilitar, con contribuciones necesarias, el acceso sexual por otro, respecto de la misma víctima, son conductas que se califican como autoría la primera y se considera autoría, por el párrafo segundo artículo 28 del Código Penal, la segunda, del idéntico delito de agresión sexual. Así pues, *esa mitigación de la homogeneidad carece de relevancia y entidad, al menos jurídica, suficiente para excluir la consideración unitaria del artículo 74 del Código Penal*».

72 Así, la STS 462/2019, de 14 octubre, F. J. 10.º, apartado 3: «en lo que hace referencia a supuestos en los que sean varios los acusados y cada uno de ellos haya consumado una penetración y, con intercambio de roles, haya participado en actos de violencia o intimidación tendentes a lograr que el resto de acusados pudieran consumir sendas penetracio-

Bajo esta argumentación subyace, a mi juicio, el mismo defecto de base que se vio antes, esto es: la concepción unilateral del acto sexual como penetración o coito al considerarse que el verdadero sujeto activo de cada acción típica de acceso carnal es el que realiza el coito, desconsiderando a los que, bajo acuerdo común, previo o simultáneo a los hechos, realizan otros comportamientos, como sujetar a la víctima, amenazarla o estar presentes, generando con ello un clima intimidatorio. Así las cosas, se vuelve a obviar tanto la circunstancia de que todos los intervinientes ostentan el dominio del hecho —en este caso, dominio funcional— en la totalidad de acciones típicas, como el contenido del injusto material de las acciones típicas, que consiste en la vulneración de la libertad sexual de la víctima. Desde mi punto de vista, en los casos que nos ocupan concurre claramente el elemento de la identidad del sujeto activo en todas las acciones típicas, que se erige en requisito del delito continuado. Lo que ocurre es que estamos ante un «sujeto activo plural», pues son varias las personas que realizan conjuntamente la totalidad de las acciones típicas. No existe ningún impedimento para apreciar la continuidad delictiva con relación a una pluralidad de acciones típicas perpetradas por un mismo grupo de sujetos<sup>73</sup>. El hecho de que el art. 74.1 CP, que prevé los requisitos para aplicar esta figura, se refiera a una persona individual —«*el que*, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones...»—

---

nes que por sí mismas integren un delito de violación, la Sala ha proclamado que no pueden considerarse integrantes de un delito continuado, tanto porque su naturaleza permite apreciar la individualidad de cada una de las agresiones, como porque *se trata de acciones ejecutadas por distintos sujetos activos*». En el mismo sentido, con anterioridad, la STS 998/2007, 28 noviembre, F. J. 6.º, apartado 1. En la doctrina, sostiene esta argumentación FARALDO CABANA, P.: «La intervención de dos o más...», *ob. cit.*, pp. 394 y 395: «el delito continuado exige una pluralidad de acciones realizada por el mismo sujeto, pues es una excepción a la regla del concurso real basada en la reiteración de la conducta por parte del mismo sujeto en ciertas condiciones, *no pudiendo integrar la continuidad delictiva una pluralidad de acciones atribuibles a distintos sujetos, aunque se realicen aprovechando idéntica ocasión y contra la misma víctima*».

73 Como ejemplos en que se ha apreciado la continuidad delictiva con relación a un conjunto de acciones típicas perpetradas por una pluralidad de sujetos, pueden citarse, entre otras muchas, la STS 1726/1992, de 14 julio, que ratifica la condena de instancia a todos los acusados por un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, y la STS 1280/2004, de 8 noviembre, que confirma la condena a dos sujetos como autores, cada uno, de un delito continuado de estafa, que viene a englobar las diversas acciones típicas de estafa perpetradas por ambos, previo acuerdo. Insta señalar que incluso en la primera sentencia las dos acciones típicas de robo no son ejecutadas por todos los sujetos, pues estos se dividen, previo acuerdo, en dos grupos, siendo los integrantes del primer grupo los que perpetran un robo, y los del segundo los que perpetran el segundo robo. No obstante, el tribunal viene a atribuir las ambas a todos los sujetos, entendiendo que estamos ante un supuesto de codominio funcional de los hechos, y valora en cada caso las dos acciones típicas conjuntamente como delito continuado con relación a cada acusado. Así, se señala en el F. J. 3.º de la sentencia: «Aunque cada una de las acciones, separadamente, integra un supuesto delictual, la valoración global como única infracción viene determinada en razón a la homogeneidad de sus elementos y a la unidad genérica de resolución o desig- nio, existiendo una identidad en los sujetos activos»).

responde obviamente a una mera práctica del legislador, presente a lo largo del todo el CP, con la que se busca una agilización o simplificación del lenguaje jurídico mediante el empleo de términos genéricos. No es cierto que el sujeto activo de las diversas acciones típicas en los casos de accesos carnales en grupo difiera en cada caso; lo único que difiere es la identidad concreta de la persona que realiza el coito en cada acción típica, pero esto no es, a mi juicio, óbice a la aplicación del delito continuado, sobre todo cuando nos encontramos ante supuestos de codominio funcional de los hechos.

### 3. A modo de reflexión

A lo largo de estas páginas se ha puesto de relieve cómo ha sido siempre un tema de enconada discusión la calificación jurídica de las comúnmente llamadas violaciones grupales o múltiples. Dejando de lado la cuestión atinente a la figura penal concretamente aplicable —problemática esta que, por otro lado, ha resultado ya zanjada a golpe de reforma del CP, mediante el establecimiento de una figura penal única de violación—, la doctrina ha debatido sobre si aplicar o no en estos casos la figura del delito continuado, habida cuenta de que el legislador, en el apartado 3 del art. 74 CP, deja expresamente esta decisión en manos de los operadores jurídicos. Desde los sectores reacios a aceptar tal posibilidad se han esgrimido una serie de argumentos que han sido aquí objeto de análisis, concluyéndose que ninguno de ellos constituye realmente un impedimento de peso para la apreciación de la continuidad delictiva.

La circunstancia de que, en su caso, se emplee violencia o intimidación como medio para acceder carnalmente a la víctima no tiene, a mi juicio, una repercusión relevante a tal extremo. Pueden concurrir perfectamente los requisitos del delito continuado —véase: pluralidad de acciones típicas, unidad de sujeto activo (y pasivo, en los delitos sexuales), homogeneidad en el *modus operandi*, y proximidad espaciotemporal entre las acciones— en accesos carnales grupales realizados, ya con violencia o intimidación, ya sin el empleo de dichos medios comisivos. El bien jurídico afectado en un caso y otro es la libertad sexual, como manifestación específica del derecho a la libertad en el ámbito de la sexualidad, que implica la facultad de autodeterminarse en esta área.

Por otro lado, el hecho de que las acciones típicas se realicen conjuntamente por varios sujetos no excluye la posibilidad de "habla" en estos casos, ex art. 74.1 CP, de la existencia de una pluralidad de acciones típicas de carácter homogéneo perpetradas por el mismo sujeto activo, que en este caso sería «plural». El relevo de unos a otros en la actividad de la penetración no es tampoco, a mi modo de ver, óbice para la apreciación de la continuidad delictiva con relación a la pluralidad de acciones típicas. En relación con cada acción típica nos encontramos ante un claro codominio funcional del hecho por parte de todos los intervinientes, siendo irrelevante quién hace qué, pues todos conjuntamente vulneran la libertad sexual de la víctima, concurriendo

elementos claros para su consideración en cada caso como coautores, como son el acuerdo común delictivo y la intervención en fase ejecutiva.

En último lugar, existen argumentos de tipo pragmático y de política-criminal que llevan a defender la apreciación de la continuidad delictiva en estos casos. Ha de tenerse presente que en el ámbito de la delincuencia sexual con acceso carnal los tribunales vienen realizando una interpretación particular, por no decir insólita, del concepto dogmático de la «unidad típica de acción», apreciando al menos tantas acciones típicas como personas distintas penetren a la víctima, independientemente de si obran o no de común acuerdo. Así, lo que en la mayoría de delitos constituiría una sola acción típica ejecutada en coautoría, en las infracciones que nos ocupan se transforma en una pluralidad de acciones típicas, seguramente por influencia de la tradicional consideración del delito de violación como delito de propia mano. Así las cosas, negar por defecto la aplicación de la continuidad delictiva a estos supuestos, condenando a cada sujeto del grupo por al menos tantas acciones típicas como personas distintas acceden carnalmente, lleva a la imposición de penas excesivamente elevadas, y, con ello desproporcionadas, si se considera, además, la posible apreciación de la circunstancia agravante de actuación en grupo a las acciones típicas imputadas<sup>74</sup>.

## 4. Bibliografía

**ACALE SÁNCHEZ, M.:** «La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género», en MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, J. M. Bosch, 2019, pp. 215-255.

— *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, Reus, 2019.

**BOCANEGRA MÁRQUEZ, J.:** «Tratamiento jurídico-penal de las comúnmente llamadas "violaciones múltiples"», en ACALE SÁNCHEZ, M.; MIRANDA RODRIGUES, A. I.; NIETO MARTÍN, A. (coord.), *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, 2021, pp. 295-320.

— «Unidad de acción y continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 33, 2020, pp. 1-27.

---

74 Apuntan al carácter desproporcionado de la pena resultante, de aplicar la calificación jurídica del concurso real de delitos, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, Reus, 2019, p. 270; y CARUSO FONTÁN, V.: «Reflexiones en torno...», *ob. cit.*, p. 243. Por mi parte, apunté con anterioridad a este problema en BOCANEGRA MÁRQUEZ, J.: «Unidad de acción...», *ob. cit.*, p. 24.

- CARUSO FONTÁN, V.:** «Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la Manada», en FARALDO CABANA, P. / ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.); RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. / FUENTES LOUREIRO, M. A. (coord.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, pp. 217-246.
- «¿Sólo Sí es Sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en *Diario La Ley*, n.º 9594, 2020.
- *Unidad de acción y delito continuado*, Tirant lo Blanch, 2018.
- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M.:** «Autoría y participación», en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 10, 2008, pp. 13-61.
- DURÁN SECO, I.:** «Posibilidad de aplicación de la figura del delito continuado a la violación (agresiones sexuales)», en *Revista Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales*, vol. 12, 1998.
- 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 CABANA, P. / ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.); RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. / FUENTES LOUREIRO, M. A. (coord.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, pp. 247-296.
- FARALDO CABANA, P.:** «La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 22, 2019, pp. 381-420.
- 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*, n.º 77, 2018, pp. 4-15.
- GÓMEZ RIVERO, M. C.:** «¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?», en *Revista Penal*, n.º 18, 2006, pp. 102-123.
- LAMARCA PÉREZ, C.:** «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», en *Jueces para la democracia*, n.º 27, 1996, pp. 50-61.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.:** «Las huellas de la Manada», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 77, 2018, pp. 16-21.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.:** «La corrupción de menores y la continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual», en *Estudios jurídicos*, n.º 2005, 2005, pp. 1-16.

**MONGE FERNÁNDEZ, A.:** «¿Las agresiones sexuales cualificadas como delito de propia mano? Reflexiones en torno a la STS de 6 de junio de 2000, RJ 2000/5247», en *Revista de Derecho y Ciencias penales*, n.º 13, 2009, pp. 183-202.

— «Las manadas» y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, Tirant lo Blanch, 2020.

**MUÑOZ CONDE, F.:** *Derecho penal. Parte especial*, 21.ª ed., Tirant lo Blanch, 2017.

— «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 *Revista Penal*, n.º 43, 2019, pp. 290-299.

— «Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código penal)», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIII (1990), pp. 268-295.

— *Teoría General del Delito*, Themis, 1984.

**POZUELO PÉREZ, L.:** «La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetes, clientes y violación de personas prostituidas», en *InDret*, n.º 1, 2022, pp. 206-229.

**RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.:** «Responsabilidad por actuación en grupo cuando se comenten varias violaciones con intercambio de roles entre los intervinientes», en *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 57, 2020, pp. 271-279.

**ROXIN, C.:** *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, 2016.

**TAMARIT SUMALLA, J. M.:** *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Aranzadi, 2000.

**ORTS BERENGUER, E.:** *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, 1995.



# AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE 16 AÑOS TRAS LA REFORMA DE 2022<sup>1</sup>

Carmen López Peregrín

*Universidad Pablo de Olavide*

## 1. Introducción

Tras una larga y compleja tramitación<sup>2</sup>, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ha reformado una vez más el Título VIII del Libro II del Código penal<sup>3</sup>. En el Preámbulo de esta ley se justificaba la reforma en base a las obligaciones contraídas en el marco internacional<sup>4</sup>; sin embargo, muchas de las modificaciones que se incluyen en ella, como veremos, no son plasmación de dichas obligaciones sino más bien producto de decisiones político-criminales más o menos acertadas.

Entre los cambios introducidos por esta ley, cabe destacar dos de especial trascendencia: el primero, común a delitos sexuales contra adultos y contra menores, aunque con algunas diferencias, es la supresión de la distinción entre los delitos de abuso sexual y de agresión sexual; el segundo, de especial

---

1 Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo Interuniversitario e Interdisciplinario de Investigaciones sobre la Criminalidad (SEJ678) y del Proyecto de Investigación PID2020-117403RB-100 sobre «Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos».

2 La tramitación de esta ley fue ciertamente larga y azarosa desde el inicial Anteproyecto, aprobado por el Consejo de Ministros el 3 de marzo de 2020 (en adelante, Anteproyecto de 2020), hasta su aprobación definitiva en septiembre de 2022, tras una segunda votación en el Congreso, forzada por la aprobación en julio de ese mismo año de una enmienda en el Senado que, aparentemente, no tuvo más finalidad que la de retrasar lo máximo posible la entrada en vigor de una ley que ya se consideraba inevitable.

3 La LO 10/2022, de 6 de septiembre, modifica también otros delitos como los de acoso, matrimonio forzado y trata. No nos ocuparemos aquí, sin embargo, de esas otras reformas ni de las que afectan al Libro I.

4 En concreto, el apartado II del Preámbulo menciona expresamente «la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul) y el Convenio sobre la Lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia)».

relevancia en delitos sexuales contra menores, es la eliminación de la referencia a la indemnidad sexual de la rúbrica del Título VIII; pero la LO 10/2022 ha reformado, además, otros aspectos de los ahora denominados «delitos de agresiones sexuales a menores de 16 años» que también merece la pena tratar. De todos estos cambios me ocuparé en los siguientes epígrafes.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que las críticas que ha sufrido la LO 10/2022 desde su entrada en vigor, y sobre todo las provocadas por las rebajas de pena a que ha dado lugar su aplicación retroactiva, han determinado que en la actualidad se encuentre en tramitación una Proposición de Ley Orgánica que, de aprobarse, volvería a modificar esta materia<sup>5</sup>. A esta proposición de ley me referiré brevemente al final de este trabajo.

## 2. El problema del bien jurídico protegido

En la versión original del Código penal de 1995<sup>6</sup>, el Título VIII del Libro II llevaba la rúbrica de «Delitos contra la libertad sexual»<sup>7</sup> y regulaba conjuntamente los delitos sexuales contra menores y contra adultos, aunque la edad se tuviera en cuenta en algunos aspectos<sup>8</sup>. Un sector de la doctrina sostuvo entonces la insuficiencia de la libertad sexual para expresar el objeto jurídico protegido en todo el Derecho penal sexual; desde esta postura, la libertad sexual se entendería como la parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, libertad de la que carecerían los menores

---

5 Proposición 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 de los menores, n.º 122/000294, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B, de 17 de febrero de 2023 (en adelante, Proposición de Ley Orgánica de 2023).

6 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal.

7 El reconocimiento de que el bien jurídico protegido en estos delitos era la libertad sexual supuso, en su momento, un gran avance frente al Código penal de 1973, que regulaba estos delitos en un Título que llevaba la rúbrica de delitos «contra la honestidad». Sin embargo, este reconocimiento no se produjo hasta la reforma introducida por la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, más de 10 años después de la aprobación de la Constitución española de 1978, que consagraba la igualdad como principio fundamental.

8 Así, por ejemplo, la versión original del art. 178 del Código penal de 1995 castigaba como agresión sexual la conducta de atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación, aplicándose un tipo cualificado (art. 180.3.º CP) cuando la víctima era «una persona especialmente vulnerable, *por razón de su edad*, enfermedad o situación» (la cursiva es mía). Por su parte, aunque los abusos sexuales se definían entonces en el art. 181 CP también para víctimas menores y mayores de edad conjuntamente, sí se mencionaba a los menores expresamente en el apartado 2, pero para decir que se consideraban en todo caso abusos sexuales no consentidos los que se ejecutasen sobre menores de 12 años.

provisionalmente<sup>9</sup> y los incapaces permanentemente<sup>10</sup>. En consecuencia, en concreto respecto de los menores, este sector consideraba que el bien jurídico protegido en estos delitos no era la libertad sexual sino la indemnidad sexual, entendida como su derecho a quedar exentos de cualquier daño de orden sexual, pretendiéndose con ello impedir que se les implicara en unas conductas sexuales que podrían ocasionarles traumas psicológicos o alterar su proceso formativo en el ámbito sexual<sup>11</sup>. Finalmente, la LO 11/1999, de 30 de abril<sup>12</sup>, se adhirió a esta corriente y modificó la rúbrica del Título VIII, que pasó a denominarse «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales»<sup>13</sup>.

Al margen del efecto simbólico o visualizador del fenómeno que podía provocar la mención expresa de la indemnidad sexual, en mi opinión esta modificación no era necesaria pues entiendo, de acuerdo con otro sector doctrinal, que la protección de menores y de personas con discapacidad psíquica puede ser perfectamente reconducible al bien jurídico de la libertad sexual si este es entendido, no en sentido estricto como la libertad para autodeterminarse en materia sexual (libertad que ciertamente no cabría afirmar en casos de menores de muy corta edad<sup>14</sup>), sino como el interés en asegurar que los

- 
- 9 En la medida en que en ese momento cualquier contacto sexual con menor de 12 años era considerado no consentido y por tanto constitutivo de abuso sexual.
- 10 En cuanto el art. 181.2 CP (1995) también consideraba abuso sexual todo contacto sexual sobre persona de cuyo trastorno mental se abusara.
- 11 Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, Parte especial*, 11.ª ed., Tirant lo Blanch, 1996, pp. 176-177.
- 12 Esta ley, aprobada durante el primer gobierno de Aznar a la cabeza del Partido Popular, entre otras cosas, incrementó las penas de todos los delitos de abusos sexuales (también de los cometidos sobre menores) y reintrodujo el delito de corrupción de menores. Los cambios introducidos se encuadraban en una línea de reforma que, apenas 4 años después de la aprobación del nuevo Código penal, no solamente contradecía el espíritu de este, sino el de las reformas habidas desde 1978. Así, por ejemplo, Díez RIPOLLÉS, J. L.: «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, arts. 178-183», en Díez RIPOLLÉS, J. L. y ROMEO CASABONA, C. (coord.), *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 219.
- 13 La cursiva es mía. Sobre la modificación de la rúbrica del Título VIII y, en general, sobre el bien jurídico protegido en este Título tras la reforma de 1999, véase, por todos, Díez RIPOLLÉS, J. L.: «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 6, 2000, pp. 79-98. Sobre el contexto de la reforma, sus antecedentes y las reacciones que provocó, véase TAMARIT SUMALLA, J. M.: *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Aranzadi, 2000, pp. 55-63.
- 14 Me refiero a que, si se interpreta la libertad sexual como la parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, es totalmente coherente deducir que este bien jurídico no puede explicar los delitos sexuales contra menores (como concluía, antes de la reforma de 2022, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, Parte especial*, 23.ª ed., Tirant lo Blanch, 2021, pp. 215-216) pues, ciertamente, cuando castigamos, por ejemplo, a quien realiza tocamientos a un menor de 2 años, no lo hacemos porque se haya vulnerado la

comportamientos sexuales tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes<sup>15</sup>. La libertad sexual en sentido amplio, como bien jurídico protegido en todos los delitos sexuales, se dirigirá a garantizar que las conductas sexuales se realicen con el consentimiento de quienes participan en ellas, lo que conduce a la prohibición tanto de los contactos sexuales no consentidos por quienes tienen capacidad para consentirlos, como de los ejercidos sobre personas que no pueden consentirlos temporalmente o de forma definitiva<sup>16</sup>. Desde esta interpretación, resulta posible afirmar que también los menores ostentan libertad sexual<sup>17</sup>. De la misma forma, por cierto, que nadie sostiene, por ejemplo, que un menor con 8 o 10 años no pueda ser víctima de una detención ilegal salvo que se cree un bien jurídico específico...<sup>18</sup>.

En cualquier caso, la rúbrica referida a la libertad *e indemnidad sexual* se mantuvo inalterada en posteriores reformas de este Título VIII. Así, no la modificó la LO 5/2010, de 22 de junio, que, entre otros cambios, por primera vez introducía una regulación separada, en un capítulo aparte (enton-

---

libertad de ese menor de decidir qué contactos sexuales quiere realizar y cuáles no. Lo que no comparto es el punto de partida, esto es, que la libertad sexual deba entenderse necesariamente así.

- 15 Así Díez Ripollés, J. L., *ob. cit.*, 2000, pp. 81-82. En el mismo sentido, entre otros, Tamarit Sumalla, J. M., *ob. cit.*, 2000, pp. 65-66; y Morales Prats, F. y García Albero, R.: «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10.<sup>a</sup> ed., Thomson-Aranzadi, 2016, p. 305.
- 16 En este sentido ya, por ejemplo, Díez Ripollés, J. L., *ob. cit.*, 2000, p. 69.
- 17 Así también, por ejemplo, Orts Berenguer, E. y Suárez-Mira Rodríguez, C.: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, 2001, p. 19; Grupo de Estudios de Política Criminal: *Una propuesta alternativa a la protección penal de los menores*, Tirant lo Blanch, 2003, p. 22; o Cabrera Martín, M.: *La victimización sexual de menores en el Código Penal español y en la política criminal internacional*, Dykinson, 2019, p. 48 (con algún matiz, véanse pp. 51-55). En palabras de Caruso Fontán: «Cuando el moderno Derecho penal reconoce cada vez más la capacidad de discernimiento y voluntad de los menores, negarles directamente la posibilidad de ser titulares de libertad sexual resulta anacrónico. Pero más allá de ello, todas las personas son titulares de un derecho a la libertad, que no pierden aunque no puedan ejercerlo en su plenitud» (Caruso Fontán, V.: *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 178). En general sobre el bien jurídico protegido en los delitos sexuales en el caso de sujetos pasivos menores, véase Caruso Fontán, V., *ob. cit.*, 2006, pp. 160-179.
- 18 En este sentido, Ramos Vázquez: «...me parece muy discutible afirmar que los menores de corta edad no tienen libertad sexual, como si el resto de libertades no fuesen también un continuum que, en las primeras etapas de la vida humana, se encuentra desdibujado...» (Ramos Vázquez, J. A.: *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores un estudio sobre los artículos 183 y siguientes*, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 113-114).

ces Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código penal), de los abusos y agresiones sexuales a menores<sup>19</sup>. Ni tampoco la cambió la LO 1/2015, de 30 de marzo, lo cual ya era más problemático<sup>20</sup>.

En efecto, posiblemente la doble referencia a la libertad sexual y a la indemnidad sexual podía defenderse sin graves consecuencias hasta 2015 e incluso podía tener el valor simbólico antes indicado, pero creo que tras dicha reforma era ya imposible mantenerla. Primero, porque al elevarse la edad del consentimiento sexual a 16 años, resultaba ya más difícil afirmar que los menores de esta edad carecían en todo caso de libertad para determinarse en el ámbito sexual. Y, segundo, porque, en la medida en que a partir de esta reforma el entonces art. 183 quater despenalizaba las conductas *consentidas* por el menor de 16 años si las realizaba una persona próxima al menor en edad y madurez, creo que ya no era posible sostener que un menor con, por ejemplo, 15 años tuviera una libertad sexual que ejercer o una indemnidad sexual a proteger dependiendo, no de su propia edad y madurez, sino de la de la persona con quien mantenía la relación sexual<sup>21</sup>. De hecho, aunque la reforma de 2015 mantuvo la referencia a la indemnidad sexual en la rúbrica del Título VIII, sin embargo la eliminó ya de la descripción típica del entonces delito de abuso sexual de menor de 16 años<sup>22</sup>.

- 
- 19 Sobre esta reforma y en especial sobre sus efectos sobre los abusos y agresiones sexuales sobre menores, véanse, por ejemplo, CUGAT MAURI, M.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA, J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 227-236; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, Parte especial*, 18.ª ed., Tirant lo Blanch, 2010, pp. 238-241; CANCIO MELIÁ, M.: «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual», en *La ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 80, 2011, pp. 12-15; y MONGE FERNÁNDEZ, A.: *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Bosch, 2011, pp. 41-223.
- 20 En general respecto de la discusión sobre el bien jurídico protegido en estos delitos en ese momento véanse, por ejemplo, los análisis que realizan ROPERÓ CARRASCO, J.: «Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 34, 2014, pp. 245-257; o CABRERA MARTÍN, M., *ob. cit.*, 2019, pp. 37-74.
- 21 En sentido similar, consideraron también que la introducción del art. 183 quater CP por la reforma de 2015 supuso un reconocimiento de la libertad sexual de los menores, entre otros, RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *ob. cit.*, 2016, p. 113; CABRERA MARTÍN, M., *ob. cit.*, 2019, p. 60; o BOLDOVA PASAMAR, M. A.: «La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 23-16, 2021, p. 16.
- 22 Así, la conducta típica del delito de abuso sexual a menor pasaba de describirse como la realización de «actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años», a la de «actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años», obviando así la referencia a la indemnidad sexual. Curiosamente, el término se seguía empleando tras la reforma de 2015 en la descripción típica del delito de abuso sexual (a mayores de 16 años) del art. 181.1 CP: «El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona...» (la cursiva es mía).

No es extraño, por tanto, que la LO 10/2022, de 6 de septiembre, haya dado un paso más y haya suprimido la referencia a la indemnidad sexual de la rúbrica del Título VIII. Veintisiete años después, esta ley de reforma vuelve a introducir la misma rúbrica que ya existía en la versión original del Código penal de 1995, «Delitos contra la libertad sexual», lo que ha sido valorado positivamente por quienes criticaban la referencia a la indemnidad sexual por vaga y peligrosa<sup>23</sup>.

En el Preámbulo de la LO 10/2022 no se menciona, ni se argumenta o justifica expresamente esta modificación<sup>24</sup>, aunque es cierto que, cuando se refiere en su apartado I a los comportamientos sexuales constitutivos de violencias sexuales, habla de «...actos de naturaleza sexual *no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado...*», y algo similar puede leerse en el art. 3.1 de la LO 10/2022 cuando se define el ámbito de aplicación de esta ley<sup>25</sup>. Por su parte, en el art. 3.4 se dice que «(e)n 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 tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceras personas».

De todo esto creo que cabe deducir que el bien jurídico protegido ahora en el Título VIII es la libertad sexual en el sentido amplio antes descrito, como el interés en asegurar que los comportamientos sexuales tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes. En concreto en relación a los menores de 16 años, ello conduciría a prohibir los contactos

23 Consideraba, por ejemplo, que la referencia a la indemnidad sexual, por imprecisa, generaba el riesgo de servir de justificación a la introducción de intereses vagos o simplemente de contenido moral, como el delito de corrupción de menores reintroducido en 1999, el de posesión de pornografía infantil para el propio uso (2003) o el de tráfico de pornografía virtual (2015), 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*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 63-64. Para RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (*ob. cit.*, 2016, p. 114), la referencia a la indemnidad sexual debía eliminarse porque «remite a una lógica de control y, a la postre, vulnerabilización de los menores».

24 Criticando esta eliminación, y que se haga sin ningún razonamiento que la explique, ESQUINAS VALVERDE, P.: «El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (art. 181 CP)», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022, p. 216.

25 Art. 3.1 de la LO 10/2022, de 6 de septiembre: «El ámbito de aplicación objetivo de esta ley orgánica comprende las violencias sexuales, entendidas como 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 [...]». La cursiva de esta nota y la del texto son mías.

sexuales no consentidos (en el escaso margen que otorga al consentimiento de los menores de 16 años el art. 183 bis CP, heredero del anterior art. 183 quater CP) y los ejercidos sobre menores que no pueden consentirlos, protegiendo en su caso una libertad sexual potencial o en formación<sup>26</sup>.

Lo que no parece coherente, sin embargo, es indicar en la rúbrica del Título VIII que también respecto de menores el bien jurídico protegido es la libertad sexual y a la vez mantener la edad del consentimiento sexual en 16 años, en cuanto se prohíbe todo contacto sexual con menores de esa edad (salvo que tenga lugar entre iguales). En efecto, al aumentar la edad del consentimiento sexual en 2015, convirtiendo en delito todo contacto sexual con menores de 16 años (salvo que haya cercanía en edad y madurez), se despoja a esos menores del derecho a decidir sobre su libertad sexual<sup>27</sup>.

Teniendo en cuenta todo lo dicho, paso ahora a analizar las diferentes modalidades delictivas que, en sentido amplio, el Código penal denomina «agresiones sexuales a menores de dieciséis años», integradas ahora, tras la reforma de 2022, en el Capítulo II del Título VIII.

### **3. El delito de agresión sexual a menor de 16 años (art. 181 CP)**

#### **3.1. Cuestiones previas: la supresión de la distinción agresión/abuso y la definición de consentimiento**

Con independencia de la edad de la víctima, desde 1995 el Código penal diferenciaba entre agresión sexual (como acto sexual conseguido con violencia o intimidación) y abuso sexual (como acto sexual no consentido, pero logrado sin violencia ni intimidación). Esta diferenciación, de hecho, era toda una señal de identidad del Código penal de 1995 en relación a su predecesor<sup>28</sup> y supuso un cambio de perspectiva que fue valorado positivamente por la doctrina en

26 Así Díez RIPOLLÉS, J. L.: «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, n.º 21-10, 2019, p. 5. En contra de lo afirmado en el texto, sigue sosteniendo, a pesar de la modificación de la rúbrica del Título VIII por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, que la indemnidad sexual es también bien jurídico protegido en estos delitos, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, Parte Especial*, 24.ª ed., Tirant lo Blanch, 2022, pp. 224-225.

27 En este sentido crítico también Díez RIPOLLÉS, J. L., *ob. cit.*, 2019, p. 14: «No cuesta trabajo apreciar que lo que late tras este desmesurado límite de edad es una actitud de recelo o directo rechazo a la sexualidad, trufada de connotaciones moralistas».

28 En efecto, si el Código penal de 1973 ponía el acento en el delito de violación y en la penetración, el Código penal de 1995 consideró más adecuado para proteger la libertad sexual ordenar los delitos, no dependiendo de si había habido o no penetración, sino de la gravedad

el momento de su introducción<sup>29</sup>. Con el tiempo, sin embargo, esta distinción ha ido perdiendo adeptos<sup>30</sup>, en especial tras el «caso La Manada»<sup>31</sup>. Tras un abierto y enconado debate suscitado (o incrementado) por este caso, la polémica habida ha conducido a la supresión de la distinción entre agresión y abuso sexual a través de la reforma operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre<sup>32</sup>.

Según el apartado III del Preámbulo de la ley de reforma, esta supresión era necesaria para cumplir con las obligaciones derivadas del Convenio de Estambul<sup>33</sup>, argumento que también ha usado el sector doctrinal partidario de la misma<sup>34</sup>. No hay nada, sin embargo, en el Convenio de Estambul

---

del ataque a la libertad sexual en función de si se empleaba o no violencia o intimidación, aunque ciertamente el tipo de contacto sexual pudiera (y siga pudiendo en la actualidad) influir en la pena a imponer.

- 29 Aunque se admitía la existencia de errores y problemas no resueltos (así, por ejemplo, véanse LAMARCA PÉREZ, C.: «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», en *Jueces para la Democracia*, n.º 27, 1996, p. 50; TAMARIT SUMALLA, J. M., *ob. cit.*, 2000, pp. 184-185; o GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *ob. cit.*, 2003, p. 10).
- 30 Así, por ejemplo, respecto de la reforma de 2010 y, en concreto, en relación a la cualificación que se introdujo para el delito de abusos sexuales a menores cuando la víctima era menor de 4 años, consideraba CANCIO MELIÁ que son «...muy particularmente estos casos los que mostraron que el punto de partida general de toda la regulación instaurada en el CP 1995, en el sentido de que será más grave la violencia/intimidación que el abuso sin esos medios, no (siempre) cuadra desde el punto de vista de la afectación al bien jurídico» (CANCIO MELIÁ, M., *ob. cit.*, 2011, p. 15).
- 31 Efectivamente, la puesta en cuestión de la reorganización adoptada por el Código penal de 1995 fue más enérgica a raíz del conocido «caso La Manada», en el que varios hombres atentaron contra la libertad sexual de una joven metiéndola en un estrecho portal, rodeándola y llevando a cabo penetraciones múltiples por turnos vía bucal, vaginal y anal. La primera sentencia (sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2018, de 20 de marzo) condenó por delito continuado de abuso sexual, por entender que hubo prevalimiento, pero no agresión sexual intimidatoria. Esta resolución terminó provocando manifestaciones masivas de amplios sectores sociales, sobre todo de los movimientos feministas. Sobre el «caso La Manada», véase FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M. (dir.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, 2018, *passim*.
- 32 La vinculación de la reforma a estos hechos se reconoce en el propio Preámbulo de la LO 10/2022 cuando se dice en su apartado I: «En los últimos años, gracias a las movilizaciones y acciones públicas promovidas por el movimiento feminista, las violencias sexuales han obtenido una mayor visibilidad social y se ha puesto de manifiesto la envergadura de los desafíos a que se enfrentan los poderes públicos para su prevención y erradicación».
- 33 El llamado Convenio de Estambul es el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y ratificado por España por Instrumento de 18 de marzo de 2014 (BOE de 6 de junio de 2014).
- 34 Así, por ejemplo, en relación al Anteproyecto de 2020, ACALE SÁNCHEZ, M.: «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*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 47-49 y 52-54.



que en mi opinión obligara a realizar este cambio en concreto. En efecto, en relación a la violencia sexual, el art. 36.1 del citado Convenio obligaba a las partes a adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito (incluso cuando los responsables sean las parejas o exparejas de la víctima): «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». Creo que ninguna reforma era necesaria en España al respecto, al estar ya tipificadas como delito (de abuso sexual o de agresión sexual a adultos o a menores) todas las conductas incluidas en esta lista. La supresión de la distinción agresión/abuso sexual no era, pues, una obligación impuesta por el Convenio de Estambul<sup>35</sup>, sino que constituye una decisión político-criminal que creo criticable, por cuanto se equiparan conductas de muy distinta gravedad (como, por ejemplo, respecto de un mayor de 16 años, un tocamiento en la zona genital aprovechando un descuido de la víctima y el conseguido con graves amenazas)<sup>36</sup>.

De otro lado, el apartado 2 del mismo art. 36 del Convenio añadía que «el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes». De este precepto se ha querido deducir que, antes de la reforma de 2022, el Código penal español no respetaba el Convenio de Estambul porque este enfatiza la falta de consentimiento de la víctima y por el contrario el Código penal concedía «...una importancia crucial a los medios que emplea el autor para conseguir llevar a cabo el acto de contenido sexual»<sup>37</sup>. Desde esta perspectiva, era necesario eliminar la diferencia entre abuso y agresión sexual, y poner el acento, no ya en el medio comisivo, sino en la ausencia de consentimiento de la víctima<sup>38</sup>. No puedo estar de acuerdo con esta afirmación, pues lo que distinguía desde 1995 la conducta sexual atípica de la constitutiva de abuso o agresión sexual no era otra cosa que la existencia o no de consentimiento, siendo el uso de violencia o intimidación solo una razón para aumentar la pena.

35 Así también Díez RIPOLLÉS, J. L., *ob. cit.*, 2019, p. 6; y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: «La libertad sexual en peligro», en IGLESIAS CANLE, I. C. y BRAVO BOSCH, M. J. (dir.), *Libertad sexual y violencia sexual*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 322-324.

36 Críticos con la supresión de la distinción entre agresión y abuso sexual se muestran, entre otros, Díez RIPOLLÉS, J. L., *ob. cit.*, 2019, pp. 9-13; y MUÑOZ CONDE, F., *ob. cit.*, 2022, p. 224.

37 ACALE SÁNCHEZ, M.: «Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022, p. 49.

38 A favor del sentido de esta reforma, véanse, por ejemplo, ACALE SÁNCHEZ, M. y FARALDO CABANA, P.: «Presentación», en FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M. (dir.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 25-29; y ACALE SÁNCHEZ, M., *ob. cit.*, 2020, pp. 52-58.

En cualquier caso, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, ha incluido en el art. 178.1 CP, en relación a la agresión sexual sobre mayores de 16 años, una especie de definición de consentimiento («Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona»). En mi opinión, y aunque la regulación anterior fuera ciertamente mejorable, el problema no está tanto en la letra de la ley, como en su aplicación por los tribunales, por lo que, con la anterior regulación o con la vigente tras la reforma de 2022, con gran probabilidad seguiremos encontrándonos sentencias problemáticas e incluso escandalosas hasta que no cambie la mentalidad de algunos de nuestros jueces y magistrados. Porque, no lo olvidemos, a menudo se interpreta como un defecto de la regulación vigente lo que es más un problema de prueba o, mejor dicho, de los hechos que los jueces y tribunales consideran o no probados<sup>39</sup>. Como indican ACALE y FARALDO, «...por mucho que se mejoren nuestras leyes, si al mismo tiempo no se adoptan medidas que apunten al soporte ideológico del patriarcado, caldo de cultivo de aquella violencia contra la que se quiere luchar, no podemos eliminar los estereotipos y prejuicios sociales que todavía anidan en sectores relevantes de la sociedad»<sup>40</sup>. Precisamente por eso, no creo que la situación legal cambie sustancialmente por la mera existencia de la definición incluida ahora en el art. 178.1 CP<sup>41</sup>.

Más sentido tiene, en mi opinión, el argumento de que la reforma de 2022 contribuye, con este cambio de perspectiva, a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria<sup>42</sup>. En este sentido, sostiene, por ejemplo, ACALE que, en casos como el de «La Manada», en los que antes de la reforma se ponía de manifiesto la dificultad de deslindar los contactos sexuales conseguidos con «intimidación ambiental» (constitutivos de agresión sexual) y los logrados con prevalimiento (constitutivos entonces de abuso sexual, castigados con una pena inferior), esa dificultad provocaba que los tribunales invirtieran en muchos casos el razonamiento en virtud del cual dan por probados o no los hechos, indagando en el comportamiento de la víctima,

---

39 En este mismo sentido, véase 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 *Revista Penal*, n.º 43, 2019, pp. 294-295. De hecho, en el caso «La Manada» sin ningún cambio legal los hechos fueron finalmente valorados por la STS 344/2019, de 4 de julio, como un contacto sexual conseguido por intimidación y, por tanto, como agresión sexual cualificada por violación.

40 ACALE SÁNCHEZ, M. y FARALDO CABANA, P., *ob. cit.*, 2018, p. 29. Y si no lo creen, lean el voto particular de la primera sentencia en el «caso La Manada», la SAP de Navarra 38/20218, de 20 de marzo, e indígnense.

41 En sentido similar, MUÑOZ CONDE, F., *ob. cit.*, 2022, p. 234. Una amplia crítica a la definición de consentimiento del art. 178.1 CP (en relación al Proyecto de ley de 2021, que ya contenía esta cláusula) puede verse en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *ob. cit.*, 2022, pp. 295-326.

42 Argumento incluido expresamente en el apartado III del Preámbulo de la LO 10/2022.

más fácil de controlar procesalmente que el del autor<sup>43</sup>. Habrá que esperar, entonces, a ver si en este aspecto cambia en algo la situación<sup>44</sup>.

En cualquier caso, en relación a víctimas menores no se da ninguna definición de consentimiento, ni hay ninguna remisión a la que se da en el art. 178.1 CP para víctimas mayores de 16 años, ni siquiera en el art. 183 bis CP (véase *infra* 6), donde simplemente se habla del «libre consentimiento del menor de dieciséis años». Y en cuanto a la eliminación de la distinción entre agresión y abuso sexual, veremos en los siguientes epígrafes que se ha llevado a cabo de forma completamente distinta en relación a adultos y a menores.

Tras la reforma, en el Capítulo I del Título VIII (ahora denominado «De las agresiones sexuales») se prevé, para víctimas mayores de 16 años, el delito de agresión sexual tipo básico en el art. 178 CP, el tipo cualificado de violación en el art. 179 CP y otros tipos cualificados en el art. 180 CP. En este ámbito, en relación a víctimas mayores de 16 pero menores de 18 años, es necesario resaltar la desaparición, ampliamente reclamada por la doctrina, del anterior art. 182 CP, referido a ciertos casos de abuso sexual sobre víctimas en esta franja de edad, que ahora pasan a regirse por las reglas generales de los delitos sexuales contra adultos del Capítulo I<sup>45</sup>.

---

43 ACALE SÁNCHEZ, M., *ob. cit.*, 2022, p. 58.

44 *Ibidem*.

45 Antes de la reforma de 2022, el art. 182 castigaba la realización de actos sexuales con personas mayores de 16 y menores de 18 años cuando intervenía engaño o abuso de posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima. Al respecto, en lo relativo a la tradicional modalidad de engaño, la doctrina criticó que, si ya resultaba difícil antes de la elevación de la edad del consentimiento operada en 2015 delimitar el ámbito de conductas en las que fuera posible un engaño de esta naturaleza a personas de entre 13 y 16 años (así, por ejemplo, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *ob. cit.*, 2003, p. 24), la tarea era casi imposible en personas de más de 16 años. Así, entre otros, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: «Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 605; CABRERA MARTÍN, M., *ob. cit.*, 2019, p. 137; o CUGAT MAURI, M.: «Artículo 182 CP: Vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022, p. 228. Se trataba, además, de una figura con poca virtualidad práctica, en cuanto la mayoría de los supuestos eran reconducibles al abuso por prevalimiento (CABRERA MARTÍN, M., *ob. cit.*, 2019, p. 136). Sin embargo, el legislador de 2015 no solo no derogó el art. 182, sino que aumentó su ámbito típico incluyendo los casos de contacto sexual sobre menores entre 16 y 18 años abusando «de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia de la víctima». Esta nueva modalidad se introdujo supuestamente para incorporar normativa europea e internacional, pero la reforma no tuvo en cuenta que las conductas mencionadas en estos instrumentos internacionales ya eran punibles en España a través del delito de abuso por prevalimiento del entonces art. 181.3 CP, aplicable sin limitación de edad (así por ejemplo CABRERA MARTÍN, M., *ob. cit.*, 2019, p. 138; CUGAT

Por lo que respecta al actual Capítulo II del Título VIII, se dedica ahora a las «agresiones sexuales a menores de dieciséis años» (eliminándose, lógicamente, la referencia que se hacía a los abusos sexuales en la anterior rúbrica del ahora desaparecido Capítulo II bis). Las modificaciones aquí son abundantes. Veámoslas más detenidamente.

### **3.2. El tipo básico de agresión sexual a menores de 16 años (art. 181.1 CP)**

Según el nuevo art. 181.1 CP, «el que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años». Esta definición de la conducta típica, e incluso la pena que tiene prevista, coinciden aparentemente con las que se recogían antes de la reforma en el anterior art. 183.1 CP, pero en realidad hay tres diferencias esenciales.

a) La primera, que antes esta definición era la del delito de *abuso* sexual a menor de 16 años y ahora es la del delito de *agresión* sexual a menor de 16 años, abarcando ahora el tipo básico, como en el caso de los adultos, lo que antes era abuso y agresión sexual. No obstante, como veremos en el siguiente apartado, la supresión de esta distinción no se realiza de igual modo en el Capítulo I y en el Capítulo II, pues en relación a víctimas mayores de 16 años se integran en el mismo tipo básico con la misma pena (art. 178 CP) todos los contactos sexuales no consentidos, incluidos los conseguidos con violencia o intimidación, mientras que, en relación a víctimas menores de 16 años, aunque en principio se integran en el tipo básico también todos los actos sexuales realizados (excepto los amparados en la cláusula de exclusión de la responsabilidad penal del art. 183 bis CP), el uso de violencia o intimidación (o el de cualquier otro medio comisivo de los mencionados en el art. 178.2 CP, véase *infra*) daría lugar a la aplicación de un tipo cualificado (art. 181.2 CP). En otras palabras, respecto de menores se ha suprimido formalmente la distinción abuso/agresión, pero en la práctica tal distinción sigue existiendo pues seguirá siendo necesario determinar, a efectos de aplicar el tipo básico o el cualificado, si ha habido o no violencia o intimidación. Eso sí, al integrarse también en el tipo cualificado del art. 181.2 CP, entre otros, los casos de prevalimiento, ciertamente deja de ser relevante el problema de deslindarlos de los de uso de intimidación.

b) La segunda diferencia relevante que presenta la actual regulación respecto de la anterior a la reforma de 2022 es que el párrafo segundo del art.

---

MAURI, M., *ob. cit.*, 2022, pp. 228-229; y ORTS BERENGUER, E. y ROIG TORRES, M.: «El menor como sujeto pasivo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en *Revista Penal*, n.º 49, 2022, p. 117). Por todo ello, parecía que la única solución aceptable era suprimir por completo el delito contenido en el anterior art. 182, que es lo que finalmente ha hecho la LO 10/2022, de 6 de septiembre.

181.1 CP indica ahora expresamente que, a los efectos del tipo básico del delito de agresión sexual a menor de 16 años, «...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».

Antes de la LO 10/2022, la cuestión de si el abuso sexual sobre menor de 16 años exigía o no contacto físico sexual autor-víctima no era pacífica. En efecto, el anterior art. 183.1 CP definía el tipo básico del delito de abuso sexual como la realización «de actos de carácter sexual con un menor de 16 años», mientras que el anterior art. 183.2 CP equiparaba expresamente, a efectos de aplicar agresión sexual sobre menores, la realización de actos sexuales sobre menor de 16 empleando violencia o intimidación y *el compelele con violencia o intimidación a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo*. Con dicha regulación, el hecho de que estos últimos supuestos se mencionaran expresamente solo para la agresión sexual sobre menor de 16 años se venía interpretando por un sector doctrinal, en el que yo me incluía, en el sentido de que en el tipo básico del delito de abuso sexual sobre menor de 16 era preciso el contacto físico sexual autor-víctima<sup>46</sup>. Por lo demás, esta interpretación no conducía a considerar impunes los supuestos en que sin violencia o intimidación se instara a un menor de 16 años a realizar actos sexuales con un tercero o sobre sí mismo, pues esos casos eran perfectamente reconducibles al anterior art. 183 bis CP, que castigaba la conducta de determinar a menor de 16 años a «participar en un comportamiento de naturaleza sexual»<sup>47</sup>. Parecía más justo, además, que, no existiendo violencia ni intimidación, la pena fuera más elevada cuando había un contacto sexual autor-víctima (prisión de 2 a 6 años) que cuando, por ejemplo, el autor instaba al menor a un contacto sexual sobre sí mismo (prisión de 6 meses a 2 años).

Tras la reforma operada por la LO 10/2022, con el segundo párrafo del nuevo art. 181.1 CP lo que se impone es el criterio de que los actos realizados por el menor de 16 años con un tercero o sobre sí mismo «a instancia del autor» no es ya que *se equiparen* a efectos de pena (como se hacía antes de la reforma en el delito de agresión sexual a menores), es que ahora entran dentro del concepto de «realizar actos de carácter sexual» con un menor<sup>48</sup>.

---

46 Así también, por ejemplo, TAMARIT SUMALLA, J. M.: «Delitos contra la indemnidad sexual de menores», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 427; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *ob. cit.*, 2016, pp. 123-124; o CABRERA MARTÍN, M., *ob. cit.*, 2019, p. 122.

47 Así también, por ejemplo, TAMARIT SUMALLA, J. M., *ob. cit.*, 2015, p. 428; o MUÑOZ CONDE, F., *ob. cit.*, 2021, p. 241.

48 Consecuentemente, el heredero del antiguo art. 183 bis CP, el actual art. 182 CP, ha eliminado la conducta típica de «determinar a participar en un comportamiento de naturaleza sexual» manteniendo la otra conducta típica, de hacer presenciar actos de carácter sexual. Sobre ese tema volveré *infra*, 4.

En conclusión, no es novedad de la reforma de 2022 que se incluyan en la agresión sexual contra menores los casos en que, con violencia o intimidación, se obliga al menor a que realice actos sexuales sobre sí mismo o con un tercero, pero sí que este delito abarque también los supuestos en que se insta al menor a hacerlo sin violencia ni intimidación, casos que, como hemos visto antes, se castigaban con una pena menor en el anterior art. 183 bis CP. El contacto físico sexual autor-víctima ya no es, por tanto, requisito necesario en la conducta típica de realizar «actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años» del actual art. 181.1 CP<sup>49</sup>. Por lo demás, esta concepción se corresponde con la más reciente jurisprudencia que, ya con la redacción anterior a la reforma, estaba haciendo en esta materia una interpretación amplia (en mi opinión, criticable por carecer de apoyo legal) tanto en delitos sexuales contra menores<sup>50</sup>, como contra adultos<sup>51</sup>.

c) La tercera diferencia de la nueva regulación introducida en el art. 181.1 CP frente a la anterior es más compleja y se refiere a la pena. En efecto, antes de la reforma de 2022, el abuso sexual a menores de 16 años se castigaba con la pena de prisión de 2 a 6 años; tras la reforma, el tipo básico de la nueva agresión sexual a menores prevé prisión de 2 a 6 años. ¿La misma pena? Sí, pero para un ámbito de supuestos de hecho diferentes. Porque la pena del tipo básico se extiende ahora, como acabamos de ver, a algunos casos que antes de la reforma estaban comprendidos en el primer inciso del anterior art. 183 bis CP (contacto sexual del menor de 16 años sobre sí

---

49 Nada impide ahora, además, que esta ampliación se extienda interpretativamente a la agresión sexual cometida contra adultos...

50 Véase, por ejemplo, la STS 450/2018, de 10 de octubre. Se trataba de un sujeto que consigue que un menor, de 12 años de edad, le acompañe en cinco ocasiones al vestuario de un polideportivo, se baje los pantalones y se masturbe, indicándole cómo tenía que hacerlo, al tiempo que él también se masturbaba. La sentencia entendió que se trataba de una conducta típica de abuso sexual del anterior art. 183.1 CP y no del delito de determinar al menor a participar en acto sexual del anterior art. 183 bis CP. La sentencia consideró que lo que diferenciaba ambos delitos era que en el antiguo delito del art. 183 bis CP el autor no participaba en el hecho de naturaleza sexual y en el antiguo delito de abuso sexual de menores, sí.

51 Así, por ejemplo, la STS 377/2018, de 23 de julio, en un caso de lo que se ha denominado abusos sexuales cometidos por internet, cibersexo o «sextorsión». El sujeto, a través de internet, obligó a varias mujeres a llevar a cabo ante una webcam actos de naturaleza sexual, bajo la amenaza de divulgar imágenes de ellas de contenido sexual que había obtenido al introducirse en sus ordenadores por programas informáticos. La citada sentencia indicaba que en este supuesto el autor del delito se situaba en una «posición de superioridad virtual por internet» que le permitía vencer la inicial oposición de la víctima a llevar a cabo actos de carácter sexual, lo que daba lugar a la calificación de abusos sexuales en la medida en que había actos sexuales no consentidos. En sentido similar se han manifestado las sentencias del Tribunal Supremo 311/2020, de 15 de junio, y 447/2021, de 26 de mayo, apreciando agresión sexual en sendos casos en los que el sujeto obligaba a las víctimas a masturbarse en la webcam o en vídeos amenazándolas con publicar ciertas imágenes conseguidas de ellas con engaño.

mismo o con tercero a instancias del autor) y eran castigados con una pena inferior (prisión de 6 meses a 2 años). En conclusión, aunque el marco penal para el tipo básico del nuevo delito de agresión sexual a menor de 16 años sea aparentemente el mismo que se preveía antes de la reforma de 2022 en el art. 183.1 CP para el abuso sexual a menores, en realidad encubre un importante incremento punitivo.

### 3.3. Tipos cualificados

#### 3.3.1. El tipo cualificado del art. 181.2 CP

Los supuestos que se mencionan en el art. 178.2 CP en relación a adultos como casos en que ha de entenderse que hay siempre agresión sexual son, en el ámbito de los menores de 16 años, tipos cualificados (art. 181.2 CP) castigados con pena de prisión de 5 a 10 años. En efecto, cuando la víctima es mayor de 16 años, el art. 178.1 CP considera agresión sexual cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona por realizarse sin su consentimiento<sup>52</sup>, añadiendo el art. 178.2 CP que, a estos efectos, 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».

Por el contrario, en el caso de víctimas menores de 16 años, cuando en los actos sexuales se dan esas mismas circunstancias de violencia, intimidación o abuso no es que se consideren como no consentidos (ya que son no consentidos por el mismo hecho de realizarse con menores de 16, salvo lo dispuesto en el art. 183 bis CP, heredero del anterior art. 183 quater CP), sino que dan lugar a la aplicación de un tipo cualificado<sup>53</sup>. Un tipo cualificado

---

52 Más concretamente, según el art. 178.1 CP tras la reforma de 2022, comete agresión sexual «el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento». Dado que es absurdo entender que se puede *atentar* contra la libertad sexual de una persona *con* su consentimiento, deduzco que lo que quiere decir el art. 178.1 CP es, como indico en el texto, que constituye agresión sexual el acto que atente contra la libertad sexual de una persona *por realizarse sin* su consentimiento.

53 Esta equiparación a efectos penológicos de los actos cometidos con violencia y/o intimidación y los cometidos con abuso ha sido criticada por un sector de la doctrina, por entender que los segundos no tienen la misma gravedad que los primeros. Así, por ejemplo, AGUADO LÓPEZ, S., *ob. cit.*, 2020, p. 67 (respecto del Anteproyecto de 2020); ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *ob. cit.*, 2022, pp. 324-325 (respecto del Proyecto de ley de 2021); o (respecto ya de la LO 10/2022) MUÑOZ CONDE, F., *ob. cit.*, 2022, pp. 236-237 (en relación a víctimas mayores de 16 años, pero con un razonamiento trasladable aquí).

que ahora engloba tanto lo que antes de la reforma era agresión sexual de menores de 16 años (actos de carácter sexual con menor de 16 cometidos empleando violencia o intimidación), como otros supuestos que se consideraban hasta ahora como abusos sexuales, aunque muchos de ellos podían cualificarse por el anterior art. 181.4 CP (especial vulnerabilidad, prevalimiento). Con más detalle, se cualifica ahora el delito de agresión sexual de menores de 16 años en el art. 181.2 CP cuando hay:

1. *Uso de violencia o intimidación.* Como ya he dicho, estos supuestos se corresponden con los que se consideraban ya agresión sexual y se castigaban con una pena agravada respecto de los antiguos abusos sexuales de menores. La relación concursal aquí con los delitos de coacciones y amenazas es claramente de concurso de leyes al tenerse en cuenta ya la violencia y/o la intimidación para aplicar este tipo cualificado, por lo que amenazas y coacciones quedarán absorbidos.

La única novedad en esta materia es que, respecto de menores de 16 años, desaparece en gran medida el problema de diferenciar la intimidación (especialmente la ambiental) del prevalimiento, al dar lugar también el prevalimiento a la aplicación de este mismo tipo cualificado. Y digo «en gran medida» y no «por completo» porque, como veremos después, la posibilidad de atenuación facultativa de la pena prevista en el párrafo segundo del art. 181.2 CP se excluye si hay violencia o intimidación, por lo que la necesidad de deslindar intimidación de prevalimiento sigue existiendo para los supuestos en que, por las circunstancias concurrentes, el juez o tribunal se plantee hacer uso de esta atenuación facultativa de la pena.

2. *Abuso de una situación de superioridad.* Antes de la reforma de 2022, el abuso sexual sobre menores de 16 años realizado con prevalimiento daba lugar al tipo cualificado de abuso sexual del anterior art. 183.4.d) CP, castigado con pena de prisión de 4 a 6 años. Ahora da lugar a agresión sexual sobre menores tipo cualificado por el art. 181.2 CP, castigado con prisión de 5 a 10 años. Por otro lado, aunque con esta nueva regulación desaparecen en gran parte los problemas de delimitación entre intimidación ambiental y prevalimiento, sin embargo se presentan ahora nuevos problemas de solapamiento y *bis in idem* con las cualificaciones introducidas por la LO 10/2022 en el art. 181.4.e) CP (prevalimiento) y 181.4.a) CP (actuación conjunta). De esos problemas nos ocuparemos *infra*, en el apartado 3.3.3.

En cuanto a la relación de superioridad, se puede basar en cualquier circunstancia (como por ejemplo ser el sujeto profesor, entrenador o psicólogo del menor); pero si este tipo cualificado se aplica en base a un abuso de la relación de superioridad por parte del ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro u otra persona encargada de hecho o de derecho de la víctima menor, no será aplicable, además, la cualificación del art. 192.2 CP.

3. *Abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima.* Similares cuestiones a las que acabamos de referirnos se plantean con esta cualificación.



Antes de la reforma de 2022, el abuso sexual sobre menores de 16 años realizado sobre víctima en situación de especial vulnerabilidad daba lugar al tipo cualificado de abuso sexual del art. 183.4.a) CP, castigado antes de la citada reforma con pena de prisión de 4 a 6 años. Tras la reforma, da lugar a agresión sexual sobre menores tipo cualificado por el art. 181.2 CP, castigado con prisión de 5 a 10 años.

Esta cualificación no menciona un listado de causas, bastando que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad, por la razón que sea, que disminuya sus posibilidades de ofrecer resistencia. Se pueden incluir, así, por ejemplo, agresiones sexuales a menores que *sean* vulnerables (por ejemplo, por tener una muy corta edad o una grave discapacidad física), pero también a menores que *se encuentren* puntualmente en una situación de vulnerabilidad (borrachos, drogados, gravemente enfermos, etc.) aunque no lleguen a estar privados de sentido (véase *infra*), siempre que verdaderamente se abuse de la situación en la que se encuentran<sup>54</sup>.

Por otro lado, también se dan aquí ahora nuevos problemas de solapamiento y *bis in idem* con las cualificaciones introducidas por la LO 10/2022, en este caso con el tipo cualificado del art. 181.4.c) CP (víctima en situación de especial vulnerabilidad).

4. *Actos ejecutados sobre personas que se hallen privadas de sentido.* Antes de la reforma de 2022, no se mencionaba esta situación expresamente en relación a menores de 16 años<sup>55</sup>. Sin embargo, ningún problema había para considerar que la víctima privada de sentido era una víctima en situación de vulnerabilidad y, por tanto, calificar la conducta como abuso sexual a menores de 16 años cualificado por el anterior art. 183.4.a) CP. En consecuencia, este supuesto ha sufrido el mismo incremento de pena que el anterior y plantea el mismo problema de compatibilidad con el tipo cualificado del art. 181.4.c) CP (víctima en situación de especial vulnerabilidad).

Por lo demás, tras la reforma de 2022, y dado que se diferencia (aunque no a efectos de pena) entre víctima en situación de vulnerabilidad y víctima privada de sentido, habrá que incluir en este supuesto, y no en el anterior, los casos de víctima inconsciente (en coma, desmayada, profundamente dormida, etc.). Si es el propio autor del contacto sexual el que ha privado de sentido a la víctima para ejecutar el acto (emborrachándola, por ej.), el supuesto encaja tanto aquí como en el de uso de violencia, pero la cualificación no exige esta coincidencia, pudiendo aplicarse por tanto también cuando el

---

54 Esta concepción procede de la reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio, que cambió en materia de delitos sexuales en relación a la especial vulnerabilidad una redacción que ponía el énfasis en la *calidad* de vulnerable de la víctima, a otra en la que se incidía en la *situación* de vulnerabilidad de la víctima, referencia esta última mucho más amplia.

55 Aunque sí se mencionaba expresamente en el anterior art. 181.2, para considerar abuso sexual (sobre mayores de 16 años) los actos sexuales ejecutados sobre personas que se hallaran privadas de sentido.

sujeto se aprovecha de una situación que no ha provocado él. Sobre este tema volveremos *infra*, cuando tratemos las cualificaciones del art. 181.4 CP.

5. *Abuso de situación mental*. Antes de la reforma de 2022, no se mencionaba esta situación expresamente en relación a menores de 16 años<sup>56</sup>. Sin embargo, tampoco había aquí ningún problema en reconducir este supuesto al de víctima en situación de vulnerabilidad y, por tanto, calificarlo como abuso sexual a menores de 16 años cualificado por el anterior art. 183.4.a). En consecuencia, este supuesto ha sufrido el mismo incremento de pena que los dos anteriores y plantea el mismo problema de compatibilidad con el tipo cualificado del art. 181.4.c) CP (víctima en situación de especial vulnerabilidad).

La actual redacción se refiere a la «situación mental», término que ha sido criticado por un sector de la doctrina por su vaguedad<sup>57</sup>. Lo que está claro, en cualquier caso, es que esta cualificación abarca no solamente los actos sexuales ejecutados abusando de una discapacidad psíquica permanente del menor, sino también otros actos sexuales ejecutados sobre el menor abusando de cualquier trastorno mental transitorio. Sin embargo, la mera constatación de la «situación mental» (sea lo que sea eso) no da lugar a esta cualificación, pues, como en las anteriores, lo relevante es que se abuse de ella.

6. *Actos sobre víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad*. La referencia a víctimas con la voluntad anulada es una novedad de la reforma de 2022<sup>58</sup>. El contenido de esta cualificación no está en mi opinión del todo claro. No puede estar refiriéndose a víctimas privadas de sentido ni a personas con anomalías psíquicas, porque estas están ya abarcadas por los supuestos anteriores. Parece, más bien, que se esté refiriendo a casos de ingestión de alcohol, drogas o fármacos que, sin llegar a privar de sentido a la víctima, le afecten de forma relevante, por ejemplo, favoreciendo la libido o provocando la sumisión ante cualquier tipo de orden o mensaje imperativo. En cualquier caso, si el menor está suficientemente desarrollado para entender la trascendencia de lo que hace e ingiere una droga o producto que se le ofrece siendo consciente de que puede llegar a producirse un acto sexual, no cabrá aplicar el tipo cualificado<sup>59</sup>.

56 Aunque sí se mencionaba expresamente en el anterior art. 181.2 CP, para considerar abuso sexual (sobre mayores de 16 años) los actos sexuales ejecutados sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare. En cualquier caso, parece que el término «situación mental» es más amplio que el de «trastorno mental».

57 Así, por ejemplo, ESQUINAS VALVERDE, P., *ob. cit.*, 2022, pp. 215-216.

58 Ciertamente, el anterior art. 181.2 CP consideraba abuso sexual (sobre víctima mayor de 16 años) los actos sexuales cometidos anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. Pero, obviamente, no es lo mismo *anular* la voluntad, que abusar de una víctima que, por la razón que sea, *tiene anulada* la voluntad.

59 Como advierte MUÑOZ CONDE en relación a esta circunstancia cuando se da entre adultos, pero con un razonamiento en parte extrapolable aquí, ciertamente los límites entre la anu-

Por lo demás, esta cualificación plantea posibles problemas de compatibilidad con la contenida en el art. 181.4.g) CP, referida a la anulación de la voluntad de la víctima por el autor mediante el suministro de fármacos u otras sustancias, problemas de los que nos ocuparemos *infra*, al tratar las cualificaciones del art. 181.4.

*El marco penal aplicable. La atenuación facultativa de la pena.* En relación al marco penal de las cualificaciones incluidas en el nuevo art. 181.2 CP, también en estos casos ha cambiado, a pesar de mantenerse nominalmente idéntico. En efecto, antes de la reforma de 2022, si el contacto sexual con el menor de 16 años se conseguía mediante violencia o intimidación la conducta pasaba de abuso a agresión sexual y se castigaba (también en los casos equiparados a ella) con la pena de prisión de 5 a 10 años. Tras la entrada en vigor de la LO 10/2022, el uso de violencia o intimidación conduce del tipo básico al tipo cualificado de agresión sexual a menor de 16 del art. 181.2 CP y se castiga con prisión de 5 a 10 años. ¿Las mismas penas? Sí, pero para un número mucho mayor de supuestos en la actualidad, en la medida en que este mismo marco penal se aplica también (y eso es nuevo) a otros casos, los demás que menciona el art. 178.2 CP (es decir, aquellos en que se abusa de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, o que se ejecutan sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realizan cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad), que en la anterior regulación se habrían considerado abusos sexuales y no agresiones, y a los que habría correspondido antes una pena de prisión de 2 a 6 años (tipo básico) o como mucho, de 4 a 6 años (si era aplicable alguna de las cualificaciones del anterior art. 183.4, por ejemplo por existir prevalimiento).

Seguramente por ello, el párrafo segundo del art. 181.2 CP establece la posibilidad de una atenuación facultativa de la pena, previendo la posibilidad de aplicar la pena inferior en grado «en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable», excepto cuando medie violencia o intimidación, o se dé alguna de las cualificaciones del art. 181.4 CP. La técnica, cada vez más usada por nuestro legislador, de elevar las penas dejando posibilidades de atenuación facultativa me parece criticable<sup>60</sup>; entre otras razones porque, más que ofrecer flexibilidad para adaptar la pena a la gravedad del hecho, creo que pretenden atemperar una pena que el legislador sabe

---

lación plena de la voluntad y un simple debilitamiento de esta no son fáciles de trazar, por lo que habrá que tener en cuenta otros factores, como el tipo de producto que se ingiere, las relaciones previas entre los protagonistas del acto, la edad, etc. (MUÑOZ CONDE, F., *ob. cit.*, 2022, p. 240).

60 Esta técnica de prever penas muy elevadas dejando luego posibilidades de atenuación facultativa es usada, por ejemplo, en violencia de género, doméstica o asistencial (véanse arts. 153.4, 171.6 o 172.2, párrafo cuarto), pero también en otros ámbitos (véanse arts. 242.4, 286 bis.3, 318 bis.6, 351, párrafo 1.º, 368, párrafo 2.º o 579 bis.4 CP).

que puede ser excesivamente grave en ciertos casos, y porque, tal y como está redactada en concreto en estos delitos, otorga al juez un marco penal demasiado amplio<sup>61</sup>. Con un ejemplo: un tocamiento en un pecho sobre la ropa a una joven de 15 años que está profundamente dormida (privada de sentido) puede ser castigado con una pena de prisión de 5 a 10 años (primer párrafo del art. 181.2 CP) o de 2 años y 6 meses a 5 años menos un día (pena inferior en grado, segundo párrafo del art. 181.2 CP): un marco penal posible de entre 2 años y 6 meses, y 10 años de prisión.

En cualquier caso, actualmente no es muy elevado el número de supuestos en los que podría aplicarse esta atenuación en la medida en que solo cabe cuando concurre una de las modalidades descritas en el art. 178 CP, pero a la vez no media violencia, ni intimidación, ni ninguna de las circunstancias del art. 181.4 CP.

### 3.3.2. El tipo cualificado del art. 181.3 CP

Tras la reforma de 2022, dice el art. 181.3 CP: «Cuanto (sic) el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de seis a doce años de prisión (sic) en los casos del apartado 1, y con la pena de prisión de diez a quince años en los casos del apartado 2».

Lo primero que llama la atención es que no se use el término «violación», que sí se utiliza en el art. 179 CP en relación a víctimas mayores de 16 años. La versión original del Código penal de 1995 suprimió el término «violación»<sup>62</sup>, supresión que no fue bien acogida por el público en general, que (guiado por algunos medios de comunicación) identificó erróneamente la eliminación del término con el hecho de que las conductas antes calificadas como violación se habían despenalizado, lo que condujo, para evitar confusión, a la reintroducción del término «violación» en la reforma de 1999<sup>63</sup>. El problema no acabó ahí: como decía LAMARCA

---

61 Critican también la vaguedad y amplitud de este tipo de atenuaciones facultativas en delitos sexuales, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *ob. cit.*, 2019, p. 27 (quien los considera susceptibles de producir un serio atentado a la seguridad jurídica); o AGUADO LÓPEZ, S., *ob. cit.*, 2020, p. 67.

62 Versión original del art. 179 CP: «Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años».

63 Art. 179 CP, tras la reforma de 1999: «Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, *como reo de violación*, con la pena de prisión de seis a doce años» (la cursiva es mía).

ya en 1996, «...seguramente nunca existió una perfecta correspondencia entre el significado vulgar de violación y su definición jurídica»<sup>64</sup>; y, tras el «caso La Manada», también se puso de manifiesto que el hecho de que el término violación no se usara en el caso de abuso sexual sobre mayor de 16 años con penetración, daba lugar a malentendidos. En relación a adultos, este problema ha desaparecido al eliminarse la distinción abuso/agresión: ahora cualquier atentado contra la libertad sexual con acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos se denomina violación. Sin embargo, la misma conducta, incluso conseguida con violencia o intimidación, no se denomina violación cuando la víctima es menor de 16 años, lo que resulta difícil de explicar a la opinión pública, con la carga valorativa que conlleva este término<sup>65</sup>.

En cuanto a la definición, en sí, de la cualificación que ahora recoge el art. 181.3 CP, tiene una redacción casi idéntica a la contenida antes de la reforma de 2022 en el anterior art. 183.3 CP<sup>66</sup> y plantea, por tanto, los mismos problemas interpretativos que existían antes<sup>67</sup>. Sin embargo, hay que recordar que, actualmente, esta cualificación es, además, aplicable a conductas que antes de la reforma no se consideraban ni abuso ni agresión sexual, como

64 LAMARCA PÉREZ, C., *ob. cit.*, 1996, p. 51.

65 Críticamente también, por ejemplo, RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *ob. cit.*, 2016, p. 137.

66 (Erratas aparte). Eso sí, se sustituye el término «ataque» por el de «acto sexual», lo que me parece criticable pues el primero visualiza mejor la necesidad de que la conducta afecte al (ahora) bien jurídico libertad sexual.

67 Me refiero a los problemas interpretativos relacionados, por ejemplo, con el concepto de acceso carnal y con la determinación del momento consumativo. Sobre lo primero, parece claro que el acceso carnal no solamente incluye la introducción del pene vía vaginal, anal o bucal por parte de un sujeto activo hombre a una víctima hombre o mujer, sino también la conducta de hacerse penetrar un hombre o una mujer por un hombre por alguna de las citadas vías (véanse el Acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005 y la STS 476/2006, de 2 de mayo). Más problema plantea la cuestión de si el acceso carnal también incluye las prácticas fricativas, esto es, la relación sexual mujer-mujer en la que intervienen los órganos genitales sin necesidad de penetración. Consideran por ejemplo que esta conducta, aunque encaje literalmente en el tipo, no debería entenderse incluida en él por no presentar la misma gravedad que los demás supuestos, entre otros, MUÑOZ CONDE, F., *ob. cit.*, 2022, p. 243; o MONGE FERNÁNDEZ, A.: «De las agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años (análisis del artículo 183 CP)», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022, p. 294. Sobre la segunda cuestión, de cuándo se produce la consumación, es interesante la STS 454/2021, de 27 de mayo (referida a la violación de mayores de 16 años, pero con una interpretación extrapolable), según la cual, para que haya introducción de miembro corporal u objeto vía vaginal basta el contacto de acceso a la zona interna vaginal, de modo que, todo lo que sea un exceso, por leve o breve que sea, «de superación de la horizontalidad» en la zona sexual femenina, permitiría ya aplicar el tipo cualificado, entendiéndose por «horizontalidad» la zona superficial referida al mero tocamiento externo.

por ejemplo instar al menor a que se introduzca a sí mismo un objeto vía anal o vaginal (sin violencia ni intimidación)<sup>68</sup>. El supuesto de hecho, pues, se amplía en gran medida.

Por otro lado, resulta curioso que, a diferencia de lo que ocurre en el art. 179 CP en relación a víctimas mayores de 16 años, aquí se sigue estableciendo un marco penal diferente para los casos del apartado 1 y para los casos del apartado 2 del art. 181 CP. Me refiero a que aquí la supresión de la distinción entre abuso y agresión sexual parece meramente nominal, en la medida en que un acceso carnal obtenido con violencia o intimidación sigue siendo más castigado que aquel en que no se ha usado violencia o intimidación, aunque ya no se llame abuso. La única diferencia es que, ahora, en el marco penal doblemente agravado del art. 181.3 no solamente entran el acceso carnal y la introducción de objetos o miembros corporales conseguidos con menores de 16 años con esos medios coercitivos, sino también los demás que se incluyen en el art. 181.2 por remisión al art. 178 CP, es decir, los logrados con abuso de superioridad o vulnerabilidad, los ejecutados sobre personas privadas de sentido o con la voluntad anulada y los conseguidos abusando de la situación mental de la víctima.

En cuanto a los marcos penales, se mantienen (aparentemente) idénticos en su máximo, aunque rebajan sus mínimos. En concreto, en los casos del apartado 1 (agresión sexual sin uso de ninguno de los medios comisivos del art. 178 CP) la pena prevista ahora si hay acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos es la de prisión de 6 a 12 años, mientras que el anterior art. 183.3 CP castigaba el abuso sexual en estos casos con la pena de prisión de 8 a 12 años. El mínimo desciende por tanto de 8 a 6 años, pero ello se corresponde con un cambio en su ámbito de aplicación porque, como hemos visto, ahora el supuesto de hecho abarca casos (como el citado supuesto de instar al menor a que se introduzca un objeto) que antes se incluían en el art. 183 bis CP (que tenía pena de prisión de 6 meses a 2 años).

Algo similar ocurre en los casos del apartado 2 (agresión sexual con uso de alguno de los medios comisivos del art. 178 CP), castigados ahora si hay acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos con la pena de prisión de 10 a 15 años, mientras que el anterior art. 183.3 CP castigaba la agresión sexual en estos supuestos con la pena de prisión de 12 a 15 años. También aquí el mínimo desciende (de 12 a 10 años), pero porque ahora el supuesto de hecho abarca no solamente los casos de uso de violencia o

---

68 Los casos en que, con violencia o intimidación, se obliga al menor a que acceda carnalmente o sea accedido por un tercero, o se introduzca él mismo los objetos, ya eran considerados antes de la reforma de 2022 agresión sexual del anterior art. 183.2 CP y, por tanto, entraban dentro del ámbito de aplicación de la cualificación por acceso carnal o introducción de objetos del anterior art. 183.3 CP. No hay novedad, por consiguiente, en este aspecto. Sí la hay, en cambio, en relación a estas mismas conductas cuando se consiguen sin violencia o intimidación, casos que, como hemos visto, antes de la reforma de 2022 se incluían en el anterior 183 bis CP y por tanto quedaban fuera de esta cualificación.

intimidación, sino también los de abuso de superioridad, vulnerabilidad o situación mental, o de víctima privada de sentido o con voluntad anulada.

En general, por tanto, lo que es criticable aquí es la expansión de los supuestos de hecho, no las consecuentes rebajas del mínimo de los respectivos marcos penales aplicables. La polémica surgida en esta materia respecto de que esta rebaja de los mínimos pueda dar lugar, en algún caso, a una aplicación retroactiva de la LO 10/2022 por resultar más beneficiosa, me parece desmesurada. En primer lugar, porque, en sí, modificar un marco penal no es ni correcto ni incorrecto, sino que ha de analizarse la proporcionalidad de la nueva respuesta penal en relación a los supuestos contenidos en la norma. En segundo lugar, porque lo que refleja, en general, la reforma no es precisamente una respuesta penal más leve sino, más bien, como estamos viendo artículo por artículo, un endurecimiento de la respuesta penal derivado no de una subida directa de las penas, sino de una considerable ampliación de los supuestos de hecho. Y finalmente porque, si en algún supuesto (excepcional) la LO 10/2022 resulta más beneficiosa, no debe haber escándalo alguno en aplicarla retroactivamente cumpliendo el art. 9.3 de la Constitución y el art. 2.2 CP<sup>69</sup>.

### 3.3.3. Los tipos cualificados del art. 181.4 CP

Tras la reforma de 2022, el art. 181.4 CP prevé una cualificación aplicable a todos los casos anteriores y castigada con la correspondiente pena de prisión en su mitad superior, cuando se dé alguna de las circunstancias previstas en él. Entre dichas circunstancias se encuentran algunas que ya estaban presentes con parecida o idéntica redacción en el anterior art. 183.4 CP (que era aplicable, en principio, tanto al anterior delito de abuso como al anterior delito de agresión sexual sobre menor de 16 años)<sup>70</sup>, pero también se han modificado de forma esencial otras dos de las ya existentes y se han incorporado dos más de nuevo cuño.

Lo que más llama la atención en este tema es, sin embargo, que los tipos cualificados del art. 181.4 CP se solapan ahora en gran medida con los del art. 181.2 CP, solapamiento que no se producía antes de la reforma. En consecuencia, la cualificación prevista en el art. 181.4 CP (pena en su mitad

69 Lo cual, por cierto, seguiría siendo así aunque mañana se volvieran a modificar al alza los marcos penales del art. 181.3 CP, pues la LO 10/2022 seguiría siendo ley posterior más beneficiosa respecto de los hechos cometidos antes de su entrada en vigor, cosa que parece olvidarse en el debate público de estos días.

70 Digo «en principio» porque, obviamente, la anterior cualificación del art. 183.4.c) CP, referida a los casos en que la violencia o intimidación ejercidas revistieran un carácter particularmente degradante o vejatorio, solo era aplicable a la agresión sexual.

superior) no será aplicable cuando se refiera a hechos ya tenidos en cuenta<sup>71</sup>. Veamos con más detenimiento todas estas cuestiones.

1. *Actuación conjunta*. El actual art. 181.4.a) CP cualifica la agresión sexual a menores «cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas», redacción que reproduce literalmente la contenida en el anterior art. 183.4.b) CP, no existiendo en consecuencia novedades en su descripción<sup>72</sup>. Sin embargo, ahora se plantea un problema nuevo: el de su posible compatibilidad con la cualificación contenida en el art. 181.2, por remisión al art. 178 CP, de realizar el acto sexual abusando de una situación de superioridad. En este sentido, creo que si la actuación conjunta es lo que genera la relación de superioridad de la que se abusa para llevar a cabo el hecho, se aplicará el marco penal del art. 181.2 CP sin que sea posible aplicar, además, la cualificación de actuación conjunta del nuevo art. 181.4.a) CP. Sí cabrá, por el contrario, acumular ambas cualificaciones por no haber *bis in idem* cuando la relación de superioridad se base en otra causa (por ej., dos profesores del menor abusan de su posición como tales para llevar a cabo conjuntamente el acto sexual).

2. *Violencia de extrema gravedad o carácter degradante o vejatorio*. Aunque esta circunstancia ya se mencionaba también en el anterior art. 183.4.c) CP, ha sufrido en la reforma de 2022 una modificación sustancial. En efecto, el nuevo art. 181.4.b) CP cualifica la agresión sexual contra menores que vaya «precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio», mientras que la anterior letra c) del art. 183.4 CP se refería a los casos en que la violencia o intimidación ejercidas revestían un carácter particularmente degradante o vejatorio. Por tanto, la redacción actual es más amplia, de una parte, porque es nueva la referencia a los casos de «violencia de extrema gravedad» y, de otra, porque el carácter particularmente degradante o vejatorio lo refiere ahora el art. 181.4 b) CP en general a los actos que preceden o acompañan a la agresión sexual, y no solamente, como se decía antes, a la violencia o intimidación ejercidas.

En cuanto a lo primero, no queda claro qué ha de entenderse por violencia de extrema gravedad. En cualquier caso, teniendo en cuenta que otra de las cualificaciones del art. 181.4 CP (la contenida en la letra f) se aplica cuando se hace uso de armas u otros medios peligrosos, parece que esta cualificación se estaría refiriendo a los casos en que se ejerce violencia sin usar

---

71 Y ello a pesar de que aquí no se diga expresamente, a diferencia de lo que sí ocurre en relación al delito de agresión sexual sobre mayor de 16 años (véase art. 180.1 CP).

72 Por lo que cabe mantener la misma crítica ya existente anteriormente, referida a su carácter indiscriminado (así DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *ob. cit.*, 2019, p. 27), dado que se trata de una cualificación que podría estar justificada en ciertos casos (por ejemplo, cuando se usa violencia o intimidación) pero no en otros (¿realmente es más grave la conducta si dos personas realizan un tocamiento a una víctima en coma que si lo hace una?).



dichos medios, esto es, a los casos en que el uso de puñetazos, patadas, etc., da lugar a supuestos de especial brutalidad. Por lo demás, si la violencia ejercida da lugar a lesiones o a la muerte de la víctima, cabrá el correspondiente concurso de delitos (y así sería, igualmente, aunque no lo dijera el art. 194 bis CP), que podrá ser también con homicidio o asesinato cualificados por ser la víctima menor de 16 años (arts. 138.2.a y 140.1.1.<sup>a</sup> CP).

En cuanto a lo segundo, la redacción anterior, al exigir que el carácter «particularmente degradante o vejatorio» lo revistiera la violencia o intimidación ejercidas, no permitía subsumir en esta cualificación los casos en que la especial degradación o vejación no provenía de los medios usados, sino de la conducta sexual realizada, lo que había sido criticado por la doctrina<sup>73</sup>. Por el contrario, con la redacción actual, que refiere el carácter particularmente degradante o vejatorio a los «actos» que preceden o acompañan la agresión sexual, sí sería posible agravar la pena en esta clase de supuestos<sup>74</sup>. En cualquier caso, ahora como antes, para aplicar esta cualificación será necesario que la vejación o humillación a la víctima supere la que supone ya, de por sí, un acto sexual no consentido válidamente.

Por lo demás, para evitar el *bis in idem* no cabe concurso de delitos entre la agresión sexual a menor cualificada por esta circunstancia y el delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP salvo que, además de actos especialmente degradantes o vejatorios, haya violencia de extrema gravedad.

3. *Especial vulnerabilidad*. La cualificación del actual art. 181.4.c) CP se aplica cuando los hechos se cometan «contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años». En este supuesto, salvo el hecho de que se cambia el término «víctima» por el de «persona», prácticamente no se ha modificado la redacción de esta cualificación respecto de la contenida hasta la reforma de 2022 en el anterior art. 183.4.a) CP, precepto que, por lo demás, acababa de ser modificado por la LO 8/2021, de 4 de junio.

En cualquier caso, si se aprecia la cualificación del art. 181.2 CP por existir abuso de vulnerabilidad, no podrá aplicarse además esta cualificación, pues habría *bis in idem*. Del mismo modo, en los casos en que se aplique la cualificación del art. 181.2 CP por realizarse el acto sexual sobre un menor de 16 años privado de sentido, con una situación mental de la que se abusa o

---

73 Así, por ejemplo, MORALES HERNÁNDEZ, M. A.: «Análisis de los tipos penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidos en el artículo 180 del Código penal», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022, pp. 98-99, en relación a la cualificación del anterior art. 180.1.1.<sup>a</sup>, referido a víctimas mayores de 16 años, pero que presentaba una redacción idéntica al anterior art. 183.4.c), aplicable cuando la víctima era menor de 16 años.

74 Así MORALES HERNÁNDEZ, M. A., *ob. cit.*, 2022, pp. 93-94.

con la voluntad anulada, difícilmente no se tratará, además, de una víctima especialmente vulnerable, por lo que, en estos supuestos, creo que solo será posible cualificar dos veces sin provocar *bis in idem* cuando la víctima sea menor de 4 años.

4. *Violencia de género*. Según el nuevo art. 181.4.d) CP, se cualifica el delito «cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia». Se trata de una de las dos cualificaciones del art. 181.4 CP que no tienen precedente en el anterior art. 183.4 CP, introducción paralela a la realizada, para víctimas mayores de 16 años, en el art. 180.1.4.<sup>a</sup> CP. Existen, sin embargo, dos diferencias entre estas cualificaciones. En primer lugar, respecto de víctimas mayores de 16 años se menciona a la víctima «esposa», mientras que respecto de víctimas menores de 16 se habla de «pareja», lo cual se explica porque los menores de 16 años no pueden ya contraer matrimonio<sup>75</sup>. Más relevante es la segunda diferencia, en la medida en que respecto de víctimas mayores de 16 años es claramente una cualificación referente a la violencia de género (el art. 180.1.4.<sup>a</sup> CP se refiere a una víctima «esposa o mujer que esté o haya estado ligada [al responsable, se entiende] por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia»), mientras que el art. 181.4.d) CP no es tan concluyente, pues se refiere a que la víctima sea o haya sido «pareja» del autor («sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia»). La referencia a «pareja» podría por tanto entenderse aplicable a todas las combinaciones posibles (mujer-mujer, mujer-hombre, hombre-hombre y hombre-mujer), por lo que vincularla a la violencia de género, como está haciendo la doctrina, solo puede hacerse interpretativamente, por su introducción paralela a la cualificación del art. 180.1.4.<sup>a</sup> CP y por mencionar el Preámbulo de la LO 10/2022 que la reforma introduce en los delitos sexuales, sin distinción, «la circunstancia cualificatoria agravante específica de género».

Por otro lado, el Preámbulo de la LO 10/2022 justifica esta novedad afirmando que se introduce «en línea con las previsiones del Convenio de Estambul». En realidad, lo único que exige este convenio en su art. 36.3 es que no queden impunes los delitos sexuales cometidos por las parejas actuales o anteriores de las víctimas<sup>76</sup> y que (art. 46.a del Convenio) se reconozca como agravante «el que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de

---

75 En efecto, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria eliminó del art. 48 CC la posibilidad de que el Juez de Primera Instancia dispensara, «con justa causa y a instancia de parte», el impedimento de edad a partir de los 14 años: actualmente solo pueden contraer matrimonio los mayores de 18 años o los menores emancipados (art. 46 CC), y la emancipación solo es posible a partir de los 16 años (arts. 314 y ss. CC).

76 Art. 36.3 del Convenio de Estambul: «Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 [referidas a la necesidad de sancionar la penetración vaginal, anal u oral, o cualquier otro acto de carácter sexual no consentido, o el obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero] se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno».

hecho actual o antiguo» o por «una persona que conviva con la víctima»<sup>77</sup>. En otras palabras, no se requiere la previsión de una cualificación específica, bastando una agravante genérica, ni que la agravación se refiera específicamente a los casos de violencia de género (puesto que el convenio se refiere en general a cónyuges o parejas), por lo que en gran medida bastaba para cumplir el convenio las ya existentes agravantes de parentesco y/o de discriminación por razones de género, teniendo en cuenta, además, que una agravante conduce a la mitad superior de la pena, igual que las cualificaciones del art. 181.4 CP (aunque es verdad que la agravante se puede compensar con una atenuante). Sin embargo, aunque no fuera obligatoria, no creo que haya nada que objetar a la inclusión de una cualificación específica en delitos sexuales referida a la violencia de género siempre que (aquí o en cualquier delito que la prevea) no se aplique de forma automática al sujeto activo hombre cuando la víctima sea una mujer, sino solo cuando pueda afirmarse (o al menos, no descartarse) una motivación machista<sup>78</sup>.

5. *Prevalimiento de situación de convivencia, superioridad o parentesco.* El nuevo art. 181.4.e) CP es aplicable «cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima», redacción que es idéntica a la que introdujo la LO 8/2021, de 4 de junio, en el anterior art. 183.4.d) CP. Por tanto, en relación a los ascendientes o hermanos, lo importante sigue siendo el prevalimiento de la superioridad que se deriva de la relación parental, no tanto el parentesco mismo, por lo que no se trata de desvalorar especialmente las relaciones incestuosas, sino las logradas abusando de una relación de superioridad; y lo mismo cabe decir de la referencia a la convivencia, de modo que no deberá aplicarse automáticamente esta cualificación por el mero hecho de que autor y víctima convivan, sino que será necesario, como el propio precepto establece, que haya habido prevalimiento de esa situación de convivencia<sup>79</sup>. En cualquier caso, si se aplica esta cualificación a una agresión sexual cometida por un ascendiente, para evitar el *bis in idem* no será aplicable, además, la cualificación del art. 192.2 CP. En cuanto al prevalimiento de una relación de superioridad, hay que tener en cuenta que el

---

77 O por un miembro de la familia o una persona que haya abusado de su autoridad.

78 Interpretación restrictiva del concepto de violencia de género que estaría en la línea de la STS 1177/2009, de 24 de noviembre, en relación al art. 153. Considera también que una interpretación restrictiva de la cualificación de violencia de género sería compatible con el Convenio de Estambul, por ejemplo, Díez RIPOLLÉS, J. L., *ob. cit.*, 2019, p. 21. En cualquier caso, si hay un ámbito delictivo donde habitualmente es más evidente la motivación machista de sometimiento de la mujer por el hecho de serlo es precisamente el de los delitos sexuales.

79 Así también expresamente, aunque en relación al nuevo art. 180.1.5.º CP, paralelo a este precepto pero aplicable a agresiones sexuales sobre mayores de 16 años, MUÑOZ CONDE, F., *ob. cit.*, 2022, p. 245.

abuso de superioridad ya está previsto como tipo cualificado en el art. 181.2 (por remisión al art. 178 CP), por lo que aplicar, también, en este caso la cualificación del art. 181.4.e) CP, que tiene exactamente el mismo fundamento, infringiría el principio de *ne bis in idem*.

6. *Uso de armas o medios peligrosos.* Según el actual art. 181.4.f) CP, la agresión sexual a menores se cualifica «cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis». La actual redacción aproxima esta cualificación a la prevista en idénticos términos para casos de víctimas mayores de 16 años en el vigente art. 180.1.6.<sup>a</sup> (y en el anterior art. 180.1.5.<sup>a</sup> CP). Por el contrario, antes de la reforma de 2022, el antecedente directo de esta cualificación en el ámbito de víctimas menores, contenido en el art. 183.4.e) CP, se aplicaba cuando el culpable «hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima». En este caso, por tanto, la nueva redacción parece reducir el número de casos a los que puede aplicarse la cualificación, en la medida en que es mucho más amplio el número de supuestos en que hay peligro para la salud, incluso causado por imprudencia, que el de aquellos en que se usan armas o instrumentos peligrosos específicamente capaces de causar la muerte o lesiones graves o muy graves. Así, por ejemplo, el acceso carnal a un menor de muy corta edad que pone en grave peligro su integridad física, que antes podía cualificarse por esta vía, ya no entra en el ámbito de aplicación de la letra f) del art. 181.4 CP (aunque sí en el de la letra c, si la víctima es especialmente vulnerable), ni tampoco los casos de especial brutalidad física (aunque esos supuestos ahora entrarían en la letra b).

En cualquier caso, esta cualificación es aplicable sin perjuicio de que pueda castigarse al sujeto, en concurso de delitos, por las lesiones o la muerte causada (como se deduce de la remisión expresa a lo dispuesto en el artículo 194 bis CP, aunque se llegaría a la misma conclusión interpretativamente sin este precepto). Por lo demás, teniendo en cuenta que nuestra jurisprudencia ha aceptado ya específicamente la posibilidad de utilizar el uso de armas para agravar dos delitos diferentes perpetrados de forma unitaria<sup>80</sup>, cabe esperar que no vea *bis in idem* ninguno en la posibilidad de aplicar, caso de producirse con armas lesiones que requieren tratamiento médico, este tipo cualificado de agresión sexual a menores y además el tipo cualificado del art. 148.1.º CP.

7. *Sumisión química.* Según el nuevo art. 181.4.g) CP, la agresión sexual a menor de 16 años se cualifica «cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos,

---

80 Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo 968/2012, de 30 de noviembre, considera compatibles la cualificación de uso de armas del art. 148 CP y la de uso de armas del anterior art. 180.1.5.<sup>a</sup> CP.

drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto». Esta cualificación, como la de la letra d), es una absoluta novedad en esta materia, sin precedente en el anterior art. 183.4 CP antes de la reforma de 2022, aunque sí lo tenía en delitos con víctimas adultas<sup>81</sup>, ámbito en el que esta circunstancia también se recoge ahora como cualificación en el art. 180.1.7.<sup>a</sup> CP en caso de víctima mayor de 16 años. Es la llamada «sumisión química»<sup>82</sup>.

Algún autor ha sostenido, al respecto, que se trata de una cualificación innecesaria en la medida en que cabe aplicar en estos casos la cualificación de especial vulnerabilidad prevista en la letra c)<sup>83</sup>. En mi opinión, sin embargo, los mayores problemas que plantea esta cualificación están relacionados con el tipo cualificado del art. 181.2 CP, que, recordemos, agrava la pena cuando hay violencia, intimidación, abuso de superioridad, de vulnerabilidad o de situación mental, o víctima privada de sentido o con la voluntad anulada. En efecto, dos escenarios son imaginables: de un lado, si la sustancia se ha usado para dejar a la víctima inconsciente, entonces puede entenderse que ha habido violencia o víctima privada de sentido; de otro, si la sustancia se ha usado, no para dejar a la víctima inconsciente, sino para conseguir así que tolere lo que no consentiría en situación normal, entonces estaríamos en el supuesto de víctima con la voluntad anulada. En ambos casos, por tanto, el hecho encajaría tanto en la cualificación de sumisión química (art. 181.4.g CP), como en la del art. 181.2 CP. ¿Son acumulables ambas cualificaciones? Yo creo que en el primer caso (víctima inconsciente) no es posible, pues habría *bis in idem* en la medida en que se basan en la misma circunstancia. Pero la cuestión puede ser más problemática en el segundo supuesto, pues quizá cabría entender que, si no se deja a la víctima inconsciente, sino que se modifica de otro modo su voluntad, se trataría de ámbitos de aplicación diferentes en la medida en que el art. 181.2 CP se refiere a un sujeto que *se aprovecha* de una víctima que tiene la voluntad anulada, por la razón que sea, mientras que el art. 181.4.g) CP se referiría a un autor que suministra *él mismo* la sustancia para anular la voluntad. Pero, entonces, se llegaría al absurdo de castigar menos gravemente el supuesto en que el autor anula él mismo la voluntad poniendo el fármaco (art. 181.4.g CP, mitad superior

---

81 Efectivamente, el precedente más inmediato lo encontramos, antes de la reforma de 2022, en el ámbito del delito de abuso sexual a mayores de 16 años, en la medida en que, tras la LO 5/2010, de 22 de junio, el anterior art. 181.2 CP consideraba abuso sexual no consentido, entre otros, el cometido (sobre víctima mayor de 16 años) «anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto».

82 Así la denomina incluso el Preámbulo de la LO 10/2022: «También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada “sumisión química” o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima».

83 Así por ejemplo MORALES HERNÁNDEZ, M. A., *ob. cit.*, 2022, p. 136, en relación a la cualificación de similar redacción que se preveía ya en el Anteproyecto de 2020 respecto de víctimas adultas y que tras la reforma se contiene en el art. 180.1.7.<sup>a</sup> CP.

de la pena del tipo básico: prisión de 4 a 6 años), que aquel en que el sujeto se aprovecha de que la víctima tiene ya la voluntad anulada (art. 181.2 CP: prisión de 5 a 10 años). Para evitar esta consecuencia incoherente habría que entender que no hay *bis in idem* al aplicar cumulativamente ambas cualificaciones, basándonos en la idea de que la cualificación del art. 181.2 CP es más amplia, pues no siempre que el sujeto abusa de la anulación de la voluntad de la víctima ello se va a deber a que haya sido él mismo quien haya provocado la situación. Desde esta interpretación, la pena a aplicar sería (si no hay acceso carnal ni introducción de objetos), si suministra él la sustancia, la del art. 181.2 CP en su mitad superior, o sea, de 7 años y seis meses a 10 años de prisión. Pero, entonces, lo que no se entendería es por qué este caso debería castigarse más que, por ejemplo, el supuesto de contacto sexual conseguido con violencia, que, salvo que fuera de extrema gravedad, se castigaría con un marco penal con un mínimo inferior (el del art. 181.2 CP, sin doble cualificación: prisión de 5 a 10 años). Ninguna interpretación está, por tanto, exenta de problemas.

8. *Criminalidad organizada*. Tras la reforma de 2022, la agresión sexual a menor de 16 años se cualifica en el art. 183.4.h) CP, por último, «cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades», incluyendo ahora en esta letra h) exactamente el mismo contenido del anterior art. 183.4.f) CP. Ninguna novedad hay, por tanto, en esta materia.

Por lo demás, si concurren dos o más de las cualificaciones previstas en el art. 181.4 CP, al no preverse una regla similar a la recogida en el art. 180.2 CP, habrá que aplicar las reglas generales de determinación de la pena dentro del marco penal fijado en el art. 181.4 CP.

### 3.3.4. El tipo cualificado del art. 181.5 CP

Tras la reforma de 2022, el art. 181.5 CP prevé para todos los casos de agresión sexual a menores del art. 181 CP la imposición, además de la pena prevista para cada caso, de la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. La definición de esta cualificación coincide totalmente con la que se recogía en el anterior art. 183.5 CP; sin embargo, como venimos repitiendo, en realidad el ámbito de supuestos abarcados ahora por la cualificación, como ocurre también con los previstos en el apartado 4, es mayor.

## 3.4. Tipo subjetivo

Los delitos de agresiones sexuales contra menores de 16 años tienen prevista solamente la forma dolosa. En el tipo básico, ello implica conocimiento, aunque sea aproximado, de la edad del menor. El error sobre este extremo,

tanto vencible como invencible, es error de tipo y por tanto da lugar a la atipicidad de la conducta. Distinta es la situación si el autor conoce la edad de la víctima, pero ignora la antijuricidad de su hecho pensando erróneamente que si el menor acepta la relación la conducta sexual es conforme a Derecho, en cuyo caso podría apreciarse error de prohibición directo invencible o vencible, según las circunstancias del caso, y, por tanto, respectivamente excluirse o atenuarse la culpabilidad y la pena.

En cuanto a los tipos cualificados, requerirán que el dolo abarque la respectiva circunstancia cualificante, por ejemplo, que la víctima se encuentra en una situación de vulnerabilidad o que tiene anulada su voluntad, excluyéndose, si hay error, la aplicación de la respectiva cualificación (art. 14.2 CP).

## 4. El delito de hacer presenciar al menor de 16 años actos de carácter sexual

Tras la reforma de 2022, el tipo básico de este delito se prevé en el art. 182.1 CP, que castiga con una pena de prisión de seis meses a dos años a quien, «con fines sexuales, haga presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos».

El antecedente inmediato de este delito lo encontramos en el anterior art. 183 bis CP, que fue introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, con dos conductas típicas: a) determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual; y b) hacer presenciar a un menor de 16 años actos de carácter sexual. La primera de estas conductas era directa heredera del antiguo delito de corrupción de menores<sup>84</sup> y fue muy criticada por su vaguedad e imprecisión<sup>85</sup>. Antes de la LO 10/2022 se incluían en esta modalidad los casos en que el menor realizaba actos sexuales sobre sí mismo o con un tercero a instancias del autor, por lo que, teniendo en cuenta que

---

84 El delito de corrupción de menores desapareció en el Código penal de 1995 y luego fue reintroducido en 1999 en el art. 189.4 CP del Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código penal, que castigaba con prisión de 6 meses a 1 año a quien hiciera «participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste». La LO 1/2015 recondujo este delito al art. 183 bis CP, modificando así no sólo su ámbito de aplicación, sino también el sujeto pasivo (de menor de 18 años a menor de 16 años), siendo, por tanto, el único caso en que la reforma de 2015 rebajó la edad penal de 18 a 16 años, sin ninguna explicación por cierto (DE LA MATA BARRANCO, N.: «Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 21-20, 2019, pp. 13-14).

85 Véanse, por ejemplo, GARCÍA ÁLVAREZ, P.: «La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo», en *Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 12, 2016, pp. 274-276; o RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *ob. cit.*, 2016, p. 149.

la reforma de 2022 ha incluido estos supuestos en el tipo básico del delito de agresión sexual, ya no tenía sentido mantenerla y ahora desaparece del nuevo art. 182.1 CP. El problema es que, de este modo, la pena ha pasado de ser la de prisión de 6 meses a 2 años, a la de prisión de 2 a 6 años, o mayor si resulta aplicable alguna cualificación del art. 181 CP (por ej., la de introducción de objetos si se insta al menor a que se lo introduzca).

En cuanto a la segunda modalidad del anterior art. 183 bis CP, referida a «hacer presenciar» al menor actos sexuales, supuestamente se incluyó en el anterior art. 183 bis CP para trasponer la Directiva 2011/93/UE y el Convenio de Lanzarote<sup>86</sup>, aunque lo cierto es que ello no era necesario en la medida en que esas conductas ya podían ser castigadas por el delito de exhibicionismo (art. 185 CP)<sup>87</sup>. Y, ciertamente, el mantenimiento de ambos delitos producía problemas de solapamiento, por lo que un sector doctrinal era partidario de derogar el art. 185 CP, al menos en relación al sujeto pasivo menor de edad<sup>88</sup>. Sin embargo, la reforma de 2022 no ha modificado nada en este aspecto, manteniéndose actualmente tanto el art. 185 CP como el delito de hacer presenciar al menor de 16 años actos de carácter sexual (art. 182.1 CP). Obviamente, mientras ambos preceptos se mantengan habrá que entender que hay entre ellos *bis in idem*, por lo que, si resultan aplicables ambos delitos a la misma conducta, en mi opinión habrá que aplicar el nuevo art. 182.1 CP por especialidad en base a la diferente edad del sujeto pasivo (menores de 18 años en general en el art. 185 CP, menores de 16 años en el art. 182 CP), solución que además es coherente con la mayor gravedad de la pena prevista en el art. 182.1 CP<sup>89</sup>.

Tanto antes como después de la reforma de 2022 habrá que entender que, en la conducta típica de hacer presenciar al menor de 16 años actos de carácter sexual, la contemplación ha de ser necesariamente directa, porque si lo que se hace ver al menor son imágenes (fotos, vídeos, etc.), el delito aplicable será el de difusión de material pornográfico del art. 186 CP<sup>90</sup>. En cambio, dicha contemplación no tiene por qué ser presencial, incluyéndose

86 Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007.

87 Así, por ejemplo, CABRERA MARTÍN, M., *ob. cit.*, 2019, p. 197.

88 Entre otros, GARCÍA ÁLVAREZ, P.: «La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de ley orgánica de 20 de septiembre de 2013», en MUÑOZ CONDE, F. (dir.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 159; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *ob. cit.*, 2016, p. 153, n. 548; CABRERA MARTÍN, M., *ob. cit.*, 2019, p. 198; o MUÑOZ CONDE, F., *ob. cit.*, 2021, pp. 241-242.

89 MUÑOZ CONDE, F., *ob. cit.*, 2022, p. 256. En contra, para CUGAT MAURI la edad no es el único fundamento de la mayor pena de esta modalidad, sino también el componente coercitivo («hacer presenciar»), que no es requisito en el art. 185 CP. CUGAT MAURI, M.: «Art. 183 bis. Las nuevas modalidades de abuso sin contacto entre autor y víctima», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022, p. 349.

90 Así también CUGAT MAURI, M., *ob. cit.*, 2022, p. 348; y MUÑOZ CONDE, F., *ob. cit.*, 2022, p. 256.



también en el art. 182.1 CP los casos en que la conducta se realiza *on line* (un adulto, por ejemplo, que contacta con un menor telemáticamente y se masturba en directo ante la cámara del ordenador)<sup>91</sup>. En cualquier caso, si lo que se hace presenciar al menor de 16 años son actos que constituyen «un delito contra la libertad sexual», se aplicará el tipo cualificado del apartado 2 del art. 182 CP, castigado con la pena de prisión de 1 a 3 años. En este ámbito, la reforma de 2022 no modifica el marco penal, pero redacta de forma más correcta el supuesto de hecho al referirse en general a los delitos contra la libertad sexual<sup>92</sup>.

Por lo demás, en este delito resulta aplicable la causa de exclusión de la responsabilidad penal, si se dan sus requisitos, del nuevo art. 183 bis CP (véase *infra*, apartado 6).

## 5. Los delitos de contacto telemático con menor de 16 años

Tras la reforma de 2022, el art. 183.1 CP reproduce de forma prácticamente literal el delito antes contenido en el art. 183 ter.1 CP (conocido como delito de *grooming*), cambiando solamente la anterior referencia al art. 183 CP, que ahora es, lógicamente, al art. 181 CP. Sin embargo, a pesar de que la redacción no cambia, al haberse ampliado el contenido del art. 181 en comparación al anterior art. 183 CP, en realidad se amplía el supuesto de hecho del delito de *grooming*. Así, por ejemplo, antes de la reforma, el contactar con un menor de 16 años a través de internet con la finalidad de que se masturbara *on line*<sup>93</sup> no se podía incluir en el delito de *grooming*, pues esa conducta (determinar al menor a realizar un comportamiento sexual) se incardinaba en el delito del anterior art. 183 bis CP, mientras que el delito de *grooming* exigía contactar con el menor a través de las TIC y proponerle un encuentro con el fin de cometer un delito de los entonces arts. 183 o 189 CP. Tras la reforma, sin embargo, el delito fin del *grooming* puede ser el de agresión sexual del actual art. 181 CP, que, como hemos visto, no exige ya contacto corporal, por lo que esa misma conducta ahora sí sería típica de este delito<sup>94</sup>.

91 MUÑOZ CONDE, F., *ob. cit.*, 2022, p. 256. En el mismo sentido, en relación al anterior art. 183 bis, CUGAT MAURI, M., *ob. cit.*, 2022, p. 349.

92 En efecto, antes de la reforma de 2022, el tipo cualificado del entonces art. 183 bis.2 CP se refería solo a la contemplación de abusos sexuales, lo que interpretado literalmente podía llevar al absurdo de entender que, si se hacían presenciar agresiones sexuales, no cabía aplicar esta cualificación.

93 Dejando al margen la dificultad que tiene en este caso la prueba de un elemento subjetivo como este.

94 Siempre que, además, la propuesta sea acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento.

Por lo que respecta al actual art. 183.2 CP, recoge literalmente el delito antes contenido en el art. 183 ter.2 CP (conocido como delito de *sexting*), sin producirse aquí ningún cambio.

En conclusión, y aunque en el Anteproyecto de 2020 se preveían más cambios en esta materia<sup>95</sup>, finalmente no ha habido tantas novedades, manteniéndose, por tanto, los problemas interpretativos ya existentes<sup>96</sup>. Problemas derivados, principalmente, de constituir ambos delitos un adelantamiento de la barrera de protección penal basado, además, en el erróneo presupuesto de que el principal peligro para el menor proviene de extraños que contactan con él a través de las TIC y no, como parecen demostrar los estudios empíricos, más bien de adultos del entorno familiar o cercano del menor<sup>97</sup>.

## 6. La cláusula del art. 183 bis CP

El nuevo art. 183 bis CP, que sustituye al anterior art. 183 quater CP, precepto introducido en 2015 y modificado en 2021<sup>98</sup>, recoge la llamada «cláu-

95 Sobre los cambios que se preveían en estos delitos en el Anteproyecto de 2020, véase AGUADO LÓPEZ, S., *ob. cit.*, 2020, pp. 70-80. Una de esas modificaciones era la supresión de la cláusula concursal del delito de *child grooming*, dejando la solución de los problemas concursales que pudieran surgir a la aplicación de las reglas generales en esta materia, lo que, teniendo en cuenta los enormes problemas interpretativos (y de *bis in idem*) a que está dando lugar la expresa cláusula concursal contenida en este delito, hubiera sido de agradecer. Sobre esta cláusula concursal, véase por ejemplo SÁNCHEZ VILLANOVA, M.: «La discutida cláusula concursal del artículo 183 ter.1.º CP: aproximación desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 745-759. Y véase el Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala penal del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2017.

96 Sobre los problemas que presentaban estos delitos antes de la reforma de 2022, que siguen siendo los mismos actualmente, véanse, por ejemplo, GUIASOLA LERMA, C.: «Los delitos de *online child grooming* y *sexting* (art. 183 ter.1 y 2 CP) a la luz de la reciente jurisprudencia», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022, pp. 355-389; y VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES FERRER, C.: «Los delitos de *online child grooming* y *sexting*: un análisis crítico de su tipificación en el Código penal», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022, pp. 391-446.

97 Así también, por ejemplo, VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES FERRER, C., *ob. cit.*, 2022, pp. 409 y 417.

98 Según la versión original del art. 183 quater CP, introducido por LO 1/2015, de 30 de marzo, el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluía la responsabilidad penal por los delitos previstos en el Capítulo II bis, cuando el autor fuera una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. La LO 8/2021, de 4 de junio, incluyó ya dos cambios en este precepto: de un lado, excluyó expresamente del ámbito de esta cláusula el delito contenido en el art. 183.2 CP (agresión sexual a menores de 16 años) y, de otra, añadió a los términos «grado de desarrollo o madurez» los adjetivos «física y

sula Romeo y Julieta». Tras la reforma de 2022, dice así el art. 183 bis CP: «Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica». De este modo, la LO 10/2022 ha cambiado la redacción anterior en lo relativo a los delitos expresamente excluidos de su ámbito de aplicación, que no son ya exclusivamente aquellos actos sexuales conseguidos con violencia o intimidación, sino también aquellos en que se dé alguna de las demás circunstancias del actual art. 178.2 CP; es decir, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, o víctima privada de sentido, con la voluntad anulada o de cuya situación mental se abuse. Al respecto, aunque la nueva redacción pueda suponer una mejora técnica (pues la anterior, al mencionar solo las agresiones sexuales del entonces art. 183.2 CP, podía dar lugar a la errónea interpretación de que ningún otro delito estaba excluido), en el fondo no cambia nada pues, en los casos que ahora se excepcionan expresamente, difícilmente podía hablarse de consentimiento libre, requisito esencial para la exclusión de responsabilidad penal, tanto antes de la reforma como ahora.

Por lo demás, el consentimiento no se define en este precepto ni se hace una remisión expresa a la definición de consentimiento que la LO 10/2022 incluyó en el art. 178.1 CP, indicándose solo que debe ser libre. Nada impide, sin embargo, aplicar aquí también dicha definición, aunque si entendemos que lo que dice el art. 178 CP es que para determinar si el acto sexual es o no consentido hay que atender a todas las circunstancias concurrentes, no creo que ello tenga consecuencias prácticas.

En realidad, creo que más relevantes que las novedades introducidas en el art. 183 bis son las que no se han incluido, pues, a pesar de las muchas críticas y propuestas de mejora recibidas por esta cláusula desde su introducción, no se ha modificado ninguno de sus aspectos problemáticos<sup>99</sup>. Por lo mismo, resulta fundamental la labor interpretativa que está realizando la jurisprudencia.

---

psicológica». En realidad, esta reforma no aportó gran cosa: en cuanto al primer cambio, porque el delito de agresión sexual, que entonces exigía violencia o intimidación, era incompatible con la exigencia de consentimiento libre, por lo que no era preciso excluirlo expresamente del ámbito de aplicación del precepto; y en cuanto al segundo, porque el añadido de «física y psicológica» (aunque acercaba más la redacción a la del art. 8 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, que este artículo trasponía) nada aportaba en la práctica.

99 Una de las mayores críticas doctrinales al anterior art. 183 quater CP ha sido respecto a su vaguedad. Así, por ejemplo, CABRERA MARTÍN, M., *ob. cit.*, 2019, p. 166; BOLDOVA PASAMAR, M. A., *ob. cit.*, 2021, p. 17; MUÑOZ CONDE, F., *ob. cit.*, 2022, p. 254; o VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES FERRER, C., *ob. cit.*, 2022, p. 423.

## 7. Conclusiones

Tras la reforma, se reconoce como bien jurídico protegido en las agresiones sexuales a menores la libertad sexual en sentido amplio, aunque luego este reconocimiento no parece tener muchas consecuencias en la configuración de los concretos delitos, dejándose un margen muy estrecho al ejercicio de este derecho por parte de los menores de 16 años.

La unificación en un solo delito de agresión sexual de las anteriores figuras de abuso y agresión sexual no se ha realizado de la misma forma respecto de menores que en los casos de víctimas mayores de 16 años, en la medida en que en el nuevo art. 181 CP sigue habiendo un tipo básico y un tipo cualificado aplicable cuando se usa violencia o intimidación. La diferencia en este ámbito respecto de la regulación anterior a la reforma de 2022 es que, ahora, en el tipo cualificado se incluyen más supuestos. Por ello, si la supresión de la distinción entre abuso y agresión sexual con víctima mayor de 16 años es criticable porque da lugar a un único delito con un mismo marco penal para conductas de muy diferente gravedad, en relación a víctimas menores de 16 años lo criticable es que esta supresión conduce a extender el marco penal que antes se preveía solo para los casos de uso de violencia o intimidación a un mayor número de casos.

La extensión de los supuestos de hecho es, en realidad, una característica general de la LO 10/2022, que amplía el ámbito de aplicación de delitos (como en el *grooming*) y de cualificaciones (como en el art. 181.4 CP), siendo en este sentido el cambio más relevante, en mi opinión, el que se produce al incluir en el tipo básico del delito de agresión sexual, junto a los casos de contacto físico sexual entre autor y víctima, los de contacto sexual del menor sobre sí mismo o con tercero a instancia del autor. Por lo demás, entre las cualificaciones del art. 181.2 CP y las del art. 181.4 CP se producen multitud de solapamientos que habrá que analizar con detalle para evitar problemas de *bis in idem*.

En cuanto a las penas aplicables, a pesar de mantenerse, a menudo, nominalmente idénticas a las existentes hasta la reforma de 2022, encubren casi siempre un nuevo incremento punitivo —uno más—, en la medida en que se aplican a un número mucho mayor de supuestos, lo que en absoluto se compensa con las pobres posibilidades atenuatorias que se reconocen. Sin embargo, ello no impide, por supuesto, y a pesar de la polémica surgida en los meses posteriores a la entrada en vigor de la reforma de 2022, que, si excepcionalmente en algún supuesto puede resultar más beneficiosa la LO 10/2022, sea aplicada retroactivamente, lo que habrá de determinarse caso a caso<sup>100</sup>.

100 Entiendo, por ejemplo, que al haberse reducido los mínimos de ciertos marcos penales (de 8 años a 6 y de 12 años a 10 en el nuevo art. 181.3 en relación al anterior art. 183.3

Finalmente, resulta llamativo, también, lo que la reforma no ha hecho, perdiendo el legislador otra nueva oportunidad de mejorar los aspectos de la regulación de estos delitos que la doctrina ha venido señalando como problemáticos.

## 8. La Proposición de Ley Orgánica de 2023

La Proposición de Ley Orgánica de 2023 (llamada también la «contrarreforma»), en tramitación en el momento de escribir estas líneas, solo afecta en lo que se refiere al objeto de este estudio a los delitos de agresiones sexuales a menores de 16 años<sup>101</sup> y está muy ligada a la polémica desatada a consecuencia de las revisiones de sentencias habidas tras la reforma de 2022<sup>102</sup>.

En efecto, al incluir en el mismo marco penal las conductas que antes de su entrada en vigor constituían abuso sexual y las que, por tener como medio comisivo la violencia o intimidación, se consideraban agresión sexual, la LO 10/2022 modificó algunos marcos penales rebajando levemente el máximo o el mínimo para adecuarlos a los nuevos ámbitos de aplicación de los preceptos. Pero esta reestructuración ha dado lugar, en base a una interpretación jurisprudencial en mi opinión discutible de los términos en que la nueva regulación ha de entenderse o no más favorable a efectos de aplicación retroactiva, a multitud de revisiones de pena, lo que a su vez ha provocado una enorme polémica. Al respecto, la Proposición de Ley Orgánica de 2023 pretende solucionar estos problemas<sup>103</sup> previendo un marco penal superior para los casos de agresión sexual a mayores de 16 años cometidos empleando violencia o intimidación (o sobre víctima con voluntad anulada). Ello supondría recuperar la distinción a efectos de pena, pero manteniendo una única figura delictiva. Como ya hemos explicado, esa diferencia de pena

---

CP) deberían revisarse las condenas en las que se aplicaran rebajas de pena (por tentativa, por complicidad, por eximente incompleta, por atenuante muy cualificada...), pues, en la medida en que la rebaja parte del mínimo de pena, podría resultar ahora más beneficiosa la pena a imponer.

- 101 Esta contrarreforma no modificaría, por tanto, ni la rúbrica del Título VIII, ni los delitos de hacer presenciar al menor actos de carácter sexual (art. 182.1), ni los delitos de contacto telemático con menores (art. 183), ni la «cláusula Romeo y Julieta» del art. 183 bis.
- 102 Como, por otra parte, reconoce claramente la Exposición de Motivos de la Proposición: «...es importante blindar la ley en favor de las víctimas y evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales, que son más amplios, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas...».
- 103 O más bien los problemas similares que se puedan presentar en el futuro, dado que la LO 10/2022 seguirá desplegando sus posibles efectos retroactivos aunque prospere la Proposición.

ya estaba reconocida por la LO 10/2022 para los casos en que la víctima es persona menor de 16 años, por lo que en este ámbito la Proposición no prevé ninguna modificación<sup>104</sup>.

Sí supondría un cambio, por el contrario, la previsión de la Proposición de reenumerar el art. 181, cambio que en la Exposición de Motivos de la Proposición se califica de mera «mejora técnica» pero que tendría en realidad gran trascendencia, en la medida en que la LO 10/2022 introdujo la atenuación facultativa de la pena en el segundo párrafo del apartado 2 del art. 181, limitando por tanto su aplicación a los casos de agresiones sexuales a menores de 16 años del tipo cualificado por concurrir alguna de las circunstancias del actual art. 178, es decir, al tipo cualificado del apartado 2 del art. 181, pero no a los casos de menor gravedad del apartado 1, que prevé el tipo básico de este delito. Esta situación cambiaría de aprobarse la regulación contenida en la Proposición de Ley Orgánica de 2023, que prevé recoger la atenuación facultativa de la pena en un nuevo apartado 3, lo que supondría referirla tanto al tipo cualificado del apartado 2, como al tipo básico del apartado 1, ampliando enormemente su ámbito de aplicación (salvo en los casos expresamente excepcionados)<sup>105</sup>. Se eliminaría así la incoherencia de poder atenuar la pena en los casos más graves, pero no en los de menor gravedad.

En cuanto a los tipos cualificados, la Proposición eleva el mínimo de las penas en caso de acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos (nuevo apartado 4) de 6 a 8 años de prisión (en los casos del art. 181.1) y de 10 a 12 años de prisión (en los casos del art. 181.2), es decir, reintroduciendo los mismos marcos penales que se preveían antes de la LO 10/2022, pretendiendo con ello impedir (de futuro) la aplicación de penas mínimas en estos casos. A diferencia del anterior, este cambio no parece responder a la corrección de un error detectado en la regulación de la LO 10/2022, pues la rebaja del mínimo de las penas introducido por esta ley era coherente, como he explicado, con la inclusión en sus respectivos supues-

---

104 Ciertamente la regulación introducida en la LO 10/2022 es en este punto incoherente, en la medida en que unos mismos medios comisivos (violencia, intimidación, abuso de superioridad, vulnerabilidad o situación mental, o víctima privada de sentido o con la voluntad anulada) en relación a víctimas mayores de 16 años dan lugar al tipo básico, mientras que en relación a víctimas menores de 16 años dan lugar a la aplicación de un tipo cualificado. De aprobarse la Proposición, por tanto, esta incoherencia desaparecería en parte (pues el tipo cualificado con víctima mayor de 16 años no se aplicaría en los casos de abuso), aunque, a la vez, ello supondría reintroducir del todo la diferenciación que se trataba de eliminar con el modelo de la LO 10/2022 (aunque sea añadiendo a la violencia y la intimidación los casos de víctima con voluntad anulada).

105 La Proposición de Ley Orgánica de 2023 pretende excluir también de las posibilidades de atenuación facultativa de la pena, además de las excepciones ya existentes, los casos en que la agresión sexual se realice sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, unificando de esta forma los criterios de exclusión de la atenuación en víctimas mayores y menores de 16 años.

tos de hecho de un número mayor de casos. La única explicación de este cambio procede por tanto de la alarma generada por las revisiones de pena en aplicación retroactiva de la LO 10/2022 de estos últimos meses, pero el cambio es inútil, pues como ley intermedia seguiría siendo de aplicación a todos los supuestos anteriores a su entrada en vigor, aunque la Proposición prosperara.

Respecto a los tipos cualificados del apartado 4 (que pasaría a ser el 5), la Proposición prevé varios cambios, de desigual trascendencia. En primer lugar, al preverse aquí la imposición de la pena correspondiente en su mitad superior, el marco penal se incrementaría indirectamente al modificarse al alza los mínimos del tipo cualificado en caso de acceso carnal. En segundo lugar, se prevé modificar el ámbito de dos de sus cualificaciones: en la letra e) se ampliaría el supuesto de prevalimiento para abarcar a cualquier pariente (y no solo al ascendiente o hermano) y en la letra g), que recoge la sumisión química, se cambiaría el término «autor» por el de «persona responsable», lo que ampliaría también su ámbito de aplicación. En tercer lugar, en un nuevo apartado 6 se añadiría una previsión para el caso de que concurrieran dos de las circunstancias cualificantes del apartado 5 (ahora 4), imponiéndose entonces (igual que en el caso de víctimas mayores de 16 años) la pena en su mitad superior. Por el contrario, nada cambia en mi opinión la previsión expresa que incorpora la Proposición respecto de que no cabría aplicar las cualificaciones del apartado 5 (ahora 4) si ya se han tenido en cuenta en la calificación, pues se podía llegar ya a esa misma conclusión interpretativamente (véase *supra* 3.3.3): al respecto, el problema no es tener claro que hay que evitar el *bis in idem*, sino determinar cuándo lo hay en el caso concreto.

En resumen, la Proposición, de aprobarse, no resolvería los problemas que plantea la regulación introducida por la LO 10/2022 y, aunque creo que puede valorarse positivamente el acercamiento que propone en relación al tratamiento de la agresión sexual en los casos de víctima mayor y menor de 16 años, supondría introducir incrementos de pena en una regulación que ya elevaba las penas en relación a la situación anterior a la reforma de 2022.

## 9. Bibliografía

**ACALE SÁNCHEZ, M.:** «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*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 35-58.

— «Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022, pp. 39-88.

- ACALE SÁNCHEZ, M.** y **FARALDO CABANA, P.:** «Presentación», en FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M. (dir.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 11-29.
- 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*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 59-84.
- Álvarez García, F. J.:** «La libertad sexual en peligro», en IGLESIAS CANLE, I. C. y BRAVO BOSCH, M. J. (dir.), *Libertad sexual y violencia sexual*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 295-326.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A.:** «La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 23-16, 2021, pp. 1-41.
- CABRERA MARTÍN, M.:** *La victimización sexual de menores en el Código Penal español y en la política criminal internacional*, Dykinson, 2019.
- CANCIO MELIÁ, M.:** «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual», en *La ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 80, 2011, pp. 5-20.
- CARUSO FONTÁN, V.:** *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, 2006.
- CUGAT MAURI, M.:** «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA, J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 225-247.
- «Artículo 182 CP: Vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022, pp. 227-249.
  - «Art. 183 bis. Las nuevas modalidades de abuso sin contacto entre autor y víctima», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022, pp. 337-353.



- DE LA MATA BARRANCO, N.:** «Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 21-20, 2019, pp. 1-70.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.:** «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 6, 2000, pp. 69-101.
- «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, arts. 178-183», en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y ROMEO CASABONA, C. (coord.), *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 209-389.
- «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, n.º 21-10, 2019, pp. 1-29.
- ESQUINAS VALVERDE, P.:** «El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (art. 181 CP)», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022, pp. 141-225.
- FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M. (dir.):** *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, 2018.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P.:** «La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de ley orgánica de 20 de septiembre de 2013», en MUÑOZ CONDE, F. (dir.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 141-189.
- «La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo», en *Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 12, 2016, pp. 261-319.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL:** *Una propuesta alternativa a la protección penal de los menores*, Tirant lo Blanch, 2003 (disponible en: <https://www.politicacriminal.es/una-propuesta-alternativa-a-la-proteccion-penal-de-los-menores-2002>).
- GUISASOLA LERMA, C.:** «Los delitos de *online child grooming* y *sexting* (art. 183 ter.1 y 2 CP) a la luz de la reciente jurisprudencia», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022, pp. 355-389.
- LAMARCA PÉREZ, C.:** «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», en *Jueces para la Democracia*, n.º 27, 1996, pp. 50-61.

**MONGE FERNÁNDEZ, A.:** *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Bosch, 2011.

— «De las agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años (análisis del artículo 183 CP)», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022, pp. 253-335.

**MORALES HERNÁNDEZ, M. A.:** «Análisis de los tipos penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidos en el artículo 180 del Código penal», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022, pp. 89-138.

**MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R.:** «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10.ª ed., Thomson-Aranzadi, 2016, pp. 299-338 y 352-412.

**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 *Revista Penal*, n.º 43, 2019, pp. 290-299.

— *Derecho penal, Parte especial*, 24.ª 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, Tirant lo Blanch, 2022. También se citan ediciones anteriores de este manual: 11.ª ed., Tirant lo Blanch, 1996; 18.ª ed., Tirant lo Blanch, 2010; y 23.ª ed., Tirant lo Blanch, 2021.

**ORTS BERENGUER, E. y ROIG TORRES, M.:** «El menor como sujeto pasivo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en *Revista Penal*, n.º 49, 2022, pp. 116-125.

**ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.:** *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, 2001.

**RAMOS VÁZQUEZ, J. A.:** *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores un estudio sobre los artículos 183 y siguientes*, Tirant lo Blanch, 2016.

**ROPERO CARRASCO, J.:** «Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 34, 2014, pp. 225-300.

**SÁNCHEZ VILANOVA, M.:** «La discutida cláusula concursal del artículo 183 ter. 1.º CP: aproximación desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 745-759.

**SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.:** «Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 603-620.

**TAMARIT SUMALLA, J. M.:** *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Aranzadi, 2000.

— «Delitos contra la indemnidad sexual de menores», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 421-433.

**VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES FERRER, C.:** «Los delitos de *online child grooming* y *sexting*: un análisis crítico de su tipificación en el Código penal», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022, pp. 391-446.



# **ANÁLISIS DE TRES DE LAS MODIFICACIONES A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL (LO 10/2022, 6 DE SEPTIEMBRE)**

**Nuria Torres Rosell<sup>1</sup>**

*Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Granada*

## **1. Notas previas**

Esta reciente Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (en adelante LOGILS) incluye a lo largo de su articulado y de sus Disposiciones Finales (en adelante DF) diversas modificaciones de las normas procesales rectoras del proceso penal que ha de seguirse para el enjuiciamiento y sanción, en su caso, en principio de las conductas tipificadas como delitos contra la libertad sexual y de las tipificadas en otros preceptos penales a las que la ley considera violencias sexuales. Y, aunque quizá no fuera esa la finalidad, otras modificaciones se aplicarán con más amplitud a otros o a cualquier proceso penal.

Directamente en las DF primera, séptima, novena y duodécima introduce modificaciones a normas eminentemente procesales: a Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr), a la Ley de responsabilidad penal de los menores, a la Ley orgánica de protección Integral de la Violencia de Género, al Estatuto de la Víctima del Delito. Pero introduce también otras modificaciones indirectas en la regulación de estos procesos.

---

1 ORCID: 0000-0001-6390-2536. ID WEB OF SCIENCE: AAB-3636-2019. Este trabajo ha sido realizado en el ámbito de la Acción Jean Monnet, LUDELOR, Lucha contra la delincuencia organizada. Enfoques normativo, operativo y judicial en la recuperación y gestión de activos derivados del crimen, 2020-2022, con número de referencia 620390-EPP-1-2020-ES-EPPJMO-PROJECT (IP Dr. GARRIDO CARRILLO, F. J.).

No procede en este momento entrar en todas y cada una, porque en este trabajo pretendo analizar tan solo tres de ellas: la de los artículos 13, 112 y 709.2 LECr. No obstante, si quiero reflexionar sobre algunas otras que directa o indirectamente inciden en el proceso penal.

## 2. Breves reflexiones sobre algunas de las modificaciones procesales introducidas por la LO 10/2022

### 2.1. ¿Ley de garantía integral de la libertad sexual? O ¿Ley de garantía integral de la libertad sexual de las mujeres, niños, niñas y adolescentes?

La cuestión es determinar cuál es realmente el ámbito de aplicación de esta LO a la luz de una gran parte de las disposiciones que contiene. ¿Se trata de garantizar la libertad sexual —la de todos? ¿O sólo la de las mujeres, los niños, las niñas y los (¿y las?) adolescentes y, no siempre, o no con el mismo nivel de protección, la de los hombres?

La redacción del artículo 1 parece inclinarnos por la primera opción, aunque ya la lectura del preámbulo y la del apartado segundo de este precepto, llevan, por el contrario, a la segunda opción, que queda corroborada posteriormente en diversos preceptos en los que expresamente se hace referencia a las mujeres, o si es el caso, también niños, niñas y adolescentes<sup>2</sup>.

Como queda patente en el Preámbulo con esta ley se intenta que nuestro ordenamiento jurídico dé una mejor respuesta a los compromisos y convenios internacionales y concretamente a los derivados del Convenio de Estambul, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, la Directiva 2011/93/UE

---

2 Entre los fines de la ley está *garantizar la autonomía económica de las víctimas (...) que concilien (...) de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia y empleadas públicas que sufran violencias sexuales; establecer un sistema integral de tutela (...) de las víctimas de las violencias (...) impulsando en todo momento la autonomía de estas mujeres* —art. 1.2—. El derecho a la información —art. 34— se garantizará para que *las mujeres con discapacidad* puedan conocer sus derechos y los recursos existentes. Al regular la Accesibilidad como principio rector de la actuación de los poderes públicos (aunque previamente se ha establecido el de igualdad y no discriminación) se garantizará (...) para mujeres mayores y niñas y niños —art. 2—

del Parlamento Europeo y del Consejo para la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil<sup>3</sup>.

No es mi intención cuestionar ni discutir la necesidad de tales modificaciones y ajustes en el ordenamiento jurídico español. Al contrario. Sin embargo creo que el título de la Ley es bastante más amplio que su contenido que, en multitud de ocasiones produce las modificaciones jurídicas, introduce las medidas para lograr la recuperación y autonomía de las víctimas, pero sólo si las víctimas son mujeres, niños y niñas, excluyendo a las víctimas hombres<sup>4</sup>. Es cierto que las violencias sexuales contra varones son menos conocidas, socialmente y en el mundo forense, pero también las hay y sus víctimas son merecedoras de la misma protección<sup>5</sup>.

El propio apartado 2 del artículo 3 de la ley —que delimita su ámbito de aplicación *a las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España (...)*—. Posteriormente, en los artículos 38 y 39 —que reconocen determinados derechos laborales y de la Seguridad Social *a las trabajadoras* víctimas—. El 40 —al regular los derechos *de las funcionarias* públicas—. En el 45 —cuando impone a las fuerzas y cuerpos de seguridad, las policías autonómicas y locales el deber de brindar protección efectiva a las víctimas, pero añade que (...) *haciendo posible que las mujeres, niñas y niños vivan en condiciones de libertad y seguridad*— (...).

Estos no son más que algunos ejemplos que ponen en entredicho la verdadera finalidad y ámbito de aplicación de la ley y no creo que responda a un uso indiferenciado del lenguaje. Si así fuera, hubiera sido suficiente con que tras una definición exacta del concepto de víctima a los efectos de esta ley, se hubiera omitido cualquier referencia a su sexo, edad o necesidad específica de protección adicional, salvo que se tratara de medidas específicamente previstas para los menores de edad (que incluyen niños, niñas y adolescentes) y para las víctimas con capacidad jurídica modificada; refiriéndose únicamente a mujeres y niñas en el caso concreto de las víctimas de mutilación genital femenina.

Como no se ha hecho así, la puesta en práctica de cada una de las medidas exigirá además y con carácter previo un examen minucioso del nivel de protección en atención al tipo de víctima: si protege a las víctimas, a

3 Ajustes que han sido objeto de recomendación del Defensor del Pueblo tras la resolución de algunas de las quejas que ha resuelto, como puede constatarse consultando su Web, el Comité de Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, entre otros organismos.

4 En este sentido se manifestó el Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de esta LO 8/2021.

5 En su informe, la Fiscalía General del Estado alude a los porcentajes publicados por el Ministerio del Interior en 2018 que reflejan que mientras el 85,38% de las víctimas eran mujeres, solo el 14,54% fueron hombres.

cualquier víctima, de las violencias sexuales o si, por el contrario, ofrece un nivel de protección mayor o menor dependiendo del sexo de la víctima, en oposición a lo que la propia ley declara como uno de sus principios rectores: la prohibición de discriminación, exigiendo de las instituciones públicas que garanticen que las medidas previstas en la ley *se apliquen sin discriminación alguna por motivos de sexo, género, (...) —art. 2.d)–*. Si mi opinión es desahogada, si para esta Ley de protección integral todas las víctimas de violencias sexuales tienen el mismo nivel de protección, creo que sería necesario proceder a una corrección de erratas para suprimir las discriminaciones que se encuentran en su articulado.

Tomemos como ejemplo la redacción del nuevo apartado 3 del artículo 681 LECr. La prohibición de divulgación de los datos que permitan identificarlas protege a las víctimas menores de edad y a las necesitadas de especial protección —cualquiera que sea el delito del que ha sido víctima—, y a las víctimas de los delitos de violencia sexual referidos en el artículo 3<sup>º</sup> de la LO 10/2022.

Se trata de las mismas medidas señaladas en el apartado 2 de este precepto. La diferencia radica en que mientras con carácter general el Juez **podrá** adoptarlas, cuando se trate de estas víctimas especialmente protegidas, el Juez **deberá** adoptarlas. Pero si releemos el precepto resulta que, de una parte, no tendrán tutela reforzada de su intimidad ni la de sus familiares los varones mayores de edad que hayan sido víctimas de violencias sexuales: delitos contra la libertad sexual, matrimonio forzado, acoso con connotación sexual o trata con fines de explotación sexual; y tampoco, las mujeres mayores de edad víctimas de cualquier otro delito distinto de los que acabamos de enumerar.

Para aquéllos y para éstas la protección de su intimidad parece ser de segundo orden y bastará la que les ofrece el apartado 1 y 2 del precepto.

## 2.2. De nuevo el deber de denunciar

Una segunda cuestión que ha llamado mi atención es que, al igual que hiciera la LO 8/2021 de protección a la infancia y la adolescencia, en esta ley vuelve a recordárenos a todos el deber transmitir a la autoridad judicial (al M.<sup>º</sup> Fiscal, a la policía) los hechos delictivos de los que seamos conocedores, ya establecido en los artículos 259, 262 y 264 LECr.

El artículo 18.2 remite al Título II LO 8/2021 y en este se reitera el deber de denuncia equivalente al contenido del art. 259 LECr —arts. 15 y 19— el

---

6 Aunque se ha escapado una errata y lo que literalmente dice el apartado es «delitos de violencia sexual referidos en el artículo 3 de esta ley», o sea, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que lo que regula es la competencia funcional para conocer de las cuestiones prejudiciales no devolutivas no penales que surjan en el proceso penal.



equivalente al contenido en el art. 262 LECr —art. 16—. Deberes sin sanción asociada adicional a la ya establecida en general para el deber de denunciar. Y el artículo 17 LO 8/2021 exceptúa del deber, aunque les faculta a denunciar, a los niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas o que presencien la situación de violencia sobre otro menor de edad. Exención ya establecida también en el art. 260 LECr. La inclusión de este deber en el articulado de la LO 10/2022 tampoco es exigencia del Convenio de Estambul, puesto que los artículos 27 y 28 comprometen a España a alentar la denuncia de los particulares de los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio y a remover los obstáculos que, en virtud de la confidencialidad profesional, puedan impedir la denuncia de los profesionales concedores por su profesión de estos actos.

Estímulo y remoción que ya se encuentran en la LECr, en los artículos 259 y 262 respectivamente.

No creo que sea operativo repetir sin más lo que ya está establecido legalmente. Por el contrario, creo de mayor eficacia y utilidad que, aprovechando esta ley (o mejor aún, de forma directa) se hubieran abordado las modificaciones legales necesarias para que el deber de denunciar sea realmente efectivo y, entre ellas, la actualización de las sanciones que pueden imponerse como consecuencia del incumplimiento de este deber —no sólo las actualmente establecidas en la LECr, ancladas en la primera mitad del siglo pasado, sino las establecidas de forma específica en las normas reguladoras del ejercicio profesional—, la fijación de una edad de referencia concreta para la exigencia del cumplimiento del deber —en lugar de mantenerse la referencia a la pubertad<sup>7</sup>.

### 2.3. Nuevos delitos de persecución condicionada

La nueva redacción del art. 173.4, párrafo 2 y el nuevo párrafo 3 Código Penal (en adelante CP) modifica ligeramente el régimen de procedibilidad para la persecución de las vejaciones injustas de carácter leve cometidas contra alguno de los enumerados en su apartado 2.

Hasta la reforma, las vejaciones eran perseguibles de oficio, mientras que las injurias eran perseguibles sólo previa denuncia del ofendido. Y, además, se convierte en un nuevo «delito» de persecución condicionada por la formulación de la denuncia del ofendido y de carácter semipúblico<sup>8</sup> el hecho

7 Véase TORRES ROSELL, N.: *La denuncia procesal penal*, Montecorvo, 1991, pp. 50-80.

8 Acerca de la denuncia como óbice de procedibilidad para la persecución judicial de determinados hechos tipificados, TORRES ROSELL (*Ibidem*, pp. 360-390). Sobre la clasificación de los tipos penales desde el punto de los obstáculos existentes a su persecución judicial, LA MISMA «Un ejemplo concreto de la eficiencia organizativa proyectada: la jurisdicción y la competencia objetiva en los procesos por violencia de género», en DÍAZ PITA, M. <sup>a</sup> P. (dir.), *Horizonte Justicia 2030*, Tecnos, 2023 (en prensa), p. 62, nota 38.

de dirigirse a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen en la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, salvo que constituya un delito de mayor gravedad.

## 2.4. Ampliación del contenido de la restitución como pretensión civil acumulable al proceso penal: la declaración de nulidad del matrimonio contraído forzosamente

La DF cuarta tres de modificación CP incorpora un nuevo apartado al artículo 172.bis conforme al cual *En las sentencias condenatorias por delito de matrimonio forzado, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la declaración de nulidad o disolución del matrimonio así contraído y a la filiación y fijación de alimentos*<sup>9</sup>.

Se amplía nuevamente el contenido de la responsabilidad civil para dar cabida, como forma específica de restitución, a la declaración de nulidad o de disolución<sup>10</sup> del matrimonio forzado.

Si puede y debe incluirse en el contenido de la «restitución» la declaración de todos los efectos civiles que traigan causa del hecho que se ha enjuiciado penalmente, y, en concreto la declaración de nulidad de cualquier negocio jurídico, no resulta un tema pacífico ni doctrinal ni con soluciones judiciales uniformes.

9 Acerca de la fijación de alimentos y del reconocimiento de la prole, *vid.* GONZÁLEZ RUS, J. J.: «El artículo 444 del Código Penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1979, Tomo 32, n.º 2, 1979, pp. 380-426, especialmente, pp. 404 y ss., pues, aunque referido al código penal de 1973, sus argumentos son plenamente actuales.

10 En nuestro Ordenamiento jurídico el matrimonio se disuelve por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio —art. 85 CC— Evidentemente el precepto de la LO 10/2022 no puede estar refiriéndose más que a este último, al divorcio. Y, aunque el divorcio puede decretarse a petición de uno de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, la declaración del divorcio no produciría en ningún caso «la restitución a la situación anterior al matrimonio forzado»: entre otras causas porque sus efectos se producen a partir de la sentencia que lo declara, por su carácter constitutivo, mientras que la declaración de nulidad los retrotrae al momento en que concurrió la causa de nulidad —dejando a salvo los ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe —arts. 79 y 89 CC—. ¿A qué se refiere el legislador con el término disolución? ¿Al divorcio? ¿A la disolución de un matrimonio bajo forma religiosa? Parece que el legislador ha tomado literalmente el texto del art 32 del Convenio de Estambul.

La justificación de esta modificación se encuentra, tanto para el Consejo fiscal como para el Consejo General del Poder Judicial en sus respectivos informes al anteproyecto de esta LO 10/2022, en el Convenio de Estambul. No obstante, el artículo 32 de éste lo que establece es que *Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que los matrimonios contraídos recurriendo a la fuerza puedan ser anulables, anulados o disueltos sin que esto suponga para la víctima cargas económicas o administrativas excesivas*. En nuestro ordenamiento ya existen estas previsiones legislativas, como seguidamente señalaremos. Y aunque es cierto que para poder instar la nulidad del matrimonio es necesario provocar la incoación del proceso civil ante el Juez de Primera Instancia, las cargas económicas del proceso no tienen por qué ser excesivas y, de serlo, la adecuación a lo dispuesto en el Convenio de Estambul debería venir de la mano de reconocer en estos casos la asistencia jurídica gratuita a las víctimas del matrimonio forzado en los procesos civiles para la declaración de su nulidad, si no se encuentran ya incluidas en la letra h) del art. 2 de la Ley de Asistencia jurídica gratuita, en tanto que víctimas de delitos contra la libertad y la nulidad, sin duda tiene vinculación y deriva de su condición de víctima.

Los argumentos en contra de esta extensión parten del principio general de que los órganos del orden penal solo conocerán de los pleitos y causas criminales) y los del orden civil de las materias que le son propias (art. 9 Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ) Que son nulos de pleno derecho los actos procesales realizados con absoluta falta de jurisdicción y de competencia objetiva (art. 238 LOPJ). Que la jurisdicción por razón del objeto a los Juzgados y Tribunales del orden penal para conocer en el proceso penal de determinadas pretensiones civiles lo es *secundum eventum litis* y tiene carácter excepcional, por lo que deber ser interpretada de forma restrictiva. Que una interpretación extensiva podría desembocar en una atribución desorbitada de competencias civiles a órganos que no tienen atribuida jurisdicción por razón del objeto en procesos civiles; en permitir que pretensiones civiles que deben tramitarse en procesos civiles y con los principios rectores derivados del principio dispositivo y de oportunidad, se enjuicien a través de procesos penales en los que no siempre será posible respetarlos y, como señala FONT SERRA, a situaciones de inseguridad jurídica y de perjuicio a terceros<sup>11</sup>.

En todo caso, y con esta ampliación concreta, y a sabiendas de que el consentimiento para contraer matrimonio es esencial y que sin él no hay matrimonio (art. 45 Código Civil, en adelante CC); que es nulo, del mismo modo

---

11 Argumentos en contra de esta ampliación, pueden consultarse en GÓMEZ ORGANEJA, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. II, Barcelona, 1951, especialmente pp. 353-354; FONT SERRA, E.: *La acción civil en el proceso penal: su tratamiento procesal*, Wolters Kluwer, 1991, pp. 19-23.

que lo es el contraído por coacción o miedo grave (art. 73 CC)<sup>12</sup>, creo que son más los obstáculos jurídicos que los beneficios derivados de esta ampliación del contenido de la *restitución*.

Conforme a nuestro CC, la demanda de nulidad puede interponerse por cualquiera de los cónyuges, del Ministerio Fiscal y de cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en dicha nulidad (art. 74 CC). Pero en los casos de coacción o miedo grave se restringe y únicamente se legitima al cónyuge que haya padecido este vicio del consentimiento (art. 76 CC). Y, en todo caso, el matrimonio quedará convalidado si los cónyuges conviven durante un año a contar desde el cese de la fuerza o la desaparición de la causa del miedo.

Y, tal y como se encuentra descrito en el art. 172.bis CP<sup>13</sup> es matrimonio forzado el contraído como consecuencia de una intimidación grave o de una violencia, por lo que en ningún caso podría declararse su nulidad tras la convivencia común<sup>14</sup>.

Por otra parte, nuestros órganos jurisdiccionales conocerán de este hecho cuando se cometa en territorio español, pero, cuando se cometa fuera de él, sólo cuando el procedimiento se dirija frente a un español, contra un extran-

- 
- 12 GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: *Inexistencia, nulidad del matrimonio y sistema matrimonial: el matrimonio constitucional, derecho a contraer y a no contraer matrimonio*, Bosch, 2012; «Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. 35, 2015, pp. 831-917. Disponible en: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2703>; TRAPERO BARREALES, M. A.: *Matrimonios ilegales y derecho penal: bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 116-125. Disponible en: [https://granatensis.ugr.es/permalink/34CUBA\\_UGR/1p2iirq/alma991014062011404990](https://granatensis.ugr.es/permalink/34CUBA_UGR/1p2iirq/alma991014062011404990); VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «Aproximación al matrimonio forzado desde la óptica de las víctimas», en *e-Eguzkilore.: Zientzia Kriminologikoen Aldizkari Elektronikoa = Revista electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.º 4, 2019. Disponible en <https://ojs.ehu.eus/index.php/eguzkilore/article/download/20988/18827>.
- 13 CUADRADO RUIZ, M. ª: «El delito de matrimonio forzado», en PÉREZ ALONSO, E. J. / MERCADO PACHECO, P. / OLARTE ENCABO, S. / LARA AGUADO, Á. / RAMOS TAPIA, M. I. / POMARES CINTAS, E. / ESQUINAS VALVERDE, P. (coords.): *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 494-511; DÍAZ PERALTA, E.: *El matrimonio infantil y forzado en el derecho internacional: Un enfoque de género y de derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2019. Disponible en: [https://granatensis.ugr.es/permalink/34CUBA\\_UGR/1p2iirq/alma991014069654304990](https://granatensis.ugr.es/permalink/34CUBA_UGR/1p2iirq/alma991014069654304990); MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: «La necesidad de un delito de matrimonio forzado en el código penal español, Persuadir y Razonar», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coord.); MAZA MARTÍN J. M. (hom.), *Estudios en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, Aranzadi Thomson Reuters, 2018, pp. 241-253
- 14 Este hecho, procesalmente no requiere ningún presupuesto específico de procedibilidad; el proceso para su enjuiciamiento se incoa de oficio. No será anecdótico que ninguno de los cónyuges esté interesado en su anulación una vez desaparecida la causa de nulidad, pero que el proceso penal se incoe para sancionar al causante del matrimonio forzado ¿también en este caso el juez declarará la nulidad del matrimonio?

jero residente habitualmente en España o, alternativamente a este último supuesto, cuando la víctima, al tiempo de la comisión de los hechos tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España y además el presunto autor se encuentre dentro del territorio español. Pero nuestra competencia judicial internacional para conocer de los procesos de nulidad matrimonial exige que ambos cónyuges tengan residencia habitual en España al tiempo de iniciarse el proceso civil o, cuando sólo uno tenga esta residencia, que en España estuviera la última residencia común; o cuando la residencia habitual del demandado se encuentre en España (art. 22. quater LOPJ) Por lo que sería posible que tuviéramos competencia judicial internacional para conocer del proceso penal, pero no para conocer del proceso civil de nulidad matrimonial.

Y, existe otro obstáculo más: el hecho investigado en el proceso penal es la coacción o el miedo grave ejercido sobre alguno de los contrayentes para forzarlo al matrimonio. Conducta que puede realizar el otro contrayente o que pueden realizar terceros sobre ambos o sobre sólo uno de los contrayentes. En este último caso, la sentencia penal condenará al o a los terceros, mientras que ambos contrayentes ostentarían la condición de víctima.

Si tenemos en cuenta que este hecho es perseguible de oficio no tiene por qué resultar extraño que se inicie el proceso penal para el enjuiciamiento penal del hecho, que los cónyuges aparezcan como víctimas, pero que ninguno de ellos esté interesado en que se declare la nulidad del matrimonio ¿Deberá el Juez, aun así, declarar la nulidad? ¿Podrían ambos renunciar a esta declaración, puesto que el M.º Fiscal ejercerá esta pretensión civil de oficio, salvo reserva o renuncia?<sup>15</sup>.

En mi opinión no corresponde al Juez del proceso penal declarar la nulidad del matrimonio contraído a la fuerza<sup>16</sup>. Pero esto no tiene más alcance que afirmar que una vez finalizado el proceso penal con la sentencia de condena por el delito de «matrimonio forzado», el cónyuge interesado deberá acudir al Juzgado de Primera Instancia —si le corresponde a la organización judicial española— y presentar su demanda de nulidad matrimonial acompañándola de la sentencia dictada en el proceso penal y, el juez del proceso civil quedará vinculado a la declaración del penal sobre la falta de consentimiento, sobre la existencia de violencia cuando el matrimonio se contrajo por coacción<sup>17</sup>.

15 A lo que se añade, además, que en relación a la restitución, la doctrina mayoritaria entiende que de oficio y sin necesidad de ejercicio de la pretensión, habrá pronunciamiento expreso del Tribunal penal. *Vid.* GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo I, Bosch, 1947, pp. 581 y ss.

16 Los problemas derivados del matrimonio contraído por quién conforme a nuestro ordenamiento jurídico carece de capacidad —menores de edad— pueden ser aún mayores si conforme a su ley nacional, que es la que puede regular la capacidad para contraerlo (art. 8 CC), lo permite.

17 La sentencia penal se introducirá así en el proceso civil exclusivamente como elemento probatorio. No como productora de cosa juzgada prejudicial, ni tampoco como un hecho

## 2.5. La acreditación de la condición de víctima

La ley da un paso más para el establecimiento de diversos niveles de protección para las víctimas, no en atención a qué medidas sean las más adecuadas para ellas, sino en atención a qué tipo de conducta delictiva han padecido y, aún a pesar de haber sufrido la misma conducta delictiva, dependiendo de su sexo. Y solo a título de ejemplo, sirvan estos dos:

La modificación del art. 544.bis LECr ha introducido un último párrafo para permitir la autorización judicial de la utilización de dispositivos telemáticos para el control del cumplimiento de las medidas previstas en esta orden de protección cuando la víctima lo sea de alguno de los delitos previstos en el artículo 3 de la LO 10/2022.

Las medidas previstas en este precepto tienen por destinatarias a las víctimas de los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, torturas, integridad moral, trata de seres humanos, libertad (e indemnidad) sexual, intimidad, propia imagen, inviolabilidad del domicilio, honor, patrimonio, orden socioeconómico y relaciones familiares. De los anteriores, solo coinciden con los previstos en el artículo 3 de la LO 10/2022, los delitos contra la libertad sexual (y en su caso el homicidio subsiguiente a la violencia sexual).

Así, al ya dificultoso panorama de las diferentes medidas de protección específicas<sup>18</sup>, añadimos una nueva: de una parte, la ampliación de estas medidas para proteger a las víctimas de matrimonio forzado, mutilación genital femenina, y acoso con connotación sexual y, de otra, parece que sólo para estas víctimas podría autorizarse el uso de dispositivos telemáticos para constatar su seguimiento. ¿Para el resto de víctimas no?

El artículo 45 dispone que «todas las víctimas tendrán la consideración de víctimas de violencia de género a los efectos del programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo», lo que permitiría concluir que, entre las víctimas de violencia de género, aun cuando solo fuera a estos efectos, se incluirían también a los varones. Sin embargo, esta conclusión desaparece, pues, cuando se trata de acceder a las ayudas estatales previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, nuevamente quedan excluidos los varones mayores de

---

jurídico constitutivo de efectos civiles. Sobre la distinción, véase GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley...*, op. cit., pp. 190-197 y T. II, cit., pp.700-717; GONZÁLEZ MONTES, J. L.: «Distinción entre la cosa juzgada y otros efectos de la sentencia», en MONTERO AROCA, J. (dir.), *Efectos jurídicos del proceso (cosa juzgada, costas e intereses, impugnaciones y jura de cuentas)*, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 15, 1995, pp.111-136, especialmente p.117.

18 *Vid.* TORRES ROSELL, N.: *La tutela jurisdiccional frente a la violencia de género y doméstica*, Editorial Técnica Avicam, 2019, pp. 43 y ss. TORRES ROSELL, N.: «La desprotección de la víctima de los delitos de violencia de género durante la ejecución de la sentencia penal», en JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (dir.), *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, 2009, pp. 471-500, especialmente pp. 491-498.

edad, aunque hayan sido objeto de una violencia sexual, se hayan visto forzados al matrimonio o hayan sido objeto de trata con fines de explotación sexual o sean víctimas de homicidio subsiguiente al delito contra la libertad sexual<sup>19</sup>.

Lo que me interesa destacar ahora es cómo se acredita la condición de víctima de violencia sexual a los efectos de acceder a las distintas ayudas y medidas establecidas en la ley: modificación del puesto y de las condiciones de trabajo, acceso a las ayudas económicas (...).

Y esta acreditación —arts. 37, 40, 41— se realiza con la sentencia y con otra documentación que, en mi opinión no es en absoluto equiparable a ella: el informe de los servicios sociales, el informe de los servicios especializados en igualdad y contra la violencia de género, el informe de los servicios de acogida, documentos sanitarios (...).

¿Significa esto que se puede ser víctima de una violencia sexual sin que exista una sentencia en que así se declare? Si la sentencia penal tiene naturaleza constitutiva, además de declarativa de condena, porque no existe delito, ni delincuente hasta que el juez penal y en el proceso penal así lo declare, como tampoco hay víctima, hasta que el Juez así lo declara en el proceso penal ¿Se pueden obtener las ayudas y medidas previstas para las víctimas sin que se tramite el proceso penal?

Algunos, no todos, de los hechos tipificados como violencias sexuales no son perseguibles de oficio, sino sólo previa denuncia del ofendido. ¿Es posible por tanto que la víctima decida (por las razones que a su juicio sean oportunas) no provocar la incoación del proceso que podría desembocar en la condena del autor y en su adquisición del estatus de víctima, pero sí beneficiarse de las medidas de apoyo y protección a las víctimas?

No creo que, ni por el contenido ni por lo que presupone, pueda equipararse, ni siquiera a estos efectos, una sentencia con un informe redactado por los servicios sociales; ni siquiera con un informe sanitario.

Estos son algunos de los aspectos más llamativos, y cuestionables, de la LO 10/2022 que quería señalar antes de abordar un examen más profundo de tres de las modificaciones directas introducidas en la LECr.

### 3. Tres modificaciones directas de la LECr

La DF primera introduce de forma directa cinco modificaciones a la LECr:

La primera añade un nuevo párrafo al artículo 13 LECr, para permitir la adopción como primera diligencia de la retirada provisional de contenidos

<sup>19</sup> Véase el análisis de estas medidas en MAGRO SERVET, V.: «Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía de la libertad sexual», en *Diario La Ley*, n.º 10133, 2022.

ilícitos, la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan contenidos ilícitos y el bloqueo provisional de los contenidos y servicios cuando éstos radiquen en el extranjero.

La segunda introduce la posibilidad de revocación de la renuncia a la acción civil ex delicto en el nuevo párrafo 2 del actual art. 112 LECr.

La tercera añade un nuevo párrafo al art. 544.bis LECr para permitir que entre las medidas de protección de las víctimas de violencias sexuales pueda incluirse la utilización de dispositivos telemáticos que permitan controlar el cumplimiento de las medidas acordadas.

La cuarta, al modificar el apartado 3 del artículo 681 LECr intenta restringir la publicidad propia del acto del juicio oral para garantizar una mayor protección de la intimidad de las víctimas de violencias sexuales.

Y, en quinto lugar, con la nueva redacción dada al artículo 709.2 propicia la exclusión de las preguntas innecesarias que se refieran a la vida privada e intimidad sexual que carezcan de relevancia para el enjuiciamiento de los hechos objeto del proceso.

A dos de ellas ya me he referido, aunque brevemente. Ahora me propongo examinar cuál es la trascendencia y novedad que la modificación de los arts. 13, 112 y 709 LECr va a tener y qué beneficios reportarán a nuestro proceso penal.

### **3.1. Modificación del artículo 13 LECr: la nueva Primera Diligencia**

En su redacción actual el párrafo primero —hasta ahora único— del artículo 13 LECr define las primeras diligencias como las actuaciones que permiten «consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley».

Desde su redacción originaria hasta la actualidad este precepto ha sufrido tres modificaciones que han ido ampliando sucesivamente el contenido de las primeras diligencias. Así, la LO 14/1999, de 9 de junio, añadió entre estas primeras diligencias la posibilidad de que pudiera adoptarse también alguna de las medidas de protección que se incluían en el también nuevo artículo 544.bis LECr. Posteriormente, en su artículo 1, la Ley 27/2003, de 31 de julio, amplía nuevamente el contenido de estas primeras diligencias para permitir que también pueda acordarse la orden de protección regulada en su nuevo artículo 544.ter LECr. Y, por último, con esta nueva modificación, se faculta



para que como Primera diligencia pueda acordarse cautelarmente la retirada provisional de contenidos ilícitos, la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan contenidos ilícitos y el bloqueo provisional de los contenidos y servicios cuando éstos radiquen en el extranjero.

Creo que con todas estas reformas se ha ido desdibujando la naturaleza de las Primeras Diligencias tal y como fueron diseñadas por nuestra LECr y que, aunque el fondo de la modificación pudiera ser oportuno, la técnica legislativa utilizada no resulta adecuada a la naturaleza de la medida.

Hasta la modificación operada por la LO 14/1999 resultaba pacífico entender que el artículo 13 LECr contenía un mandato general sin destinatario determinado y que vinculaba a todo aquél que tuviera conocimiento de la noticia delictiva de carácter flagrante<sup>20</sup>. A estos efectos, la flagrancia se encuentra definida en la LECr como la conducta aparentemente constitutiva de una infracción penal que está a punto de cometerse, que se está cometiendo o que acaba de cometerse; y se amplía en este último caso para acoger también aquellos supuestos en los el presunto autor del hecho es perseguido o detenido inmediatamente después de cometido, si la persecución dura o no se suspende mientras el presunto autor no se ponga fuera del alcance de los perseguidores, así como cuando se sorprenda al presunto autor con efectos, instrumentos o vestigios de los que pueda presumirse que ha participado en la realización del hecho<sup>21</sup>.

En palabras de AGUILERA DE PAZ, la justificación se encuentra en *un motivo de urgencia (...) por la necesidad imperiosa de recoger cuanto antes las huellas del delito y las pruebas del mismo que puedan ser destruidas, para evitar por este medio que desaparezcan tales pruebas y con ellas la comprobación de la existencia del hecho justiciable ó cuando menos de determinados elementos informadores (...) como son las piezas de convicción, los instrumentos que sirvieron para la ejecución del indicado hecho y el cuerpo del delito; así como la no menos atendible necesidad de proveer á la identificación, captura y aseguramiento del presunto reo, para impedir su fuga y que con ella consiga sustraerse á la acción de la justicia, juntamente con el deber ineludible de dar con toda premura la debida protección a las personas víctimas del delito objeto del procedimiento ú ofendidas por él*<sup>22</sup>.

20 Si bien es cierto que GÓMEZ ORBANEJA situó este precepto más en línea con las posibilidades de actuación inmediata de la jurisdicción «ordinaria», aun cuando del hecho hubieran de conocer otros órganos en virtud del aforamiento del presunto autor del hecho, atendiendo fundamentalmente a su ubicación dentro de la LECr. GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley...*, op. cit., pp. 343-348.

21 Definición tomada del art. 795 LECr y parcialmente coincidente con el contenido del art. 553 LECr también referido a actuaciones policiales en caso de flagrancia.

22 AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo I, 1912, pp. 141-142.

Resulta de lo anterior que para esta autor, y aún a pesar de la ubicación del precepto dentro de la LECr, los destinatarios de estas Primeras Diligencias no eran exclusivamente los jueces, sino también el Ministerio Fiscal (en adelante M.º Fiscal) y los miembros de la Policía Judicial. Del mismo modo que en estrecha relación con el artículo 13 LECr habían de situarse las previsiones contenidas, entre otros, en los artículos 273, 282, 286, 287 o 293 LECr, en los que se regula la práctica, contenido y límites temporales de *actuaciones previas de naturaleza administrativas coloreadas de jurisdiccionalidad*<sup>23</sup> y de actuaciones judiciales ordenadas tras la inmediata adquisición de la noticia delictiva de carácter flagrante. Actuaciones que en uno y otro caso se realizan antes de que se haya incoado el proceso penal.

Es más, será el resultado obtenido con la práctica de estas Primeras Diligencias lo que permitirá al Juez acordar la incoación del proceso penal o denegar su procedencia, dependiendo de si con él se acentúa la duda sobre la tipicidad del hecho o, por el contrario, la hace desaparecer, independiente de la posible calificación jurídico penal concreta que pudiera merecer<sup>24</sup>.

El elenco de actuaciones que pueden practicarse como Primeras Diligencias no ha sido objeto de regulación expresa en este artículo 13 LECr hasta la anteriormente citada Ley Orgánica (en adelante LO) 14/99, pero eso no equivalía a que existiera un vacío legal sobre qué actuaciones podían legalmente llevarse a la práctica como primeras diligencias, sino que era comúnmente aceptado que eran admisibles cualesquiera de las diligencias de investigación reguladas en la LECr siempre que cumplieran con la finalidad de *dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, y detener en su caso a los reos presuntos*<sup>25</sup>. Y siempre, además que su práctica no exigiera la previa incoación del proceso penal.

---

23 Como las calificó PASTOR LÓPEZ, M.: *El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*, Universitat de València, 1979, p. 102.

24 Véase GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, pp. 343-348. Si bien es cierto que este autor situó este precepto más en línea con las posibilidades de actuación inmediata de la jurisdicción «ordinaria», aun cuando del hecho hubieran de conocer otros órganos en virtud del aforamiento del presunto autor del hecho, atendiendo fundamentalmente a su ubicación dentro de la LECr; MUÑOZ ROJAS, T.: «Notas sobre la jurisdicción y la acción en el ámbito del proceso penal», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 1, 1977, p. 174; TORRES ROSELL, N.: *La denuncia procesal...*, *op. cit.*, pp. 68-71. En esta línea también, si bien especialmente referido al ya derogado procedimiento penal para el enjuiciamiento de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, PUEBLA Povedano, A.: *Procedimiento de la Ley Orgánica 10/80 para el enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes (legislación, comentarios prácticos y formularios)*, Hesperia, 1982, pp. 103-106.

25 Esta era la redacción originaria del art. 13 LECr.

En este sentido, GÓMEZ ORGANEJA<sup>26</sup>, de una parte, remitía a las actuaciones policiales practicadas espontáneamente o por orden judicial para comprobar el hecho aparentemente delictivo, constatar la verdad de los hechos que no dejan señales permanentes de su perpetración, recoger y poner a disposición de la autoridad judicial los efectos, instrumentos o pruebas del delito que puedan desaparecer, descubrir a los presuntos autores, detenerlos en caso de flagrancia o cuando haya motivos fundados para temer su ocultación o fuga, las que autorizan los arts. 269, 273 y 282 LECr. Y también las que permite el art. 553 LECr o algunas de las reguladas en el 795 LECr en relación al procedimiento abreviado, directamente dirigidas a los agentes de policía<sup>27</sup>. Actuaciones que darán contenido al artículo 13 LECr, junto a las previstas en los artículos 278.2 o 282.2 LECr aplicables a los hechos cuya persecución judicial está condicionada por un óbice de procedibilidad, pero que requieren esta actuación inmediata aún antes de que se incoe el proceso penal.

De otra parte, este autor señalaba que respecto de las Primeras Diligencias judiciales, ordenadas por el Juez que ha conocido la noticia delictiva, eran de aplicación adaptándolas a su carácter preliminar, las reglas y actuaciones reguladas en los capítulos I y II del Título IV del Libro II LECr con las que se cumpliría la finalidad de *consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer*; las contenidas en los arts. 368 a 374 (diligencias reconocimiento del presunto autor y de acreditación de su identidad), lo harían con la finalidad de *identificar al delincuente*. Y excluía del contenido de estas Primeras Diligencias, todas aquellas actuaciones que exigieran previamente la incoación del proceso penal y que estuvieran referidas a actos procesales que solo pudiera realizar el Juez «competente» y todas aquellas que supusieran dirigir la investigación frente a persona concreta y determinada.

La inclusión entre las Primeras Diligencias de la posibilidad de acordar alguna de las medidas reguladas en los artículos 544.bis y 544.ter LECr supuso un primer paso hacia otro concepto de Primeras Diligencias. Su adopción escapa de la reacción inmediata frente a la delincuencia, exige la incoación del proceso penal y se dirigen de forma evidente frente a persona determinada. Y lo mismo cabe señalar respecto de esta nueva Primera Diligencia, si bien la propia LO 10/22 puntualiza que estas actuaciones se realizarán en la instrucción, esto es, necesariamente, hoy por hoy, una vez que ha sido incoado el proceso penal.

El contenido de esta nueva «Primera Diligencia» no es desconocido para nuestro proceso penal. Son varios los preceptos incluidos en el Código Penal

26 GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley...*, op. cit., pp. 347-348.

27 No todas las actuaciones que este precepto atribuye a la Policía tienen naturaleza de Primeras Diligencias, del mismo modo que tampoco la tienen las establecidas en el art. 962 para los delitos leves. No constituyen una respuesta inmediata frente a la delincuencia, sino que constituyen ejemplos de dejación en manos de la Policía de actos que debería acordar el órgano judicial.

en los que se ha establecido expresamente la posibilidad de que el Juez pueda *acordar las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de uso y otros cuando radiquen en el extranjero*<sup>28</sup>.

Efectivamente, está expresamente prevista en el artículo 143.bis.2 respecto de los contenidos destinados a *promover, fomentar o incitar al suicidio de personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección*. En el artículo 156.ter.2 cuando tiendan a *promover, fomentar o incitar a la autolesión de personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección*. En el 189.8 cuando a través de aplicaciones de internet o de páginas Web se difundan o contengan *pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección*. En el artículo 189.bis cuando los contenidos estén *específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos previstos en este capítulo* (V Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores) *y en los capítulos II bis* (delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años<sup>29</sup>) *y IV* (delitos de exhibicionismo y provocación sexual). También en el artículo 361.bis, cuando los contenidos estén específicamente destinados a *promover o facilitar, entre personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las persona*. En el 578.4 párrafo 2, *respecto de las conductas de enaltecimiento o justificación pública de los tipos de los artículos 572 a 577, cometidos a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas*. 510.6 párrafo 2, *en relación con los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución*, si bien en este caso no se regula como medida cautelar durante la tramitación del proceso, sino como sanción penal.

28 La incorporación al CP se produjo con la DF sexta 12, 14, 23, 32 de la LO 8/20221, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. La previsión de los arts. 510.6.2 y 578, se introdujo por el artículo único.235 de la LO 1/2015, de 30 de marzo y el único de la LO 2/2015 de 30 de marzo, respectivamente.

PLANCHADELL GARGALLO, A., realiza una clara y breve síntesis de las reformas introducidas con esta nueva ley, en «Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Cuestiones penales y procesales», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 63, 2021.

29 Capítulo II bis introducido por LO 5/2010, de 22 de junio, se modifica su rúbrica por LO 1/2015, de 30 de marzo y se suprime por DF cuarta nueve LO 10/2022, precisamente, por lo que lo dispuesto en este precepto ¿deberá entenderse referido al actual Capítulo II —de las agresiones sexuales a menores de dieciséis años—?

Con esta última reforma, creo que se introduce acertadamente la posibilidad de acordar con carácter cautelar estas medidas, sin circunscribirlas a fenómenos delictuales concretos, considerando además que, si estas medidas pueden adoptarse administrativamente, no hay argumento que pueda excluir que puedan adoptarse judicialmente y en un proceso penal. Al contrario, permitirá su adopción en cualquier proceso penal, cualquiera que sea el hecho que se está investigando siempre que se cometa «a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación»<sup>30</sup>, una vez que las posibles medidas policiales de naturaleza preventiva hayan fracasado<sup>31</sup>.

El desacierto legislativo radica, en mi opinión en su ubicación. Su incorporación a la regulación del proceso penal no debe ser entre las Primeras Diligencias, sino, como una diligencia de investigación o, aún más acertadamente, entre las medidas cautelares específicas que pueden adoptarse durante la tramitación del proceso penal.

30 Acerca de la amplitud de conductas a las que estas medidas podrían adoptarse, BARRIO ANDRÉS, M.: «El régimen jurídico de los delitos cometidos en internet en el derecho español tras la reforma penal de 2010», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 27, 2011; del mismo autor, más reciente: «Hacking, cracking, grooming y otras conductas ilícitas en internet en el Código Penal español», *La Ley Penal*, n.º 121. Sección Legislación aplicada a la práctica, 1 julio a 1 agosto 2016, *La Ley* 5984/2016; ÉCIJA BERNAL, A.: «Principales conductas antisociales de Internet. Análisis y propuestas de solución (I)», en *Diario La Ley*, n.º 8956, 2017; URBANO CASTRILLO, E.: «Los delitos informáticos tras la reforma del CP de 2010», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2011; del mismo autor «El acoso y la delincuencia informática», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, 2018, para quien son delitos informáticos, *los stricto sensu (intrusión en equipos ajenos, revelación de contenidos albergados en programas y archivos informáticos, fraudes, falsificación informática, daños a los elementos lógicos del sistema) y también todos los que encuentran en la red su medio comisivo, entre las que incluye vejaciones, amenazas, ciberterrorismo, delitos contra la libertad sexual*; MONTERO JUANES, F. J.: «Internet. Responsabilidad civil y penal. Legislación», en *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, n.º 34, 2002, pp. 148-167.

31 ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, señalaba, ya en el año 2015, que sistemas como como CIR-CAMP (Internet Related Child Abusive Material Project), creado por la policía noruega y británica en colaboración con Europol e Interpol, ya en funcionamiento en Dinamarca, Bélgica, Francia, Irlanda, Italia, Malta, Polonia, Suecia, Holanda, Nueva Zelanda y Alemania (ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B.: «El delito de pornografía infantil», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, Aranzadi, 2015). Este sistema, al igual que el Sistema Baseline, del que da cuenta la web de Interpol, permite bloquear sitios web con imágenes de menores y, en su caso, enviar automáticamente los datos de los usuarios a una página de la Policía. La eficacia de estos sistemas, que no implican el cierre de la Web, sino tan solo la elaboración de listas de bloqueo, es cuestionable pues siguen permitiendo el acceso a la Web y porque suponen un alto riesgo de que lleguen a convertirse en censuras encubiertas y ajenas a cualquier control jurisdiccional. Véase también DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho Privado de Internet (Estudios y Comentarios de Legislación)*, Civitas, 4.ª ed., 2011, obra en la que, además, analiza algunas de las medidas «privadas» que podrían ayudar al bloqueo de los contenidos nocivos y de las actividades ilícitas, así como las posibles objeciones al establecimiento de tales medidas. Y en la misma línea, MONTES DE OCA RODRÍGUEZ, D.: «El delito de aproximación a menores con fines sexuales a través de las tecnologías de la información y comunicación», en *Diario La Ley*, n.º 9762, 2020.

No estamos realmente ante una diligencia de investigación que tiende a reproducir procesalmente un hecho producido con anterioridad al proceso<sup>32</sup>; pero tampoco en puridad ante una medida cautelar<sup>33</sup>, aunque prediquemos de ellas todos y cada uno de los caracteres, presupuestos, requisitos y condiciones de las medias cautelares<sup>34</sup>. Teniendo en consideración, además, de que con su adopción cautelar durante el proceso, se garantiza (y no solo indirectamente) la efectividad de la sentencia de condena que pueda dictarse, pues resultaría gravemente afectada si no se evita que durante la tramitación del propio proceso siga cometándose la conducta que pretende enjuiciarse y sancionarse<sup>35</sup>.

Y, por otra parte, la adopción de estas medidas durante la tramitación del proceso requiere, no solo la previa incoación del proceso penal, sino que únicamente podrán llevarse a efecto una vez que el Juez haya autorizado la incautación y revisión del medio instrumental utilizado para cometer los hechos<sup>36</sup> y para poder hacerlo son muchos los interrogantes que el Juez debe primero despejar: delimitar quién es el autor de la acción delictiva, identificar su dirección IP, la identificación del titular de la línea o conexión a la que dicha IP (que requerirá que el Juzgado requiera a los proveedores del acceso a internet para que le comuniquen todos los datos que puedan conducir a su

32 Declaraciones testificales, dictámenes periciales, intervenciones telefónicas, registros (...)

33 Las medidas cautelares son trabas físicas o jurídicas que se adoptan durante el proceso de declaración con la finalidad de asegurar la efectividad de una potencial y futura sentencia estimatoria. En el proceso penal siguen el mismo régimen que las cautelares medidas cuya finalidad no es esa garantía, sino evitar que la investigación pueda frustrarse por actuaciones del investigado o de personas allegadas a él; propiciar que la propia sentencia pueda llegar a dictarse; evitar que durante la tramitación del proceso pueda agravarse la situación de la víctima o pueda ser objeto de una reiteración delictiva. En este grupo es donde deben ubicarse las medidas de protección y seguridad (al igual que ocurre con la prisión provisional). Medidas que no son desconocidas en el proceso civil y que han merecido el calificativo de «medidas anticipativas», porque son tan similares a las que podrían acordarse en la sentencia que casi suponen una ejecución anticipada de las acordadas en una sentencia que ni se ha dictado. ORTELLS RAMOS, M: «Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1.428 LEC», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 1, 1989, pp. 43-72.

34 Jurisdiccionalidad, instrumentalidad y proporcionalidad, pendencia, provisionalidad, homogeneidad, *Fumus boni iuris, periculum in mora*.

35 Conjura de riesgos que tampoco es extraña en nuestro proceso. Basta para comprobarlo la lectura de algunas de las medidas cautelares adoptables en el proceso civil y que responden a similar finalidad (suspensión de la emisión de programas televisivos en tanto se determina si ha existido o no un acto de competencia desleal; incautación y prohibición de distribución de libros, objetos, etc. durante la tramitación del proceso por contravenciones a la propiedad intelectual o industrial; fijación de pensiones alimenticias durante el proceso para reclamar la filiación; suspensión de la obra nueva en tanto se tramita el proceso sobre existencia o no de servidumbre de vista; etc.)

36 *Vid.* PORTAL MANRUBIA, J.: «La incorporación de los dispositivos de almacenamiento masivo en el procedimiento penal», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2019.

identificación); todo esto teniendo en cuenta que además son abundantes las técnicas existentes para enmascarar o manipular esta dirección IP<sup>37</sup>.

Su inclusión en la LECr, entre las medidas cautelares hubiera supuesto, además, la ventaja adicional de regular conjunta y coherentemente previsiones ya incluidas en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido ZARAGOZA TEJADA<sup>38</sup> considera que estas medidas están ya previstas en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información de comercio electrónico. En efecto, su artículo 8 regula las restricciones que pueden acordarse a la prestación de servicios y, entre las causas que pueden determinarlas, incluye la investigación penal, el respecto a la dignidad de la persona, al principio de no discriminación, la protección de la juventud y de la infancia (entre otras).

Y, tras su reforma por la DF primera de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, el artículo 11.4, párrafo segundo, atribuye a los jueces y tribunales la posibilidad de acordar *de conformidad con la legislación procesal, motivadamente, y siempre de acuerdo con el principio de proporcionalidad, cualquiera de las medidas de restricción o interrupción de la prestación de servicios o de retirada de datos de páginas de internet* previstas en esta ley cuando resulte necesario para proteger los derechos de la víctima o grupos o personas discriminadas.

### 3.2. Modificación del art. 112 LECr: la revocabilidad de la renuncia a la acción civil *ex delicto*

Desde su promulgación, nuestra LECr articuló el ejercicio conjunto de la acción civil *ex delicto* y de la acción penal. Acumulación heterogénea de objetos procesales que se produce de oficio desde el inicio del proceso y que, con independencia de que el titular del derecho a la reparación, la restitución

37 BARRIO ANDRÉS, M.: «Hacking, cracking...», *op. cit. Vid.* También SÁNCHEZ BRAVO, Á.: La regulación de los contenidos ilícitos y nocivos en Internet: Una propuesta desde la Unión Europea», en *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de derecho informático*, n.º 27-29, 1998, pp. 361-388, en especial 371 y ss.; ÉCIJA BERNAL, A.: «Principales conductas antisociales...», *op. cit.*, quien realiza un interesante análisis de los retos de la investigación y sanción de las conductas ilícitas cometidas a través de internet; ESLAVA RODRÍGUEZ, M.: «El locus delicti commissi en los ilícitos contra la vida privada cometidos a través de internet», en *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, n.º 43, 2002, pp. 14-38; MORENO ACEVEDO, R.: «La pornografía infantil: especial referencia al delito de distribución pornográfica [art. 189.1 b) CP]», en *La Ley Penal*, n.º 149, 2021, que realiza un interesante análisis de las dificultades probatorias de estas conductas cuando se realizan a través de programas informáticos que permiten la descarga de cualquier archivo.

38 ZARAGOZA TEJADA, J. I.: «Nuevos fenómenos criminales: la puesta a disposición, a través de las redes, de material apto para incitar al suicidio y a la autolesión a menores de edad e incapaces, y el delito de stalking», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2021.

o la indemnización<sup>39</sup>, desee mostrarse parte, civil, penal o civil y penal, en el proceso, se atribuye también de oficio al M.º Fiscal.

Con la modificación introducida en el art. 112 LECr, al incorporar un nuevo párrafo segundo, conforme al que, a pesar de su renuncia a la pretensión civil, se faculta al perjudicado para revocar su anterior decisión (esto es, actuar en contra de sus propios actos) y continuar (o incorporarla *ex novo*) con el ejercicio de la pretensión civil en el proceso penal.

Como señala MUERZA ESPARZA<sup>40</sup>, resulta llamativo que la modificación no se circunscriba a la renuncia a la pretensión civil derivada de las conductas objeto de la Ley de Garantía integral de la libertad sexual. Más aún tras la lectura del breve párrafo que le dedica el Preámbulo de la Ley, puesto que justifica esta *relevante incorporación* en que *los efectos del delito habitualmente son más graves de lo previsto inicialmente*. Por el contrario, dada la redacción aprobada por el Congreso y el Senado, se abre con carácter general esta revocación de la renuncia, cualquiera que sea el hecho sancionado penalmente que se esté investigando.

Pero creo que son bastantes más los aspectos llamativos de la figura que se ha incorporado.

### 3.2.1. Régimen procesal de la pretensión civil ejercida en el proceso penal

El régimen procesal de esta pretensión civil acumulada presenta, sin duda, sus diferencias con el que tendría si se ejerciera en un proceso civil autónomo, independiente y siempre posterior a la finalización del proceso penal

39 Para su contenido y, en su caso, distinción, GÓMEZ ORBANEJA, E: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo II, Bosch, 1951, pp. 317 y ss., especialmente, 353-367.

En todo caso y con relación a las violencias sexuales a las que se refiere esta LO 10/2022, la reparación de la víctima comprende la indemnización necesaria para la completa recuperación física, psíquica y social (...) —art. 52— que en todo caso comprenderá la satisfacción económica evaluable del daño físico y psicológico, el daño moral y el daño a la dignidad; la pérdida de oportunidades educativas, laborales y de prestaciones sociales; los daños materiales, la pérdida de ingresos y el lucro cesante; el daño social y el tratamiento terapéutico, social y de salud mental y reproductiva —art. 53—. Indemnizaciones a las que se hará frente con los fondos que resulten de la ejecución de los bienes, efectos y ganancias decomisados a los condenados por los delitos enumerados en el art. 127bis CP. Acerca del decomiso y sus problemas jurídico procesales, *vid.* GARRIDO CARRILLO, F. J.: «Destrucción y realización anticipada de efectos judiciales», MORILLAS CUEVA, L. (dir.): *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, 2015, pp. 975-999; y del mismo autor, «Novedades en la destrucción y realización anticipada de efectos judiciales», en DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. / VEGAS TORRES, J. (coords.); DE LA OLIVA SANTOS, A. (hom.), *Derecho, Justicia, Universidad: liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, vol. 1, 2016, pp. 1311-1328.

40 MUERZA ESPARZA, J.: «Sobre la renuncia a la acción civil en el proceso penal», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 989, 2022.



en el que se hubiera enjuiciado el hecho del que el derecho a la reparación, restitución e indemnización hubiera podido nacer (*hasta que el proceso penal finalice con una sentencia firme*, dice el artículo 111 LECr). Pero su contenido, su naturaleza y su carácter dispositivo no varían cualquiera que sea el proceso en el que se ejerza esta pretensión reparatoria, restitutoria o indemnizatoria<sup>41</sup>.

Cuando la pretensión civil a la reparación, restitución o indemnización de los daños y perjuicios se acumula al proceso penal en el que se están enjuiciando los hechos que constituyen su «causa petendi», se producen ciertas alteraciones de los principios jurídico-técnicos respecto de los propios del proceso civil derivados del carácter dispositivo del derecho que se ha de aplicar para su enjuiciamiento:

El enjuiciamiento de la pretensión civil no se produce sólo si quien dice ser el titular del derecho a la reparación, restitución o indemnización ejerce la pretensión; es más, cuando se acumula al proceso penal, realmente se establece un principio de oportunidad «negativa»: la pretensión civil se acumulará siempre, salvo que el perjudicado manifieste su voluntad de reservarse su ejercicio para un proceso civil posterior o su voluntad de renunciar a su contenido. Decae por tanto el principio de oportunidad que regiría la incoación del proceso civil en el que se ejerciera esta pretensión. Su enjuiciamiento a través del proceso penal no requiere que quién afirma haber sufrido la desposesión o pérdida o los daños a consecuencia directa de la realización del hecho provoque su acumulación al proceso penal. Esta acumulación se producirá de oficio y al perjudicado le queda únicamente la facultad de excluirla, bien por extinción —por su renuncia—, bien por reservarse su ejercicio para un proceso civil posterior.

Es más, iniciado un proceso civil en el que quien ha sufrido la desposesión o pérdida o los daños pretenda su restitución, su reparación o su indemnización, el Juez del proceso civil deberá remitir el paso de tanto de culpa al competente del orden penal<sup>42</sup> cuando de la fundamentación de la demanda se desprenda que los hechos pudieran ser constitutivos de ilícito penal. E incoado el proceso penal —en el que se acumulará de oficio la pretensión civil—, deberá suspenderse el proceso civil ya incoado (ex. art. 40.1.1.<sup>a</sup> LEC)<sup>43</sup>.

41 Además de GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley...*, op. cit. (Tomo II); véase FONT SERRA, E.: *La acción civil...*, op. cit., especialmente pp. 9-19.

42 Que deba comunicar esta circunstancia al M<sup>o</sup> Fiscal para que éste pueda ejercer la acción penal a través de la querrela, no excluye el deber del Juez del proceso civil de dar traslado de la noticia delictiva al Juez penal competente. Vid. TORRES ROSELL, N.: *La denuncia procesal...*, op. cit., pp. 516 a 522.

43 Eso, sin olvidar que también concurrirá la circunstancia 2.<sup>a</sup> del mismo precepto, pues si la sentencia penal es absolutoria por inexistencia del hecho, su influencia decisiva en la resolución del asunto civil, resulta evidente, a tenor de lo que dispone el art. 116 LECr.

La única excepción se encuentra en relación a la restitución, que, a tenor del art. 635 LECr, no requiere ejercicio expreso de la pretensión; ni siquiera por el M.º Fiscal, sino que, por el contrario, el Juez de oficio debe proceder a la restitución, a la anulación de determinados efectos civiles derivados del hecho y a que se restaure la situación jurídica o fáctica existente con anterioridad a su realización (art. 635 LECr). En palabras de CARNELUTTI, *la restitución consiste en la subordinación forzosa de aquel interés mismo que sería subordinado si el mandato de la ley en vez de violado, fuera obedecido*<sup>44</sup> y, como señaló GÓMEZ ORBANEJA<sup>45</sup>, la declaración de este derecho no depende de la existencia de culpa, el obligado a la devolución no tiene por qué ser el propio autor del hecho, sino que lo será quien posea la cosa que debe ser restituida, aun cuando la haya adquirido de buena fe, salvo los casos en los que haya devenido irreivindicable (art. 111 CP). En este último caso, habrá que ejercer la pretensión para su reparación; y también cuando la cosa haya sufrido daños, deterioros y menoscabos que deberán resarcirse.

Se produce un claro supuesto de legitimación extraordinaria<sup>46</sup>: el ejercicio de la pretensión civil se atribuye al M.º Fiscal; si el perjudicado decide no ejercerla y también si decide hacerlo, incluso de forma independiente a cómo la ejerza el M.º Fiscal<sup>47</sup>.

Al menos durante la fase de instrucción no es imprescindible que los actores civiles (M.º Fiscal y actor civil) incorporen al proceso los hechos de los que dependerá el reconocimiento y cuantía del derecho a ser restituido, resarcido o indemnizado. Se produce por tanto una quiebra del principio de justicia rogada descrito en el art. 216 LEC. Las diligencias de investigación ordenadas para la comprobación del hecho aparentemente delictivo y su autoría, aportarán e incorporarán al proceso los elementos objetivos y subjetivos que configurarán la pretensión civil.

44 CARNELUTTI, F.: *Lecciones sobre el proceso penal*, Tomo II (trad. SENTIS MELENDO), Olejnik Ediciones, 1950, pp. 103 y ss.

45 GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley...*, op. cit. (Tomo II), pp. 328, 348-351.

46 El Mº Fiscal no actúa «en representación»; no ejerce en nombre ajeno un derecho ajeno. Tampoco se trata de un supuesto de legitimación ordinaria (no ejerce en nombre propio un derecho propio); ni tampoco de un supuesto de sustitución. Se trata de un supuesto de legitimación extraordinaria en virtud que lo convierte en parte formal, sin poder alguno de disposición sobre el derecho del perjudicado. La justificación de esta legitimación extraordinaria se encuentra, en palabras de GOMEZ ORBANEJA, en una subrogación; se intentan vencer las consecuencias de una posible inacción del titular, pero el resultado del proceso incide directamente en la esfera jurídica y patrimonial del «sustituido» (GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley...*, op. cit. (Tomo II), p. 375. MUÑOZ ROJAS, T.: «Parte y justa parte en el proceso civil», en *Revista de Derecho Judicial*, n.º 4, 1960, pp. 48-70.

47 Lo que aparta esta figura de los supuestos de representación y también de los supuestos de sustitución. MONTERO AROCA, J.: *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, 2006, pp. 331 y ss.; 339 y ss.; y 425 y ss.

La tramitación íntegra del proceso penal no siempre culminará con una sentencia que se pronuncie sobre el objeto civil acumulado.

Puesto que el Juez penal tiene competencia adhesiva, como la califica FONT SERRA<sup>48</sup>, *secundum eventum litis*, para conocer del proceso civil acumulado, solo puede pronunciarse sobre éste, estimando o desestimando la pretensión civil, cuando existe previamente una sentencia penal condenatoria. De ahí que —salvo lo señalado sobre la restitución— no habrá pronunciamiento sobre la pretensión civil en ninguno de los casos en los que el proceso penal finalice con un auto de sobreseimiento, ya sea libre, ya provisional, o, como norma general, con la sentencia absolutoria<sup>49</sup>.

### 3.2.2. Admisibilidad y eficacia de los actos de causación respecto de la pretensión civil acumulada al proceso penal<sup>50</sup>. Especial atención a la renuncia

Como consecuencia de que la pretensión civil acumulada al proceso penal la ejerce de oficio el M.<sup>o</sup> Fiscal, el desistimiento del actor civil ni afecta a la continuación del juicio, ni deja imprejuzgada la pretensión civil; no excluye del proceso penal su enjuiciamiento. Únicamente supone que el actor civil se «aparta» de ese proceso que seguirá con el ejercicio de la pretensión civil por el M.<sup>o</sup> Fiscal —ex artículo 110, párrafo 2 y 112, párrafo 1 LECr— y que, si finalmente se llega a la sentencia de condena penal, se producirá el pronunciamiento sobre la pretensión civil con plenos efectos de cosa juzgada material negativa, impidiendo que pueda existir un proceso

48 FONT SERRA, E.: *La acción civil...*, *op. cit.*, p. 19.

49 Aunque constituyen una excepción, casi que son más los supuestos que se apartan de esta norma general: si la sentencia penal es absolutoria por apreciación de la eximente de anomalías o alteraciones psíquicas que impidan al autor comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión —art. 20.1.º CP—, estado de intoxicación plena por la ingesta de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas (...) —art. 20.2.º CP—, alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia (...) —art. 20.3.º CP—, estado de necesidad —art. 20.5.º CP— y miedo insuperable —art. 20.6.º CP—, o por apreciación del error invencible —art. 14 CP—. *Vid.* MUÑOZ ROJAS, T.: «Jurisprudencia sobre el proceso penal», en *Revista de derecho procesal Iberoamericana*, 1981, pp. 268-270.

50 De los que son eficaces en el proceso civil y que predeterminan el contenido de la resolución judicial: Desistimiento y renuncia —propios del demandante—, allanamiento —propio del demandado—, admisión de hechos o llamada a terceros —de cualquiera de ellos—, sumisión a arbitraje o mediación, sumisión expresa a someter la cuestión a una organización judicial extranjera o a la competencia territorial, designación unánime de peritos, petición de que se decida el pleito sin práctica de prueba, petición de suspensión del proceso —que solo serán eficaces si responden a la voluntad conjunta de ambas partes—.

civil posterior con el mismo objeto o que deba ponérsele fin al que hubiera podido incoarse con carácter previo a la incoación del proceso penal<sup>51</sup>.

Tampoco es eficaz por sí misma la admisión de hechos. Indudablemente no lo es durante la fase de investigación, porque esta admisión no excluye el deber del Juez de investigar qué es lo que realmente ocurrió, cómo ocurrió y quienes fueron los implicados como presuntos autores o como presuntas víctimas. Y ese deber se extiende no solo al objeto penal del proceso sino también al objeto civil acumulado, a la fundamentación de la pretensión civil que es, no puede olvidarse, parcialmente coincidente con la fundamentación del *Ius Puniendi* y de la pena concreta que pueda llegar a imponerse.

No cabe duda que ya en el juicio oral el actor civil o el responsable civil podrían admitir los hechos alegados por la parte contraria como fundamento de su pretensión o de su defensa; sin embargo, esta admisión de hechos no tendría sin más la misma eficacia que tendría de haberse ejercido la pretensión en un proceso civil.

En el proceso civil, los hechos alegados por una parte y admitidos por la contraria, pasan sin más al relato de hechos probados y quedan excluidos de prueba<sup>52</sup>. Pero en el proceso penal la situación es bien distinta.

Si el presunto autor admite los hechos alegados como fundamento de la pretensión civil, estaría «conformándose», aunque fuera parcial e implícitamente, con los que son fundamento de la sanción penal. Por lo que esa admisión de hechos resultaría ineficaz y los hechos deberían ser objeto de prueba. Y lo mismo cabe afirmar en relación a una posible admisión por parte del actor civil de los hechos alegados por el presunto autor como fundamento de su defensa, negando los hechos constitutivos o introduciendo impositivos, extintivos o excluyentes<sup>53</sup>.

Y a lo anterior habrá que añadir otro inconveniente para reconocer eficacia directa a una posible admisión de los hechos fundamento de la pretensión civil: el responsable civil no es necesariamente el presunto autor del hecho; tampoco el actor civil es necesariamente la presunta víctima, por lo que no se comprendería cómo la admisión de hechos realizada por quien no es ni

---

51 Lo decidido en el proceso penal sobre la pretensión civil producirá plenos efectos de cosa juzgada material negativa impidiendo que pueda incoarse un proceso civil pretendiendo lo mismo, por la misma causa, aun cuando ahora la pretensión la ejerza el propio perjudicado, ex art. 222 LEC.

52 Están excluidos de la prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo cuando la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de las partes (art. 281.3 LEC). Admitidos los hechos, si la discrepancia se reduce a una cuestión jurídica, finalizada la audiencia previa, no se abre el juicio oral, sino que el Juez debe dictar la sentencia en el plazo de 20 días (art. 428.3 LEC).

53 Negación de los hechos descritos en la norma; negación de su carácter penal; negación de la participación; existencia de atenuantes o de causas de exclusión de la responsabilidad penal —que serían sus equivalentes respecto del objeto penal del proceso—.

víctima ni presunto autor podría excluir de la prueba y del enjuiciamiento jurisdiccional los hechos de los que depende la declaración del *Ius Puniendi*.

Y no olvidando lo anterior adquiere sentido la eficacia de la conformidad —allanamiento o admisión de hechos— sobre la pretensión civil, tal y como se encuentra regulada en la LECr<sup>54</sup>. En mi opinión, tan solo puede admitirse cuando el presunto responsable civil es también el presunto responsable penal. Y, cuando no exista esa coincidencia, la conformidad con la pretensión civil ha de partir de una previa conformidad con el contenido penal de los escritos de calificación o de acusación realizada por quién está siendo enjuiciado penalmente.

Y respecto de la renuncia, no cabe duda de que, prestada en el proceso civil o en el proceso penal, es eficaz (cfr. arts. 106 a 110 y 112 LECr).

No podía ser de otra manera pues a lo que se está renunciando es a un derecho —a ser restituido, indemnizado o reparado— privado, disponible, regido por la autonomía de la voluntad o, en su caso, se está renunciando a la pretensión ejercida, directa y personalmente o la ejercida cuando menos por el M.º Fiscal<sup>55</sup>. Y, respondiendo a esto, el derecho procesal establece los instrumentos, los actos procesales, que respaldan este carácter también en el proceso<sup>56</sup>.

La LECr no regula de forma exhaustiva esta renuncia, pero sí nos dice de forma clara y contundente cuál es su eficacia: su enjuiciamiento queda excluido del proceso (... , *el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables*, dice el art. 108). Y esto significa que, salvo que sea necesario para investigar penalmente el hecho conocer quién era el poseedor o propietario de lo que ha sufrido la conducta presuntamente delictiva, quién lo ha privado, y con qué intención, de su posesión o disfrute, si se han producido daños, patrimoniales o morales, o perjuicios y cuál sea su cuantificación económica, la investigación no se dirigirá a reproducir en el proceso penal estos hechos, por lo que el M.º Fiscal —ni ningún otro de los acusadores— podrán solicitar la práctica de diligencias que tiendan a su comprobación y por lo que, si aun así lo hicieran, el Juez instructor debe desestimar su petición por considerarla impertinente, en el sentido procesal del término<sup>57</sup>.

54 Arts. 655, 695, 697 y 700 para el procedimiento ordinario; 779.1.5.ª, 784 y 787, 800 y 801, para los abreviados y rápidos, que habrán de completarse con lo dispuesto para el ordinario; 803.bis.h, para el de aceptación por decreto del Fiscal.

55 De la OLIVA SANTOS expone de forma clara y contundente las diferencias entre una y otra posibilidad y sus consecuencias en orden a la pervivencia o no del derecho a la reparación e indemnización o restitución. DE LA OLIVA SANTOS, A.: «En torno a la renuncia del actor en el proceso civil», en VV. AA., *Escritos en homenaje a Prieto Castro*, Tomo II, Editora Nacional, 1979, pp. 622-626.

56 La «disponibilidad» del derecho sustantivo a la reparación, indemnización o restitución carecería de sentido si pudiera incoarse un proceso para restañar su vulneración o para su ejercicio, independientemente e incluso contra la voluntad de su titular.

57 Prueba que no guarda relación con lo que es objeto del proceso (art. 283 LEC).

Y la LECr, aparte de señalar en qué momento se instruye al perjudicado de su derecho a renunciar a la pretensión civil que puede acumularse al proceso penal, no establece un régimen procesal específico. Lo que no significa que exista un vacío legal, sino que deberemos acudir al Código Civil y a la LEC para completar supletoriamente su regulación (ex. art. 4 LEC y para todos los procesos, penales, contencioso-administrativos, laborales y militares), con mayor motivo si, como es el caso, nos encontramos ante un acto de causalización sobre una pretensión civil, fundada en la existencia de un derecho dispositivo y regido por la autonomía de la voluntad.

Para que surta eficacia ¿qué exige la LEC? ¿Qué puede trasladarse de esta regulación a la renuncia a la acción civil *ex delicto* ejercida en el proceso penal?

En primer lugar, su destinatario ha de ser el Juez que está conociendo del proceso. La eficacia procesal no podrá producirse, al menos no directamente, si el perjudicado renuncia ante la policía o (hoy por hoy) ante el M.º Fiscal<sup>58</sup>.

La renuncia manifestada ante otra autoridad o funcionario distinto del Juez que está conociendo del proceso o manifestada privadamente, se encuentre o no también documentada, será eficaz, pero entrará en el proceso como un hecho extintivo de la responsabilidad civil o, en todo caso, como un hecho excluyente. Deberá ser alegado y probado y, en su caso, determinará una sentencia desestimatoria de esta pretensión, como consecuencia del efecto extintivo de la renuncia al derecho (o de su condonación) o, en su caso, como consecuencia de la voluntad del perjudicado de no ejercer jurisdiccionalmente la satisfacción de este derecho. Y en cualquier caso conforme a las disposiciones del CC.

En segundo lugar, cualquier momento del proceso es hábil para renunciar —en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de la sentencia (art. 19.2 LEC), aunque creo que la respuesta judicial tendrá distinto contenido según el momento del proceso penal en el que se produzca la renuncia.

En tercer lugar, la renuncia puede afectar bien a la pretensión ejercida bien al derecho en el que funda esta pretensión (art. 20 LEC). Estaríamos en el primer caso si el perjudicado hubiera ejercido ya la pretensión civil en el proceso penal y posteriormente renunciara a ella; en el segundo nos encontraríamos ante un perjudicado que, incluso sin haberla ejercido, renuncia a

---

58 En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA SANTOS, A. / ARAGONESES MARTÍNEZ, S. / HINOJOSA SEGOVIA, R. / MUERZA ESPARZA, J. / TOMÉ GARCÍA, J. A.: *Derecho Procesal Penal*, 8.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, 2007, pp.245-247. CORDÓN MORENO, F.: «Comentario al art. 20 de la LECiv. Renuncia y desistimiento», en ARMENTA DE U, T. / CORDÓN MORENO, F. / TAPIA FERNÁNDEZ, I. / MUERZA ESPARZA JULIO, J., *Grandes Tratados. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Aranzadi, 2011.

su derecho a la restitución, a la reparación o a ser indemnizado. Pero, en cualquiera de los dos supuestos, la eficacia inmediata es la exclusión de la pretensión civil del proceso penal<sup>59</sup>.

En cuarto lugar, ahora acudiendo al artículo 6 CC, la renuncia sólo será válida cuando no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros; si no contraviene una norma imperativa o prohibitiva; si no persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él; además su invalidez puede derivar también de una norma jurídica que haya limitado o condicionado su eficacia para casos concretos<sup>60</sup> o cuando el acto de renuncia resulte nulo debido a que se realizó bajo coacción, amenaza o violencia conforme a las normas del CC<sup>61</sup>.

En quinto lugar, ha de ser expresa, clara, terminante e inequívoca e incondicionada<sup>62</sup>. Corresponde al Juez (y también al M.º Fiscal) no solo constatar el carácter dispositivo del derecho al que se renuncia, no solo si esta renuncia está encubriendo un perjuicio a terceros, un fraude de ley, una lesión a un interés o al orden público, sino también la posible concurrencia de vicios en la realización de este acto unilateral de extinción del derecho a la reparación, restitución e indemnización, antes de responder judicialmente declarando su eficacia conforme al CC y a la LECr o, en otro caso, negando su eficacia y continuando con la acumulación heterogénea del objeto civil, al proceso penal.

Y, por último, en sexto lugar, es un acto irrevocable. Es un acto unilateral de declaración de voluntad que no requiere la conformidad de la parte contraria y que produce sus efectos desde el mismo momento en que se realiza —ya sea oralmente o por escrito— y una vez constatada su admisibilidad legal (el carácter dispositivo de aquello a lo que se renuncia) y su realización conforme a sus requisitos materiales (art. 6.2 CC) procesales (arts. 19 y 20 LEC) específicos.

Y esto es lo que se ha alterado con la introducción de este nuevo párrafo en el art. 112 LECr: el carácter irrevocable, e implícitamente también se suprime el principio de igualdad de partes.

59 Cuestión distinta será determinar qué eficacia tiene esta renuncia respecto de los intentos de incoar un proceso civil para su enjuiciamiento jurisdiccional, debido a que, como seguidamente señalaré, la respuesta judicial puede no ser la misma que en el proceso civil. *Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A.: «En torno a la renuncia...», op. cit., pp. 619 y ss.*

60 Que deberá estar suficientemente motivada en virtud de los especiales intereses que se pretenden proteger con esta limitación. Baste como ejemplo todos los supuestos excluidos del poder de disposición, la renuncia sobre la legítima futura (art. 816 CC), sobre el derecho a alimentos (art. 151 CC), en los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores —art. 751 LEC o aquéllos otros en los que se requiere para su validez la renuncia de todas las partes.

61 GOMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios...*, T. II, cit., pp. 590-591

62 CORDÓN MORENO, F.: «Comentario al art. 20 de la LECiv...», *op. cit.*

### 3.2.3. Las causas de revocabilidad de la renuncia

El nuevo párrafo del art. 112 LECr únicamente contempla dos causas para que pueda revocarse la renuncia ya manifestada:

**a) Que el dañado o perjudicado considere que las consecuencias del delito son más graves que las que se preveían en el momento en que se renunció al derecho a la reparación o indemnización**

Cohherentemente con la breve justificación contenida en el Preámbulo de la LO 10//2022, se ha intentado resolver un problema fáctico que legalmente es inexistente y, por otra parte, su regulación resulta incongruente.

A diferencia de lo que ocurre en el proceso civil (de lo que ocurriría si la pretensión se ejerciera en éste), el objeto del proceso penal no queda delimitado desde el inicio del proceso.

En el civil, es el actor quién lo delimita con la identificación de los sujetos (él como perjudicado y el responsable civil), del *petitum* (la concreta petición que realiza —a la restitución, a la entrega de una cosa igual a la dañada, a la reparación de los daños y perjuicios que ha sufrido) y de la *causa petendi* (los hechos que se consideran el origen y causa del derecho a la restitución, reparación e indemnización). El demandado, contribuirá a esta delimitación si hace algo más que limitarse a negar los hechos constitutivos, introduciendo en el proceso hechos impeditivos, extintivos y excluyentes. Por tanto, aunque no existe término inicial para que la renuncia del actor pueda producirse, lo habitual será que se produzca como muy pronto una vez contestada la demanda; y aunque tampoco existe término final, lo habitual será que se produzca antes de que recaiga sentencia (aunque conforme a lo que dispone el art. 20 LEC, también es posible que se realice este acto durante la tramitación del recurso; e indudablemente también durante el proceso de ejecución, aunque ahora ya se está renunciando a algo distinto, porque es distinta la pretensión que se ejerce en el proceso de declaración y la que se ejerce en el de ejecución).

En cualquier caso, el efecto inmediato de la renuncia es la emisión de la sentencia y su contenido: la sentencia será desestimatoria de la pretensión del actor. Es una sentencia que se pronuncia sobre el fondo —aunque en ella no haya enjuiciamiento jurisdiccional— y que producirá plenos efectos de cosa juzgada material, positiva o prejudicial y negativa o excluyente.

No obstante, en el proceso penal la delimitación del objeto, también del civil acumulado, se realiza de forma escalonada.

Al inicio del proceso no tienen por qué conocerse aún sus elementos identificadores: la identidad del perjudicado, la identidad de los responsables, el título jurídico que les obliga a restituir o a reparar e indemnizar, la relación



de los daños y perjuicios o la cuantía indemnizatoria irán delimitándose (o desdibujándose) a medida que avance la investigación del hecho<sup>63</sup>.

Gráficamente GÓMEZ ÓRBANEJA hablaba de que la que se acumula al proceso penal es una «pretensión en blanco», no sólo porque el Juez o Tribunal hubiera de resolver en la sentencia todas las cuestiones civiles que fueron objeto del juicio, sin que puedan trasladarse los requisitos de congruencia predicables en el proceso civil<sup>64</sup>, sino y fundamentalmente porque su delimitación se realiza escalonada y paralelamente a la identificación del objeto penal a enjuiciar. Y no quedará perfectamente delimitado hasta que se dicte el auto de conclusión del sumario o de las diligencias previas<sup>65</sup>.

Esta es la razón por la que, creo que si la renuncia a la pretensión civil se produce durante la fase de investigación, el Juez no se pronunciará sobre ella. El efecto procesal inmediato no será el previsto en el artículo 20 de la LEC, la emisión de la sentencia desestimatoria de la pretensión civil, sino sólo, que no es poco, la exclusión del objeto civil del proceso penal. Y si la

63 El desarrollo de esta idea puede verse en GOMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley...*, *op cit.* (Tomo II), pp.372, 376 y 378.

64 GOMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley...*, *op cit.* (Tomo II), pp.583-584

65 Son doctrinalmente diversos los momentos procesales, los actos procesales con los que, según cada autor, queda delimitado el objeto del proceso y las diferencias tienen su origen en la perspectiva desde la que se enfoque: si se analiza la posibilidad de introducir hechos nuevos que contribuyan al enjuiciamiento del delito continuado, del concurso real, ideal, permanente; desde la perspectiva de la cosa juzgada, de la congruencia. En mi opinión, la delimitación definitiva del objeto del proceso no se produce con la querrela, ni con el auto de procesamiento o de inculpación. Tras la querrela, que puede ser el acto que provoque la incoación del proceso, porque seguirán practicándose diligencias que permitan delimitar los elementos subjetivos, objetivos y circunstanciales del hecho a enjuiciar y por tanto se incorporaran al proceso; tampoco con el auto de inculpación o de procesamiento, porque este auto es el que convierte formalmente a una persona concreta en parte pasiva del proceso penal y debe dictarse en cuanto surjan indicios de criminalidad racionalmente suficientes para que su derecho de defensa sea realmente efectivo. Y tras dictarlo seguirán practicándose diligencias de investigación, como mínimo las que él pueda solicitar y su resultado se incorporará al proceso.

En mi opinión, la delimitación definitiva del objeto del proceso se produce en el momento en el que ya no pueden incorporarse más hechos, más elementos, más circunstancias a ese proceso. Tal y como está configurado el hecho en ese momento procesal es sobre lo que el Juez o el Tribunal acordarán el sobreseimiento libre o la apertura formal del acto del juicio. Y ese momento es el auto de conclusión de la fase de instrucción. La única posibilidad de introducir nuevos datos relevantes a ese proceso es a través de su petición de revocación (art. 627 LECr, para el ordinario por delitos; 780 LECr, para cualquiera de los abreviados). Superado este momento, las partes deben ceñirse en sus escritos de calificación —de acusación y defensa— a los hechos que resulten de la instrucción (art. 650 al que remite el 781 LECr) y, ya en la fase de juicio, sólo podrán incorporarse aquéllos hechos que, por resultar de retractaciones o revelaciones inesperadas, supongan alteraciones sustanciales en el objeto del proceso; pero tales hechos sólo podrán incorporarse tras la suspensión del acto del juicio y la práctica de una instrucción sumaria y suplementaria (art. 746.6.º al que remite el 788 LECr).

renuncia se produce una vez abierta la fase del juicio oral ¿podría entonces dictarse ya la sentencia desestimatoria? Tampoco, porque el juzgador penal solo podrá pronunciarse sobre ella si previamente existe una sentencia de condena (de forma excepcional la absolutoria en los casos enumerados en el artículo 118 CP, como ya he señalado). De ahí que, o bien su eficacia solo se desplegará cuando aquélla se dicte o bien formalmente no habrá pronunciamiento sobre la pretensión civil, aunque quedará vedada la posibilidad de iniciar un proceso civil posterior para el enjuiciamiento de la pretensión, no por la eficacia de cosa juzgada material negativa de la sentencia penal, puesto que no contiene pronunciamiento sobre la pretensión civil, sino como consecuencia de la extinción del derecho a la reparación e indemnización.

Si lo que pretendía el legislador era permitir que, si durante el tiempo que dura la instrucción, surgieran más daños y perjuicios de los inicialmente previstos, pudieran incorporarse al proceso pendiente y que entrarán en el juicio oral y que fueran objeto de pronunciamiento jurisdiccional ¿Por qué no modificó el precepto en el sentido de no admitir que pudiera producirse una renuncia hasta una vez finalizada la fase de investigación? De esta forma y sin forzar esta institución, este acto de disposición hubiera conseguido alcanzar la finalidad que pretendía<sup>66</sup>.

Finalidad que con la regulación introducida no se alcanzará: la renuncia ha excluido la pretensión civil del proceso. De ahí que, como he apuntado anteriormente, ninguna diligencia de investigación ha tenido por objeto constatar la existencia del derecho a la reparación, restitución o indemnización, su titular activo y pasivo, su cuantificación, salvo de forma indirecta en la medida en que conocer tales datos sea necesario para el enjuiciamiento penal del hecho y de su autor.

Por eso, con la nueva redacción del art. 112 LECr, si la solicitud de revocación se presenta ya finalizada la instrucción, incluso ya acordada formalmente la apertura del juicio oral<sup>67</sup>, no será posible incluir en los escritos de acusación o calificación los elementos identificadores del objeto civil, porque, como también he apuntado, «no resultan del sumario». Otra cosa supondría admitir una pretensión civil «sorpresa» y por tanto contraria al art. 24 CE al producir indefensión para el responsable civil que tampoco habrá podido solicitar la práctica de las diligencias que le permitan oponerse a la pretensión ejercida (negando la causalidad, la autoría, la relación de daños y perjuicios y su cuantificación económica).

¿Significa esto que no podrá reclamar los nuevos daños y perjuicios (*consecuencias*, según el legislador) que surjan con posterioridad y deriven direc-

---

66 También partidario de este retraso temporal, MUERZA ESPARZA, J.: «Sobre la renuncia...», *op. cit.*

67 En el procedimiento ordinario, porque en el abreviado, primero se presentan los escritos de acusación y después se dicta el auto de apertura del juicio oral.

tamente de los mismos hechos que fueron o podían haber sido el fundamento de pretensión su civil acumulada al proceso penal? No. Pero la cuestión se centra ahora en determinar cuáles son los límites de la cosa juzgada, tanto de la sentencia penal condenatoria que no se pronuncia sobre la pretensión civil a causa de la renuncia, como de la sentencia penal que sí da respuesta a la pretensión civil efectivamente ejercida y no renunciada.

Imaginemos que el perjudicado optó por reservarse la pretensión civil para un proceso civil posterior. Imaginemos que efectivamente presentó una demanda frente a quien considera responsable civil y que debe hacer frente a su derecho a la reparación e indemnización de los daños y perjuicios causados y derivados de la realización del hecho que fue enjuiciado penalmente (con independencia de si fue condenado o absuelto y de cuál fuera la causa de la absolución, salvo lo dispuesto en el artículo 116 LECr). Imaginemos por último que ya iniciado el proceso decide renunciar a su pretensión o al derecho a que se reparen e indemnizen los daños y perjuicios relacionados y cuantificados en su demanda). Como consecuencia de la renuncia el Juez del proceso civil dictará una sentencia desestimatoria de la pretensión que producirá plenos efectos de cosa juzgada material negativa.

Si pasado el tiempo, este mismo perjudicado considera que los daños y perjuicios fueron mayores y más graves y que la cuantificación económica entonces reclamada debe ser también mayor ¿Podrá presentar una nueva demanda? ¿Lo impediría la función negativa de la cosa juzgada de la primera sentencia dictada? La respuesta dependerá de qué es lo que realmente fue objeto del proceso, qué es lo que pudo haber sido objeto del proceso y qué es lo que no fue objeto del proceso, porque se ha producido con posterioridad<sup>68</sup>.

68 Vid. MONTERO AROCA (que permite la distinción entre el objeto actual y el objeto virtual del proceso, y que estará cubierto totalmente por el efecto de cosa juzgada) — MONTERO AROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J. L. / BARONA VILLAR, S. / CALDERÓN CUADRADO, M.º P.: *Derecho jurisdiccional II*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 150 y ss. 494 y ss.; y, más detalladamente, MONTERO AROCA, J.: «La cosa juzgada. Conceptos generales», MONTERO AROCA, J. (dir.): *Efectos jurídicos del proceso (cosa juzgada, costas e intereses, impugnaciones y jura de cuentas)*, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 15, 1995, pp. 67-110—; «Límites temporales de la cosa juzgada civil», en MONTERO AROCA, J. (dir.), *Efectos jurídicos del proceso (cosa juzgada, costas e intereses, impugnaciones y jura de cuentas)*, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 15, 1995, pp. 425-448— y más detalladamente, OLIVA SANTOS, A. de la: *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1991, pp. 44-101 y 157 y ss.—; FERNÁNDEZ TAPIA (quien agrupa bajo la protección de la cosa juzgada lo deducido y lo deducible) — FERNÁNDEZ TAPIA, I.: «Efectos objetivos de la cosa juzgada», en MONTERO AROCA J. (dir), *Efectos jurídicos del proceso (cosa juzgada, costas e intereses, impugnaciones y jura de cuentas)*, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 15, 1995, pp. 180 y ss.; GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: «Alcance de la cosa juzgada en el proceso civil con pretensión indemnizatoria no deducida, o no reconocida, en el proceso penal anterior derivado de unos mismos hechos dañosos», en MONTERO AROCA J. (dir): *Efectos jurídicos del proceso (cosa juzgada, costas e intereses, impugnaciones y jura de cuentas)*, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 15, 1995, pp. 449-472 (que analiza de forma separada los límites temporales y el «agotamiento» del caso, a estos efectos).

El art. 222 LEC cuando establece los límites de la cosa juzgada considera que son *hechos nuevos y distintos, en relación al fundamento de las pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen*. Y de la lectura de los artículos 286, 426 y 460 LEC, resulta que la incorporación puede realizarse a través del escrito de ampliación de hechos, en la audiencia previa, en el acto del juicio e incluso durante la tramitación del recurso de apelación, dependiendo del momento en el que se produzcan o se conozcan por causas no imputables a la parte que pretende incorporarlos<sup>69</sup>.

Por tanto, si en la primera instancia no hubo renuncia. Lo relevante será determinar si los daños y perjuicios adicionales eran previsibles en el momento de la sentencia estimatoria o desestimatoria. Si eran previsibles, debieron tenerse en cuenta en la demanda o debieron incorporarse al proceso hasta el último momento preclusivo para hacerlo y, por tanto, la eficacia de cosa juzgada de la primera sentencia impedirá un segundo proceso. Si los daños y perjuicios surgidos con posterioridad no eran previsibles al momento de dictarse la sentencia —fuera estimatoria o desestimatoria de su pretensión anterior—, sus efectos no les alcanzarán.

Y la solución será similar si el actor renunció, porque la renuncia solo puede afectar o bien a la pretensión ejercida —de lo que quedarían excluidos de sus efectos extintivos y también de los de cosa juzgada de la sentencia desestimatoria, los nuevos hechos producidos con posterioridad— o bien al derecho a que se resarzan e indemnicen los daños y perjuicios, pero no de forma absoluta, sino tal y como fue aducido este derecho en el primer proceso, porque no puede renunciarse a lo que aún no forma parte de la esfera patrimonial del renunciante —por lo que tampoco estarán amparados por la eficacia negativa de la cosa juzgada de la sentencia anterior—.

Y esta solución es totalmente trasladable a cuando la sentencia dictada en el proceso penal se pronuncia también sobre la responsabilidad civil *ex delicto*: sus límites a la eficacia de cosa juzgada material son exactamente los mismos que si se hubiera dictado en el proceso civil: protegerá todo lo que fue y pudo haber sido objeto del enjuiciamiento, no lo que se produce con posterioridad, salvo que fuera previsible y por tanto debió incorporarse al primer proceso. Las diferencias estriban en determinar cuál es el último momento preclusivo para incorporar estos nuevos daños y perjuicios o las adicionales cuantías económicas, que en mi opinión ha de ser el auto de conclusión de la instrucción, porque con él queda delimitado el objeto del

---

69 Su pretendida incorporación durante la primera instancia provocará un incidente tras el cual el Juez dictará una providencia de inadmisión —por falta de la cumplida acreditación sobre la novedad—, una providencia ordenando su incorporación al proceso o denegando su incorporación y, en su caso, se practicará prueba sobre estos nuevos hechos como diligencia final. Los que podrán alegarse en la apelación son aquellos producidos o conocidos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia.

proceso, también el civil y porque en otro caso se estaría produciendo una grave indefensión del responsable civil, sea o no el acusado.

**b) La petición del dañado o perjudicado de revocación de la renuncia fundada en que su renuncia estuvo condicionada por la relación de la víctima con alguna de las personas responsables del delito**

Lo que primero llama la atención es que parece diferenciarse entre el dañado o perjudicado y la víctima. Aquél es quien ha sufrido los daños y perjuicios y ha renunciado a que se condene a su reparación e indemnización, pero que ahora pretende su revocación. Ésta, que no tiene por qué ser la perjudicada —aunque pueda serlo y lo será en multitud de supuestos— es quien ha sufrido la lesión al bien jurídico protegido por la norma penal. Y en el mismo sentido, la causa de la revocación que se establece es la relación entre víctima y responsable del delito ¿no será en todo caso la relación entre el perjudicado y quien debe responder de los daños y perjuicios causados? Cualquier intento de imaginar cuál es el supuesto que se quiere exceptuar, llevaría al absurdo —al menos, no soy capaz de plantearme una hipótesis mínimamente aceptable—.

Partiré pues de lo que, a mi juicio, debería haber dicho el legislador: entre el perjudicado —que es quien ha renunciado, sea o no también la víctima— y el responsable civil de los daños y perjuicios causados —sea o no también el presunto responsable penal—

Y, por otra parte, ¿a qué *cercanía* se refiere el legislador? [biológica, de amistad, de vecindad, familiar, laboral, profesional, (...)] Dados los términos en que está redactado, cualquiera de éstas permitiría fundar la petición de revocación. Creo que en todo caso deberá tratarse de una *cercanía* de tal índole que efectivamente haya podido condicionar su voluntad llevándolo a renunciar a la pretensión civil, pues que entre perjudicado y responsable civil exista cercanía no va a ser, por desgracia, una situación excepcional.

Sin embargo, no es esto lo más grave. Lo que ha dicho el legislador, está claro: que la cercanía haya condicionado su voluntad. El principio general no es que un acto jurídico —cualquiera que sea— pueda revocarse por la existencia de un «condicionamiento», sino que, por el contrario, el ordenamiento jurídico exige siempre un plus: el miedo, la violencia, la amenaza, la coacción, la intimidación.

La LECr no enumera las causas que con carácter general determinan la nulidad de los actos procesales, por lo que habrá que acudir a la Ley Orgánica del Poder Judicial y, por aplicación supletoria, a la LEC. Y sus artículos 238 y 225, respectivamente, consideran que son nulos de pleno derecho los actos procesales realizados bajo violencia o intimidación y se declararán nulos los de las partes cuando se acredite que se produjeron bajo intimidación o violencia (art. 239 LOPJ y 226 LEC).

De ahí que no sea causa suficiente para autorizar la revocación de la renuncia ese «condicionamiento de la voluntad», sino que debe exigirse que la renuncia haya estado motivada por la violencia o intimidación ejercida en el perjudicado de una entidad suficiente como para lograrlo. Y ante tales casos, lo procedente no es solicitar la revocación, sino provocar un incidente dentro del propio proceso que, acreditada la intimidación o la violencia, y la relación directa entre éstas y la renuncia, provoque la declaración de nulidad de ésta. Y una vez declarada, extenderá sus efectos a todos los actos relacionados con el acto declarado nulo o que se hayan visto condicionados o influidos sustancialmente por el acto nulo (ex. arts. 239 LOPJ y 226 LEC). Es decir, en nuestro caso, se tendrá por no hecha la renuncia, volverá a acumularse al proceso penal la pretensión civil y podrán practicarse todas las diligencias de investigación tendentes a delimitarla (incluso, cabría la posibilidad de que se revocará el auto de apertura del juicio y el de conclusión de las diligencias, para volver a la fase de instrucción y que esta declaración de nulidad fuera plenamente efectiva). E incluso, finalizada la instancia e incluso una vez firme la sentencia, cabría la posibilidad de provocar el incidente de nulidad de actuaciones (cfr. arts. 241 LOPJ y 228 LEC)<sup>70</sup>.

### 3.2.4. Los presupuestos y requisitos para autorizar la revocación de la renuncia

La redacción del párrafo 2 del art. 112 LECr exige:

Que el dañado o perjudicado solicite del Juez autorización para revocar su anterior declaración.

Solicitud que, en principio podría hacerse de forma verbal, sin embargo, el solicitante tendrá que justificar de forma suficientemente la causa por la que pretende la revocación de su renuncia, por lo que lo más adecuado será que

70 Acerca de la admisibilidad, causas, y efectos existe abundante bibliografía, entre la que puede destacarse, a pesar de los cambios normativos: MONTERO AROCA, J.: «Presupuestos procesales y nulidad de actuaciones en el proceso penal», en *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 1, 1981, pp. 245-256 (específicamente referido al proceso penal) y, con un planteamiento más general: AGUILERA MORALES, E.: «El incidente de nulidad de actuaciones ex artículo 241 LOPJ: una mala solución para un gran problema», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 31, 2013; BACHMAIER WINTER, L.: «La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 13, 2007; Díez PICAZO GIMÉNEZ, I.: «A vueltas con el incidente de nulidad de actuaciones», *Tribunales de Justicia: Revista española de derecho procesal*, n.º 7, 1999, pp. 615-620; GARNICA MARTÍN, J.: «Nulidad de actuaciones después de la sentencia firme», en *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 4, 1990, pp. 897-926; GUERRERO PALOMARES, S.: «Análisis comparativo entre el incidente de nulidad de actuaciones y la Audiencia al rebelde en la jurisdicción civil», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 5, 2002, pp. 497-516; SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «El incidente de nulidad de actuaciones», en *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 1, 1982, pp. 43-94; VERGÉ I GRAU, J.: *La nulidad de actuaciones*, Bosch, 1987.

se formule por escrito y que se dé traslado a todas las partes ya personadas —o en su caso, que sea el acta levantada por el Letrado de la Administración de Justicia lo que se traslada a las partes para su conocimiento—.

Que esta solicitud tenga lugar antes del trámite de calificación del delito.

Este es el término final del plazo, y si bien puede solicitarse antes, también puede hacerse ahora.

Si el procedimiento seguido es el ordinario este trámite tiene lugar dentro de los 5 días siguientes a que se dicte formalmente el auto de apertura del juicio oral tras la alternativa del sobreseimiento libre en virtud de los motivos del artículo 632 LECr, y el sobreseimiento provisional, por los motivos del 641 LECr. Esto supone que ya se dictó el auto de conclusión del sumario; que ya se resolvieron las apelaciones pendientes interpuestas contra los autos apelables del juez instructor; y que ya se confirmó el auto de conclusión del sumario.

Si el procedimiento seguido es alguno de los abreviados, ya se ha dictado el auto de conclusión de las Diligencias Previas, se ha dado traslado a las partes acusadoras para que presenten sus escritos de acusación, soliciten la práctica excepcional de más diligencias o soliciten el sobreseimiento del proceso.

Y, como ya he apuntado anteriormente, si se solicita en este momento la petición y su autorización tendrán —deberían tener— muy poco recorrido procesal: no se ha investigado el objeto civil del proceso —que quedó excluido a consecuencia de la renuncia—; al no tratarse de una declaración de nulidad, no procederá la reposición de las actuaciones al momento en que la causa se produjo; no puede —no debe— admitirse que el escrito de calificación contenga introducción de hechos, proposición de prueba o peticiones sobre la pretensión civil, so pena de provocar la indefensión del responsable con esta «acusación sorpresiva».

Que el Juez de audiencia a todas las partes (M.º Fiscal, contingente acusador popular y acusador particular; posibles actores civiles distintos del renunciante; investigado y responsables civiles).

¿Solo eso? ¿No es necesario que en primer lugar el renunciante que pretende la revocación proponga y que se practique la prueba que acredite la concurrencia de alguna de las dos causas que permiten su revocación? ¿No es necesario que las restantes partes puedan alegar y en su caso proponer prueba sobre la inexistencia de la causa? Lo excepcional de la situación merece, como mínimo, esa actividad probatoria en este incidente —que, al no tener una regulación específica, deberá seguir la establecida con carácter general para la tramitación incidental de la LEC, que, recordemos, es de aplicación supletoria—.

Que tras esta audiencia el Juez autorice la revocación por medio de resolución judicial o la deniegue también a través de resolución judicial.

La forma que deberá revestir es la de auto tanto si estima como si desestima la petición y en él deberá motivarse suficientemente tanto la denegación de la posibilidad de revocar el acto de voluntad, como también su estimación, por tratarse de una medida de carácter tan excepcional.

Resolución judicial que será susceptible de ser recurrida, al no estar expresamente vedada su impugnabilidad, por medio de los recursos de reforma y queja, si el procedimiento seguido es el ordinario y el auto lo dicta el Juez de Instrucción y en súplica, si lo dicta la Audiencia Provincial; en reforma —potestativa— y apelación, si se dicta en el abreviado por el Juez de Instrucción o por el Juzgado de lo Penal; en súplica, si lo dicta la Audiencia Provincial (ex artículos 216, 217 y 218; 766 y 236, respectivamente y todos de la LECr).

### 3.2.5. Una quiebra de la igualdad de partes

Uno de los principios esenciales del proceso, de todo proceso cualquiera que sea su objeto y su naturaleza, es el principio de igualdad entre las partes. Igualdad que se traduce en que todas las partes del proceso, cualquiera que sea la posición que ocupen en él, tienen que disponer de los mismos medios de ataque y de defensa de sus respectivas posiciones; que ambas deben gozar de las mismas posibilidades de actuación y de acceso al material fáctico y jurídico que se incorpora al proceso; los mismos derechos, las mismas cargas e idénticos deberes procesales. Igualdad que solo puede romperse si responde a la protección de un interés superior merecedor de especial protección.

Y con el nuevo apartado de este precepto que estamos analizando se instaura un «derecho» en favor de una de las partes, el actor civil, o de uno de los sujetos, el perjudicado que no tiene equivalencia ni se reconoce a la parte contraria, al responsable civil.

Renuncia y allanamiento tienen algo en común: ambos son actos de disposición sobre la pretensión ejercida, en un caso, sobre la resistencia, en el otro. Ambos constituyen una declaración de voluntad unilateral e irrevocable. Con ambos se pone fin al proceso civil a través de una resolución sobre el fondo, desestimatoria, en un caso, estimatoria en el otro. Ambas producen eficacia de cosa juzgada en su función negativa y positiva.

No conozco ni un solo supuesto en el que el ordenamiento jurídico admita la posibilidad de renunciar, pero vea la de que el demandado se allane. Cuando existen prohibiciones o límites, se establecen tanto para la renuncia como para el allanamiento.

En el proceso penal no existe allanamiento, pero la conformidad respecto de la pretensión civil ejercida es algo muy similar al allanamiento en el proceso civil.



No obstante, no se ha previsto que el responsable civil pueda revocar su conformidad anteriormente manifestada con la pretensión civil en aquellos casos en los que entienda que los daños y perjuicios indemnizables son menores que aquellos con los que se ha conformado ni tampoco cuando manifieste que su conformidad estuvo condicionada por la «cercanía» con alguna de los todavía presuntos perjudicados —pues la conformidad solo puede prestarse antes de que se inicie la práctica de la prueba—<sup>71</sup>.

### **3.3. La ¿nueva? causa de inadmisión de preguntas en el interrogatorio de la víctima-testigo. La modificación del art. 709 LECr y su incidencia en la prueba del consentimiento o de su ausencia en los procesos por delitos contra la libertad sexual**

El art. 709 LECr se ubica en la fase de juicio oral del procedimiento ordinario por delitos y resultará de aplicación a todos los demás procedimientos, salvo que expresamente se establezca una disposición contraria o especial y, concretamente en el interrogatorio de la víctima en su doble condición de víctima y de testigo.

Y, para situarnos procesalmente un poco más, los testigos que van a declarar como fuente de prueba son los que cada una de las partes incluyó en sus escritos de calificación —no se admitirá el examen de testigos que no se encuentren incluidos en las listas presentadas por las partes (art. 728), salvo los careos entre testigos, entre procesados o entre testigos y procesados si el Juez, de oficio o a petición de las partes lo considera pertinente (art. 729.1.º), las diligencias que el tribunal, pese a no haber sido propuestas por las partes, considere necesarias para acreditar los hechos incluidos en los escritos de calificación provisional (729.2.º) y las pruebas propuestas en el acto de la declaración que tengan por objeto determinar el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el tribunal lo considera pertinente (art. 729.3.º).

La declaración de la víctima-testigo en la fase de juicio no está reñida con la preconstitución de la fuente de prueba que haya podido realizarse durante la fase de instrucción, conforme al artículo 449.bis, con carácter general, o en el 449.ter, para la declaración del testigo menor de 14 años o testigo con

---

71 Cfr. artículos 655, 695 y 697 LECr. Incluso cabría plantearse la posibilidad de solicitar la revocación de la conformidad con la pretensión civil cuándo esta se ha prestado en el propio servicio de guardia, ante el Juez Instructor que formalmente ha dictado ya el auto de apertura del juicio —ex arts. 800 y 801 LECr—

discapacidad necesitada de especial protección y su declaración esté relacionada con los hechos relativos a unas concretas conductas delictivas<sup>72</sup>.

En este último caso, la preconstitución del medio de prueba tiene carácter obligatorio [*la autoridad judicial acordará, en todo caso*]. Sin embargo, en el previsto en el artículo 449.bis, se acordará o no la preconstitución, si existe una norma que lo permita, pero eso no excluirá necesariamente que no pueda declarar posteriormente ya en el acto del juicio y ya como fuente de prueba.

Así, es posible, tanto que comparezca y declare en el acto del juicio —aunque no es necesario ni estaría sujeta al deber de prestar testimonio y a las posibles sanciones por su incumplimiento—, como que no sea llamada a declarar y que se solicite la reproducción de la grabación audiovisual realizada en la fase de instrucción<sup>73</sup>.

72 Homicidio, lesiones, contra la libertad, la integridad moral, de trata de seres humanos, contra la libertad sexual, la intimidad, las relaciones familiares, los relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, cometidos por organizaciones y grupos criminales y de terroristas, y delitos de terrorismo.

73 Preconstitución del medio de prueba que no deberá adoptarse a la ligera, por los riesgos que comporta para el derecho de defensa y para el respeto del principio de contradicción. Ha de recordarse que en el momento procesal en el que puede acordarse esta preconstitución puede no haberse identificado aún al presunto autor de los hechos, por lo que, aunque el art. 449.bis LECr impone al Juez de Instrucción que actúe en garantía de este principio, también permite que se lleve a efecto, con la presencia de la defensa del presunto autor. ¿Y si aún se desconoce su identidad? Se dirá que la presencia del M<sup>o</sup>Fiscal garantizará los derechos de defensa del futuro investigado, pero en este caso quizá nos estemos olvidando de que el M<sup>o</sup> Fiscal normalmente conocerá solo los hechos narrados por la víctima-testigo o por los testigos y los posibles resultados de otras diligencias de investigación que puedan haberse practicado. La contradicción no podrá respetarse nunca del mismo modo en que se respetaría si, al menos, hubiera ya un autor presunto conocido que, personalmente o por medio de su defensa pudiera también intervenir y formular preguntas al testigo, sea o no víctima.

Por otra parte, a reproducción de la grabación en el acto del juicio, ya como medio de prueba, permitirá a la defensa conocer cuál ha sido el contenido de su declaración, pero no le permitirá formular preguntas, con lo que nuevamente se verá comprometido el principio de contradicción. *Vid.* al respecto, GONZÁLEZ DE LA TAJADA, I.: «Víctimas necesitadas de especial protección tras las últimas reformas en materia penal. Validez de la prueba preconstituida en fase sumarial: STS, de 19 enero 2016 (RJ 2016, 356)», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2016; MAGRO SERVET, V.: «Necesidad de la práctica de la prueba preconstituida con menores de edad en el Juzgado de Instrucción en los delitos de agresiones sexuales», en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 64, 2019; MUÑOZ CUESTA, J.: «La declaración del menor en el proceso penal: en especial cuando es víctima de un delito sexual», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2013; NAVARRO MASIP, J.: «La prueba testifical. Reflexiones sobre las garantías a la luz de la nueva corriente jurisprudencial: el artículo 730 en relación al 416.1 Ley Enjuiciamiento Criminal», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2009; PLANCHADELL GARGALLO, A.: «Lectura de actuaciones sumariales: art. 730 LECrim», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 44, 2016; PLANCHADELL GARGALLO, A.: «Protección de la víctima menor de edad, declaración en juicio oral y victimización secundaria», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 45, 2017; ZARAGOZA TEJADA, J. I.:

El régimen procesal no difiere, aunque pueda parecer lo contrario, según el procedimiento sea el abreviado o el ordinario.

Tanto en los supuestos del artículo 449.bis como del 449.ter, la comparecencia será necesaria cuando el Juez o Tribunal, a instancia de alguna de las partes, constatare que la grabación no reúne los requisitos exigidos y, además, cause indefensión a alguna de las partes (art. 703.bis) y, al no existir disposición en contrario, resultará aplicable también al procedimiento abreviado.

Este mismo precepto, 703.bis, también es claro al permitir, si bien con carácter excepcional, que el menor comparezca como fuente de prueba en el acto del juicio oral del procedimiento ordinario, a pesar de la preconstitución del medio de prueba. La comparecencia se acordará a petición de parte, siempre que el Juez o Tribunal la considere necesaria. Y, idéntica excepción regirá en el procedimiento abreviado, pues, aunque el artículo 777 parezca disponer otra cosa, este precepto se limita a reproducir lo ya señalado en el 449.ter: que en estos casos, la preconstitución no es opcional; es preceptiva. Sin embargo, este artículo 777 se ubica en la fase de investigación y no existe equivalente para la fase de juicio oral, por lo que debe aplicarse lo dispuesto para el ordinario<sup>74</sup>.

Una vez comparecido el testigo, responderá a las preguntas que le formule la parte que lo presenta y, a continuación, responderá a las que puedan formular las demás partes y que estén relacionadas con el contenido de su propia declaración. Y, también el Presidente del Tribunal podrá formularle las preguntas que él, o por indicación de cualquiera de los miembros del Tribunal, considere necesarias para depurar los hechos sobre los que está declarando —art. 708—<sup>75</sup>.

---

«Principio de no indagación y principio de contradicción. La introducción de declaraciones testificales practicadas en el extranjero sin presencia de las demás partes», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2022; MONTES DE OCA RODRÍGUEZ, D.: «El delito de aproximación...», *op. cit.* (quien proponía el uso de herramientas digitales de comunicación como instrumento idóneo y eficaz para proteger la intimidad de las víctimas menores y sus familiares, y con la finalidad de impedir su identificación; la grabación a través de medios audiovisuales de las exploraciones realizadas por profesionales y su reproducción como prueba preconstituida reproducida en el acto del juicio).

74 Acerca de estas modificaciones introducidas con la LO 8/21 de protección integral de la infancia y la adolescencia contra las violencias, *vid.* GÓMEZ COLOMER, J. L.: «Víctimas de trata: declaraciones y protección en el proceso penal», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, n.º 64, 2021; SOSPEDRA NAVAS, F. J.: «Comentario a las reformas procesales y sustantivas introducidas por la Ley Orgánica 8/21, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia», en *Aranzadi Digital*, n.º 1, 2021; PLANCHADELL GARGALLO, A.: «Protección procesal de las víctimas de trata: aproximación general», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, n.º 61, 2021; PLANCHADELL GARGALLO, A.: «Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio...», *op. cit.*; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. / GARRIDO ANTÓN, M. J.: «Evitando revictimizar a los menores víctimas de delitos sexuales. La prueba preconstituida», en *Diario La Ley*, n.º 10026, 2022.

75 Cuestión que, en la práctica, ha planteado serios problemas derivados de la posible quiebra de la imparcialidad del Juez o Tribunal. *Vid.* STS, Sala de lo Penal, n.º 825/2021, 28

Cuando alguna de las partes considere que existen contradicciones o notorias disconformidades entre lo declarado en el acto del juicio y lo declarado en la fase de instrucción, el Tribunal podrá acordar que se de lectura al acta que contenga su declaración anterior. Y, el Tribunal lo invitará a explicar las diferencias, las contradicciones o disconformidades existentes entre una y otra declaración —art. 714—.

Al igual que señalábamos respecto de la modificación del art. 112 LECr, también ahora podría deducirse que será de aplicación a cualquier proceso penal y cualquiera que sea el hecho delictivo que esté enjuiciándose, al no estar limitado a la declaración de las víctimas de violencias sexuales. Sin embargo, las referencias a la «intimidad sexual» nos llevan a afirmar que su aplicación será más frecuente en relación a los procesos en los que se enjuicien estas conductas, aunque no pueda excluirse sin más su aplicación en otros en los que intente defenderse de la acusación revelando datos relativos a la intimidad de la víctima y, especialmente, datos relativos a su intimidad sexual.

La novedad de la redacción del 709 LECr consiste en añadir un párrafo nuevo conforme al que *El Presidente podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada, en particular a la intimidad sexual, que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que, excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el Presidente considere que sean pertinentes y necesarias. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas.*

El propio párrafo primero del precepto impone al Presidente del Tribunal la obligación de impedir que el testigo conteste a preguntas o a repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Y, aunque la Ley no lo añade, también a las inútiles o ineficaces. Y, en el mismo sentido, en la regulación de la declaración testifical como diligencia de investigación, el art. 439 LECr dispone que *no se harán al testigo preguntas capciosas, sugestivas ni se empleará coacción, engaño, promesa ni artificio para obligarle a declarar en un determinado sentido.* Y quedarán excluidas del acta *las declaraciones que a juicio del juez instructor resulten manifiestamente inconducentes para la comprobación de los hechos objeto del sumario* —art. 445—.

El contenido de estos conceptos que la LECr no define, habrá que integrarlos con lo que dispone la LEC, de una parte (más moderna y de aplicación supletoria en el proceso penal), con lo que ya ha ido señalando la doctrina y con el contenido ya asentado por nuestros Tribunales, de otra.

---

de octubre, referida infra en el texto; STS, Sala de lo Penal (Sección 1.ª), n.º 595/2022, 15 junio; STS Sala de lo Penal (Sección 1.ª), 474/2022, de 18 de mayo; AAN, Sala de lo Penal (Sección 2.ª), 183/2022, de 11 de abril; SAP Barcelona (sección 2.ª), n.º 105/2022, de 21 de febrero; STSJ Andalucía, n.º 63/2022, de 23 de febrero; SAP Cáceres (Sección 2.ª) n.º 272/2021, de 22 de octubre.

Para la LEC —artículo 283— resultan impertinentes las pruebas (y también lo serán las preguntas) que no guarden relación con lo que es objeto del proceso. Resultan inútiles las que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos<sup>76</sup>.

Y sobre el modo de formulación de las preguntas, el art. 368 LEC, dispone que se formularan con la debida claridad y precisión —no pueden ser capciosas<sup>77</sup>— y que no podrán incluir valoraciones ni calificaciones —es decir, no puede tratarse de preguntas sugestivas<sup>78</sup>.

Y, en cuanto al contenido de estos conceptos fijado por nuestros juzgados y tribunales resultan suficientemente ilustrativas las siguientes referencias:

Es impertinente la pregunta que pretende obtener de la víctima *la declaración de reconocimiento o su no reconocimiento del acusado como autor de un hecho cometido bajo disfraz* (Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Sección 1.ª), n.º 1001/2009, de 1 de octubre).

La pertinencia es la relación de las pruebas con lo que es objeto del juicio *y constituye el tema de decisión para el tribunal* (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, del Tribunal Supremo, n.º 179/2005, de 15 de marzo).

*Es pertinente la pregunta que tenga relación con el hecho o extremo controvertido. Es ociosa, si la respuesta puede obtenerse tras contrastar otros escritos o documentos que ya constan en autos* (Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, n.º 1169/2001, de 18 de junio).

*El Presidente del Tribunal debe rechazar las preguntas que no puedan influir en el fallo definitivo* (Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 63/1995, de 23 de enero).

La pregunta es capciosa porque en la forma en que está planteada resulta *engañosa, tiende a confundir al testigo y a provocarle una respuesta sobre sus razones íntimas para actuar que resulta contradictoria con su testimonio. Es sugestiva, porque indica o provoca una respuesta afirmativa como única conclusión racional de las afirmaciones previas que le sirven de sustento. Es impertinente porque no se refiere ni puede aportar nada a la cuestión enjuiciada* (SAP Pontevedra, sección 4.ª: 62/2012, 10 abril).

76 Inadmisibilidad de las preguntas por impertinentes o inútiles que se encuentra expresamente prevista también para las preguntas que se pretendan formular en el interrogatorio de las partes —art. 306—, para la intervención del perito en el acto del juicio —art. 347—, para las que puedan formularse a los testigos —art. 347 y 368—.

77 Son capciosas las preguntas que, con su formulación, resultan engañosas o confusas.

78 Son sugestivas aquellas que se formulan de tal forma que, aunque la respuesta pueda ser afirmativa o negativa, el testigo conoce ya cuál es la respuesta que debe ofrecer.

*Son sugerentes y capciosas las preguntas que proponen y anticipan el sentido buscado en la respuesta. Son impertinentes (para el perito) las que escapan de la razón de su pericia* (Auto n.º 38/2005, 13 enero, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8.ª).

Y una última muestra: Sentencia 825/2021, de 28 de octubre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictada en casación. En la práctica del interrogatorio de la testigo-víctima, la presidente de la Audiencia inadmitió que le formularan preguntas relativas a sus anteriores relaciones sexuales mantenidas con otros varones. La causa de su inadmisión fue la impertinencia. La justificación fue que las anteriores relaciones sexuales de la víctima no guardaban relación con el objeto del proceso en el que se estaba enjuiciando el abuso con prevalimiento del acusado. No se enjuiciaba la conducta de terceros; su anterior actividad sexual no conducía, en ningún caso, ni a negar ni a justificar la conducta del acusado<sup>79</sup>.

La pregunta que por tanto surge en relación con la finalidad del apartado añadido al art. 709 LECr<sup>80</sup>.

De la nueva redacción parece que cualquier pregunta relativa a la vida privada de la víctima y de ella especialmente a su vida sexual deberá excluirse del interrogatorio; si se formulan, el Presidente no permitirá que se contesten y si la parte no está conforme y protesta en el acto, podrá recurrirse en casación la exclusión de la pregunta o la prohibición de contestarla (para lo que se hará constar en acta cuál era la pregunta a la que se prohibió dar respuesta). Sin embargo, esta primera impresión no es acertada. El propio precepto exige que sean calificadas de innecesarias y establece una excepción: que, atendidas las circunstancias particulares, el Presidente las valore como necesarias y pertinentes.

Creo que el término «innecesaria» ni puntualiza ni añade nada nuevo al ya consolidado de «impertinencia» que, como hemos visto, comprende la exclu-

79 Textualmente se afirma que «La circunstancia alegada de si la víctima ha tenido otras relaciones sexuales no altera en modo alguno la valoración de la prueba en cuanto a si el delito se ha cometido. De suyo, estas preguntas, si se hicieran, deberían ser declaradas impertinentes por pertenecer a la víctima su sexualidad y no tener que responder a preguntas que se refieran a su libertad para tener relaciones sexuales con quien lo desee. Además, no se juzga a terceros que lo puedan haber hecho en las mismas circunstancias del autor en este caso, sino que se juzga al recurrente, no si otras personas hayan podido aprovecharse de la situación mental de la víctima o de su ascendencia o superioridad anteriormente (...) con ello, relaciones pasadas con terceros no forman parte del enjuiciamiento». Fallos similares no son esporádicos, baste como ejemplo la desestimación del recurso basado en la inadmisión de una prueba que el Juzgado consideró impertinente, la sentencia de la Sala Social TS, sección 1.ª, de 12 diciembre 2006.

80 El preámbulo no aporta respuestas, se limita a señalar su modificación. La finalidad del autor del anteproyecto para muchos puede ser nítida y evidente, pero carece de importancia para la interpretación jurídica y, en todo caso, no ha sido «verbalizada» en la ley.

sión de las preguntas (o la prohibición de darles respuesta) sobre hechos que no guardan relación con lo que es objeto del enjuiciamiento.

Son abundantes las resoluciones de nuestros Tribunales que validan o invalidan la denegación de una prueba —y lo mismo cabría decir de una pregunta formulada a la víctima-testigo o al testigo— debido a su impertinencia o a su pertinencia (¿necesidad?), a que quien la propone o formula justifique la relación existente entre los hechos que querían probarse y la prueba o la pregunta inadmitida; la conexión lógica y racional de la influencia directa entre lo que quiere probarse y el sentido de la sentencia que se dicte. Es decir, la prueba o la pregunta han de ser decisivas para la defensa —y lo mismo podría decirse de la acusación, en su caso— de forma que el sentido de la sentencia hubiera sido distinto si se hubiera permitido formular y contestar la pregunta<sup>81</sup>.

En este sentido, el Auto n.º 183/2022, de la Sección 2.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción por el que denegaba que se practicara una diligencia de investigación solicitada por la defensa del acusado consistente en ordenar a los padres de la víctima, menor de edad, que aportaran al proceso «todas las comunicaciones intercambiadas entre el menor y sus padres —especificando SMS, WhatsApp, audios, registros de llamadas entrantes y salientes— entre los padres y entre cualquiera de ellos y el menor durante un periodo de tiempo determinado. El Juzgado de Instrucción denegó la práctica de la prueba y la Sala confirma su decisión al entender que tal como había sido solicitada resultaba desproporcionada, que la conducta enjuiciada no era la del menor, ni la de los padres del menor, sino la del acusado.

¿Y qué es lo que habrá de probarse en los delitos consistentes en violencias sexuales? Dependerá de cuál sea la concreta conducta que se enjuicia, porque cada una de ellas tiene una tipificación distinta.

Durante la tramitación del Anteproyecto y debido a la redacción inicial del artículo 178 que se proyectaba se debatió y se cuestionó si se iba a producir una prueba diabólica, una inversión de la carga de la prueba<sup>82</sup>. Y, en efecto, tal y como se formulaba la propuesta así lo parecía. En su informe sobre el Anteproyecto el Consejo General del Poder Judicial, aprobado el 25 de febrero de 2021, cuestionaba que el texto del precepto *especificara la calidad del consentimiento para poder excluir la tipicidad*, pues establecía que *se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto*.

81 Véanse las abundantes resoluciones del Tribunal Constitucional citadas en el auto reseñado.

82 Acerca de la prueba diabólica, véase PASCUAL CADENA, A.: *La prueba diabólica penal. Ente- lequía normativa y prisión preventiva*, J. M. Bosch, 2021, en especial pp. 23-50.

Como ponía de manifiesto el Consejo General del Poder Judicial esta redacción no iba a evitar los problemas que la entonces vigente redacción del CP planteaba en la práctica, implantaría una inversión de la carga de la prueba —pues al definirse de forma negativa, se imponía a la defensa tener que probar la existencia de una manifestación libre y expresa de participación en el acto y en tal caso el debate probatorio se centraría en probar cómo la víctima manifiesta por actos concluyentes, exteriores e inequívocos, conforme a las circunstancias concurrentes su voluntad de participación.

Finalmente, el texto aprobado por las Cortes a quien *realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento*, aunque añade que *sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*. A cuyos efectos se considerarán agresión sexual *cuando los actos se realicen empleando violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima*, los ejecutados *contra personas privadas de sentido o de cuya situación mental se abuse* y los realizados *cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad*.

Las diferencias de la descripción legal de la conducta tienen mucha importancia en el orden procesal. Como señala GONZÁLEZ RUS, no centrar la conducta en el consentimiento, sino en la descripción de las conductas necesarias para que éste desaparezca o se doblegue anulando o condicionando la voluntad del sujeto pasivo, dejaba sin sanción conductas en las que realmente faltaba ese consentimiento y centra el debate procesal *en la actitud de la víctima, pasando a segundo plano la conducta del agresor, a menudo analizada como medio para descubrir la voluntad real de la víctima*<sup>83</sup>.

Con la nueva regulación ¿Qué debe probarse por la acusación? Indudablemente no basta afirmar que los actos se realizaron sin su consentimiento. Pero la prueba directa de un hecho negativo (la ausencia del consentimiento lo es) es realmente una prueba diabólica, por lo que el objeto de la prueba serán los hechos de los que se inferirá el hecho negativo: la violencia, la intimidación, el abuso de superioridad, su situación de vulnerabilidad, que se encontraba privada de sentido, que se abusó de su situación mental o que su voluntad se encontraba anulada, y en su caso la causa de esa anulación,

83 GONZÁLEZ RUS, J. J.: «La reforma de las agresiones sexuales», en *Diario La Ley*, n.º 9790, 2021, p. 3. Y, como casos concretos de esto, *vid.* «Los delitos de agresiones y abusos sexuales», en *Derecho y Opinión*, n.º 3-4, 1995, pp. 355 /371, análisis que realiza tras las modificaciones del CP 1995. Disponible en: [https://helvia.uco.es/bitstream/handle/10396/7173/dyo3y4\\_gonzalezr.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://helvia.uco.es/bitstream/handle/10396/7173/dyo3y4_gonzalezr.pdf?sequence=1&isAllowed=y) Opinión ya manifestada anteriormente en *La violación en el Código Penal español*, Colección de Estudios penales, n.º 4, 1982, p. 243, que para este autor incluye su *manifestación positiva —entendida como libre disponibilidad—* y en su *manifestación negativa —como defensa de la esfera sexual propia—*, que entraña la posibilidad de disposición del propio cuerpo a los efectos sexuales, según las particulares preferencias del sujeto en ese campo.



o la concurrencia de alguna de las circunstancias que permitirán aplicar las sanciones penales establecidas. Sin embargo, ya el debate probatorio no podrá centrarse en si era suficiente o no, si ofreció suficiente resistencia para repeler la agresión<sup>84</sup>.

¿Y qué corresponderá probar al acusado —si desea efectuar una defensa activa—? Bien demostrar que sí hubo consentimiento (lo que en absoluto es una prueba diabólica)<sup>85</sup>, bien demostrar que no hubo violencia, intimidación, abuso de superioridad, practicando la prueba de lo contrario (lo que tampoco constituye una prueba diabólica).

A la acusación corresponde probar los hechos constitutivos del tipo penal y de la responsabilidad criminal; al acusado, salvo que desee permanecer pasivo y a la espera de que la acusación no logre probar, contraprobar esos hechos constitutivos, probar lo contrario, probar la existencia de hechos impeditivos o excluyentes<sup>86</sup>.

¿Y cómo influye en esta carga de la prueba la nueva redacción del artículo 709 LECr? ¿Realmente no podrán formularse preguntas —o el Presidente del Tribunal impedirá que sean respondidas— que versen sobre la intimidad de la víctima y, especialmente, sobre su intimidad sexual?

Creemos que a pesar de la rotundidad con la que se expresa el primer inciso del párrafo 2 del precepto, en muchos casos se tendrá que aplicar precisamente la excepción, porque solo será posible conocer qué es lo que

84 «La reforma de las agresiones sexuales», en *Diario La Ley*, n.º 9790, 2021, p. 8.

85 Sin caer en el tópico del «consentimiento informado», o a la solicitud por escrito del consentimiento, al que alude MANZANARES SAMANIEGO (MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: «El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual», en *Diario La Ley*, n.º 10143, 2022, p. 15), si es posible que cualquiera de los intervinientes en una relación sexual se plantee la posibilidad de preconstituir una potencial y futura fuente de prueba. En este sentido resulta interesante la aportación de RUBIO ALAMILLO, J.: «La ley del «Sólo Sí es Sí»: peritaje informático de autenticidad e integridad de un audio para ser aportado como prueba de descargo en una acusación de agresión sexual», en *Diario La Ley*, n.º 10176, 2022.

86 En esta línea, MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: «El consentimiento en los delitos...», *op. cit.*, si bien no compartimos muchas de los argumentos y conclusiones que expone en las pp.15-16. Sobre el alcance de la reforma a estos efectos, véanse MUÑOZ MESA, S.: «El consentimiento sexual en el anteproyecto de la ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual», en *Sepin*, 9 febrero 2021. Disponible en <https://www.bing.com/ck/a?!&fp=f01e0e96bfd10907JmItdHM9MTY2NDkyODAwMC-ZpZ3VpZD0yNmE5ZTNmNy03ODliLTZmYjQtMzY2Ny1lZDBINzkyYzZlMzYmaW5zaW-Q9NTE3NW&ptn=3&hsh=3&fclid=26a9e3f7-789b-6fb4-3367-ed0e792c6e36&psq=mu%20c3%b1oz+mesa+el+consentimiento+sexual+en+el+anteproyecto&u=a1aHR0cHM6L-y9ibG9nLnNlcGluLmVzLzlwMjEvMDIvY29uc2VudGltWVudG8tc2V4dWVFsLWFudGVwc-m95ZWNOby1sZXktb3JnYW5pY2EtZ2FyYW50aWEtaW50ZWdyYWwtbGliZXJ0YWQtc-2V4dWVFsLw&ntb=1>  
OLALDE GARCÍA, A.: «Reflexiones sobre las consecuencias de la entrada en vigor de la ley del 'solo si es sí'», en *Diario La Ley*, n.º 1077, 2022.

hizo el acusado —que es realmente lo relevante— conociendo esos datos relativos a la intimidad y a la intimidad sexual de la víctima.

Como señala GONZÁLEZ CHINCHILLA<sup>87</sup> resultan útiles criterios establecidos por la Corte Penal Internacional en sus Reglas de Procedimiento y Prueba:

No se admitirán las preguntas que tiendan a deducir el consentimiento de las palabras o conductas de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de ella, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre, ni cuando la víctima sea incapaz de prestar su libre consentimiento, ni de su silencio o de su falta de resistencia a la violencia sexual.

Pero la acusación sí podrá formular estas preguntas —sin duda con el consentimiento de la víctima— cuando con ellas se intente probar precisamente la falta de consentimiento libre y voluntario.

Tampoco se admitirán las preguntas que pretendan desacreditar la credibilidad u honorabilidad sexual de la víctima por su comportamiento sexual anterior o posterior.

El margen de decisión, y de responsabilidad, sobre lo que es o no es necesario, pertinente, útil, capcioso o sugestivo ha de recaer necesariamente en el Tribunal. Y, si este margen ha trascendido los límites —bien por permitir preguntas innecesarias, impertinentes, capciosas o sugestivas, bien por no permitir las no siéndolo—, nuestro ordenamiento jurídico dispone de los instrumentos procesales suficientes como para restañar los derechos vulnerados, desde la protesta formulada en el acto, su alegación en el escrito de interposición del recurso de apelación contra la sentencia definitiva, su alegación como motivo del recurso de casación y, finalizado el proceso, la posibilidad de acudir en amparo ante el TC (por no mencionar la posibilidad de acudir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando ya se hayan agotado todos los medios de impugnación establecidos en el orden interno).

#### **4. Addenda. La posible reforma procesal que se avanza en la proposición de Ley Orgánica para la modificación de la LO 10/2022: la ampliación de la competencia objetiva y funcional de los juzgados de lo penal**

A punto de finalizar la edición de esta obra y resultado del intenso debate jurídico (político y social) generado por la sustancial reforma introducida en

---

87 GONZÁLEZ CHINCHILLA, M.: «La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre: el 'nuevo' consentimiento sexual, desde la perspectiva de la eficacia probatoria en el proceso penal», en *Diario La Ley*, n.º 10154, 2022, p. 23.

el CP por esta LOGILS, se registró en el Congreso una Proposición de Ley Orgánica para su modificación<sup>88</sup> que incluye, no obstante, una modificación directa de la LECr, concretamente a la determinación de la competencia objetiva y funcional para el enjuiciamiento y fallo de los hechos delictivos<sup>89</sup> y del reparto de los incidentes jurisdiccionales de revisión de las sentencias dictadas conforme al CP vigente antes de la LO 10/2022 y del que pueda resultar si llega a aprobarse en los términos propuestos. Por este motivo y, aún a sabiendas de que el texto de la proposición puede verse alterado a lo largo del debate parlamentario previo a su, en su caso, aprobación, creo interesante examinar brevemente en qué consistirían las reformas procesales incluidas en ella.

La DF primera de la Proposición de LO modifica parte del artículo 14.Tercero de la LECr que determina la distribución de la competencia objetiva para el enjuiciamiento y fallo de los procesos penales entre los Juzgados de lo Penal y las Secciones de las Audiencias Provinciales, ampliando la de aquéllos y, reduciendo, por tanto, la de éstas.

La actual distribución se establece atendiendo a las penas que en abstracto puedan llevar aparejadas a tenor del precepto penal aplicable a los hechos, ya sea de forma única, conjunta o alternativa y, siempre, en abstracto, es decir, sin atender a las posibles modificaciones punitivas que resulten de la concurrencia de agravantes o atenuantes o de hechos que provoquen la variación del grado de la pena.

---

88 Su título real es Proposición 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 de los menores. Proposición de Ley Orgánica cuya tramitación fue aprobada el pasado 7 de marzo de 2023 por el Congreso de los Diputados y cuyo texto puede consultarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de febrero de 2023 y en el siguiente enlace

[https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p\\_p\\_id=publicaciones&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&\\_publicaciones\\_mode=mostrarTextoIntegro&\\_publicaciones\\_legislatura=XIV&\\_publicaciones\\_id\\_texto=\(BOCG-14-B-318-1.CODI.\)](https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_id_texto=(BOCG-14-B-318-1.CODI.))

En todo caso y salvo que indiquemos lo contrario, los preceptos de la LECr que se citan y las cuestiones procesales que se abordan en este trabajo, no se verán, en principio y, a salvo de lo que pueda resultar de su tramitación parlamentaria, afectados por esta proposición de Ley Orgánica.

89 Pese a lo que pudiera parecer no supone modificación procesal alguna la especialización de uno o varios juzgados de lo penal o de una o varias secciones de las Audiencias Provinciales con atribución exclusiva y excluyente para la revisión de las sentencias a fin de adecuarlas a la modificación del CP propuesta, pues no solo coincide a este respecto con lo que establece la DT quinta de la Ley Orgánica 10/1995, sino también con lo que con carácter general se establece en el artículo 98.1 LOPJ.

Si supone, en mi opinión «intrusismo» en el ejercicio de la función jurisdiccional el inciso con el que el pre-legislador (como ya hiciera la DT quinta de la LO 10/1995, intenta delimitar su contenido: la revisión de las sentencias se realizará aplicando la disposición más favorable *taxativamente* y *no por ejercicio del arbitrio judicial*.

Con ligeras modificaciones<sup>90</sup> la competencia objetiva de los juzgados de lo penal se extiende al enjuiciamiento de los hechos sancionados con penas privativas de libertad no superiores a 5 años, pena de multa, cualquiera que sea su cuantía y penas de otra naturaleza cuya duración no exceda de 10 años. Penas que pueden venir aparejadas de forma única, alternativa o conjunta. Con arreglo a esta atribución de competencia al Juzgado de lo Penal, los hechos sancionados con pena privativa de libertad superior a 5 años y los sancionados con penas de otra naturaleza con una duración superior a 10 años —aunque conjuntamente estuvieran sancionados con pena de multa— son hasta, el momento, de la competencia de las secciones de las Audiencias Provinciales.

Con la modificación que se propone, la competencia de los juzgados de lo Penal se amplía, pero no con carácter general —respecto de cualquier tipo penal—, sino únicamente para conocer de los *delitos comprendidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal*, esto es los delitos contra la libertad sexual, tipificados en los arts. 178 a 194.bis. Al menos, así se establece en el tenor literal de la propuesta de adición de un párrafo segundo del artículo 14.3 LECr<sup>91</sup>.

La lectura de ésta pone de manifiesto que la modificación que se propone pretende corregir una indeseada congestión de los asuntos de los que atendiendo a la norma general deriva de la extensión de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión, oficio o actividades, retribuidas o no, que conlleven contacto regular y directo con menores de edad y que resultará de aplicación a todas las condenas por alguno de los delitos tipificados en el Título VIII del CP. Inhabilitación que, antes de la reforma operada por la LO 8/2021, tenía una extensión que no suponía exceder de la competencia del Juzgado de lo Penal (hasta 10 años, en el peor de los casos) y que sólo podía imponerse en relación a los delitos comprendidos en los capítulos II.bis y V de este título del CP. La LO 8/2021, la extendió a todos los delitos del título y amplió su duración máxima hasta los 20 años. A consecuencia de esta reforma, muchos de los hechos que atendiendo a la pena privativa de libertad eran de la competencia del Juzgado de lo Penal, pasaron

90 La establecida por la Ley Orgánica 7/1988, de creación de los Juzgados de lo Penal, que se fijó en 6 años de privación de libertad, fue ..., al aumentar el tope punitivo de 3 a 5 años de pena privativa de libertad, sufrió una sustancial reducción al promulgarse el CP de 1995, limitándose al conocimiento de los delitos menos graves que, conforme al art. 33, y en lo que se refiere a la pena de prisión, quedaba reducida hasta los 3 años. Posteriormente, por Ley 36/1998, de 10 de noviembre, se amplió esta competencia para atribuirles el conocimiento de los hechos que llevaran aparejada pena no superior a 5 años.

91 En todo caso, será interesante ver cuál puede ser la influencia indirecta de esta modificación respecto de la competencia del Tribunal del Jurado, dado que éste no va a conocer en ningún caso sí, de no existir el Tribunal del Jurado, hubiera debido conocer el Juzgado de lo Penal. Al ampliarse la competencia de éste —y aunque los delitos contra la libertad sexual no están incluidos en la relación competencial del Tribunal del Jurado, éste conocerá cuando se trate de delitos conexos al que si está atribuido a él (como puede ser el homicidio)— ¿podrán acumularse y ser enjuiciados por el tribunal del Jurado?

a ser de la competencia de la sección de la Audiencia Provincial, al exceder esta pena de inhabilitación de la competencia de aquéllos, de los 10 años<sup>92</sup>.

Por tanto, y si llega a aprobarse la modificación propuesta del artículo 14.3 LECr, la determinación de la competencia objetiva del Juzgado de lo Penal atenderá únicamente a la duración de la pena privativa de libertad y, en su caso, a la cuantía de la multa, no sólo por aplicación del artículo 192.3 CP, sino que también afectará al enjuiciamiento cuando deban aplicarse, a título de ejemplo, los artículos 187.2.a), 188.3.c) CP, que exceden de la competencia del Juzgado de lo penal, exclusivamente a consecuencia de la extensión de la pena de inhabilitación absoluta aparejada<sup>93</sup>.

## 5. Bibliografía

**AGUILERA DE PAZ, E.:** *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo I, 1912.

**AGUILERA MORALES, E.:** «El incidente de nulidad de actuaciones ex artículo 241 LOPJ: una mala solución para un gran problema», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 31, 2013, pp. 109-128.

---

92 *Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2021, la competencia para el enjuiciamiento de todos los delitos del Título VIII del Código Penal es de la Audiencia Provincial, lo que ha provocado un aumento considerable de los asuntos conocidos por estos órganos judiciales, que podría producir dilaciones en los enjuiciamientos en perjuicio de las víctimas y de su adecuada recuperación. Es necesario (...) volver a atribuir a los Juzgados de lo Penal el conocimiento y fallo de aquellos delitos contra la libertad sexual de los que venían conociendo hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2021, de 4 de junio, limitando el catálogo de las penas que determinan la competencia en estos delitos para circunscribirlas únicamente a las penas de prisión y/o multa.*

Obsérvese que este mismo argumento ya fue el que motivó el cambio de los topes punitivos entre estos órganos que se produjo con la Ley 36/1998 de 10 de noviembre, si bien en aquel momento (y hasta la reforma que introdujo la Ley 42/2015), la situación era más grave, puesto que contra las sentencias que dictaban, que lo eran en única instancia, las secciones de las Audiencias Provinciales únicamente podía interponerse recurso de casación, cualquiera que fuera el procedimiento, ordinario o abreviado, seguido.

Y, con lógica jurídico-procesal, esta nueva delimitación competencial sólo afectará a los procesos que se incoen con posterioridad a su entrada en vigor y a los que se encuentren ya incoados pero en los que aún no se haya dictado el auto de apertura del juicio oral —que es la resolución judicial a partir de la que cesa la competencia del Juzgado de Instrucción o el de Violencia sobre la Mujer, en su caso— se pronuncia sobre el órgano competente para conocer del acto del juicio y al que remite las actuaciones —art. 783 LECr—.

93 Y, aunque son muchos otros los preceptos penales en los que se señala una pena privativa de libertad no superior a 5 años que se impondrá conjunta o alternativamente con una de otra naturaleza con una extensión superior a 10 años y que, debido a ésta, dejan de ser enjuiciados por el Juzgado de lo Penal y pasan a serlo por las secciones de las Audiencias Provinciales, no será de aplicación esta modificación, manteniéndose la delimitación actualmente vigente y de carácter general.

**BACHMAIER WINTER, L.:** «La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 13, 2007.

**BARRIO ANDRÉS, M.:** «El régimen jurídico de los delitos cometidos en internet en el derecho español tras la reforma penal de 2010», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 27, 2011, pp. 35-50.

— «Hacking, cracking, grooming y otras conductas ilícitas en internet en el Código Penal español», en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 121, 2016.

**CARNELUTTI, F.:** *Lecciones sobre el proceso penal, Tomo II* (trad. SENTIS MELLENDO), Olejnik Ediciones, 1950.

**CORDÓN MORENO, F.:** «Comentario al art. 20 de la LECiv. Renuncia y desistimiento», en ARMENTA DEU, T. / CORDÓN MORENO, F. / TAPIA FERNÁNDEZ, I. / MUERZA ESPARZA JULIO, J., *Grandes Tratados. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I*, Aranzadi, 2011.

**CUADRADO RUIZ, M. <sup>a</sup>:** «El delito de matrimonio forzado», en PÉREZ ALONSO, E. J. / MERCADO PACHECO, P. / OLARTE ENCABO, S. / LARA AGUADO, Á. / RAMOS TAPIA, M. I. / POMARES CINTAS, E. / ESQUINAS VALVERDE, P. (coords.): *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 494-511.

**DE LA OLIVA SANTOS, A.:** «En torno a la renuncia del actor en el proceso civil», en VV. AA., *Escritos en homenaje a Prieto Castro, Tomo II*, Editora Nacional, 1979, pp. 622-626.

— «Límites temporales de la cosa juzgada civil», en MONTERO AROCA, J. (dir.), *Efectos jurídicos del proceso (cosa juzgada, costas e intereses, impugnaciones y jura de cuentas)*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 15, 1995, pp. 425-448.

— *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.

**DE LA OLIVA SANTOS, A. / ARAGONESES MARTÍNEZ, S. / HINOJOSA SEGOVIA, R. / MUERZA ESPARZA, J. / TOMÉ GARCÍA, J. A.:** *Derecho Procesal Penal*, 8.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, 2007.

**DE MIGUEL ASENSIO, P. A.:** *Derecho Privado de Internet (Estudios y Comentarios de Legislación)*, Civitas, 4.ª ed., 2011.

**DÍAZ PERALTA, E.:** *El matrimonio infantil y forzado en el derecho internacional: Un enfoque de género y de derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2019.

- DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I.:** «A vueltas con el incidente de nulidad de actuaciones», *Tribunales de Justicia: Revista española de derecho procesal*, n.º 7, 1999, pp. 615-620.
- ÉCIJA BERNAL, A.:** «Principales conductas antisociales de Internet. Análisis y propuestas de solución (I)», *Diario La Ley*, n.º 8956, 2017.
- ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B.:** «El delito de pornografía infantil», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, Aranzadi, 2015, pp. 447-458.
- ESLAVA RODRÍGUEZ, M.:** «El *locus delicti commissi* en los ilícitos contra la vida privada cometidos a través de internet», en *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, n.º 43, 2002, pp. 13-38.
- FERNÁNDEZ TAPIA, I.:** «Efectos objetivos de la cosa juzgada», en MONTERO AROCA J. (dir), *Efectos jurídicos del proceso (cosa juzgada, costas e intereses, impugnaciones y jura de cuentas)*, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 15, 1995.
- FONT SERRA, E.:** *La acción civil en el proceso penal: su tratamiento procesal*, Wolters Kluwer, 1991.
- GARNICA MARTÍN, J.:** «Nulidad de actuaciones después de la sentencia firme», en *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 4, 1990, pp. 897-926.
- GARRIDO CARRILLO, F. J.:** «Destrucción y realización anticipada de efectos judiciales», MORILLAS CUEVA, L. (dir.): *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, 2015, pp. 975-999.
- «Novedades en la destrucción y realización anticipada de efectos judiciales», en DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. / VEGAS TORRES, J. (Coords.); DE LA OLIVA SANTOS, A. (hom.), *Derecho, Justicia, Universidad: liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, vol. 1, 2016, pp. 1.311-1.328.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.:** *Inexistencia, nulidad del matrimonio y sistema matrimonial: el matrimonio constitucional, derecho a contraer y a no contraer matrimonio*, Bosch, 2012.
- GUERRERO PALOMARES, S.:** «Análisis comparativo entre el incidente de nulidad de actuaciones y la Audiencia al rebelde en la jurisdicción civil», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 5, 2002, pp. 497-516.
- GÓMEZ COLOMER, J. L.:** «Víctimas de trata: declaraciones y protección en el proceso penal», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, n.º 64, 2021, pp. 87-128.

- GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.:** «Alcance de la cosa juzgada en el proceso civil con pretensión indemnizatoria no deducida, o no reconocida, en el proceso penal anterior derivado de unos mismos hechos dañosos», en MONTERO AROCA J. (dir): *Efectos jurídicos del proceso (cosa juzgada, costas e intereses, impugnaciones y jura de cuentas)*, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 15, 1995.
- GÓMEZ ORBANEJA, E.:** *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo I, Bosch, 1947.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo II, Bosch, 1951.
- GONZÁLEZ MONTES, J. L.:** «Distinción entre la cosa juzgada y otros efectos de la sentencia», en MONTERO AROCA, J. (dir.), *Efectos jurídicos del proceso (cosa juzgada, costas e intereses, impugnaciones y jura de cuentas)*, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 15, 1995.
- GONZÁLEZ CHINCHILLA, M.:** «La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre: el 'nuevo' consentimiento sexual, desde la perspectiva de la eficacia probatoria en el proceso penal», en *Diario La Ley*, n.º 10154, 2022.
- GONZÁLEZ DE LA TAJADA, I.:** «Víctimas necesitadas de especial protección tras las últimas reformas en materia penal. Validez de la prueba preconstituida en fase sumarial: STS, de 19 enero 2016 (RJ 2016, 356)», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2016, pp. 177-178.
- GONZÁLEZ RUS, J. J.:** «El artículo 444 del Código Penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1979, Tomo 32, n.º 2, 1979, pp. 380-426.
- «La reforma de las agresiones sexuales», en *Diario La Ley*, n.º 9790, 2021.
- «Los delitos de agresiones y abusos sexuales», en *Derecho y Opinión*, n.º 3-4, 1995, pp. 355 /371.
- *La violación en el Código Penal español, Colección de Estudios penales*, n.º 4, 1982.
- MAGRO SERVET, V.:** «Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía de la libertad sexual», en *Diario La Ley*, n.º 10133, 2022.
- «Necesidad de la práctica de la prueba preconstituida con menores de edad en el Juzgado de Instrucción en los delitos de agresiones sexuales», en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 64, 2019.



- MANZANARES SAMANIEGO, J. L.:** «El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual», en *Diario La Ley*, n.º 10143, 2022.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.:** «La necesidad de un delito de matrimonio forzado en el código penal español, Persuadir y Razonar», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coord.); MAZA MARTÍN J. M. (hom.), *Estudios en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, Aranzadi Thomson Reuters, 2018, pp. 241-253.
- MONTERO AROCA, J.:** De la legitimación en el proceso civil, Bosch, 2006.
- «La cosa juzgada. Conceptos generales», MONTERO AROCA, J. (dir.): *Efectos jurídicos del proceso (cosa juzgada, costas e intereses, impugnaciones y jura de cuentas)*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 15, 1995.
  - «Presupuestos procesales y nulidad de actuaciones en el proceso penal», en *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 1, 1981, pp. 245-256.
- MONTERO AROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J. L. / BARONA VILAR, S. / CALDERÓN CUADRADO, M.ª P.:** *Derecho jurisdiccional II*, Tirant lo Blanch, 2018.
- MONTERO JUANES, F. J.:** «Internet. Responsabilidad civil y penal. Legislación», en *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, n.º 34, 2002, pp. 147-168.
- MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D.:** «El delito de aproximación a menores con fines sexuales a través de las tecnologías de la información y comunicación», en *Diario La Ley*, n.º 9762, 2020.
- MORENO ACEVEDO, R.:** «La pornografía infantil: especial referencia al delito de distribución pornográfica [art. 189.1 b) CP]», en *La Ley Penal*, n.º 149, 2021.
- MUERZA ESPARZA, J.:** «Sobre la renuncia a la acción civil en el proceso penal», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 989, 2022.
- MUÑOZ CUESTA, J.:** «La declaración del menor en el proceso penal: en especial cuando es víctima de un delito sexual», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2013, pp. 1-66.
- MUÑOZ MESA, S.:** «El consentimiento sexual en el anteproyecto de la ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual», en *Sepin*, 9 febrero 2021.
- MUÑOZ ROJAS, T.:** «Jurisprudencia sobre el proceso penal», en *Revista de derecho procesal Iberoamericana*, 1981, pp. 268-270.
- «Notas sobre la jurisdicción y la acción en el ámbito del proceso penal», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 1, 1977.
  - «Parte y justa parte en el proceso civil», en *Revista de Derecho Judicial*, n.º 4, 1960, pp. 48-70.

- NAVARRO MASIP, J.:** «La prueba testifical. Reflexiones sobre las garantías a la luz de la nueva corriente jurisprudencial: el artículo 730 en relación al 416.1 Ley Enjuiciamiento Criminal», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2009, pp. 141-167.
- OLALDE GARCÍA, A.:** «Reflexiones sobre las consecuencias de la entrada en vigor de la ley del "solo si es si"», en *Diario La Ley*, n.º 1077, 2022.
- ORTELLS RAMOS, M.:** «Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1.428 LEC», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 1, 1989, pp. 959-973.
- PASCUAL CADENA, A.:** *La prueba diabólica penal. Entelequia normativa y prisión preventiva*, J. M. Bosch, 2021.
- PASTOR LÓPEZ, M.:** *El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*, Universitat de València, 1979.
- PLANCHADELL GARGALLO, A.:** «Lectura de actuaciones sumariales: art. 730 LECrim», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 44, 2016.
- «Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Cuestiones penales y procesales», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 63, 2021.
  - «Protección de la víctima menor de edad, declaración en juicio oral y victimización secundaria», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 45, 2017.
  - «Protección procesal de las víctimas de trata: aproximación general», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, n.º 61, 2021.
- PORTAL MANRUBIA, J.:** «La incorporación de los dispositivos de almacenamiento masivo en el procedimiento penal», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2019.
- PUEBLA POVEDANO, A.:** *Procedimiento de la Ley Orgánica 10/80 para el enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes (legislación, comentarios prácticos y formularios)*, Hesperia, 1982.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. / GARRIDO ANTÓN, M. J.:** «Evitando revictimizar a los menores víctimas de delitos sexuales. La prueba preconstituida», en *Diario La Ley*, n.º 10026, 2022.
- RUBIO ALAMILLO, J.:** «La ley del "Sólo sí es sí": peritaje informático de autenticidad e integridad de un audio para ser aportado como prueba de descargo en una acusación de agresión sexual», en *Diario La Ley*, n.º 10176, 2022.

- SÁNCHEZ BRAVO, Á.:** «La regulación de los contenidos ilícitos y nocivos en Internet: Una propuesta desde la Unión Europea», en *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de derecho informático*, n.º 27-29, 1998, pp. 361-388.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.:** «El incidente de nulidad de actuaciones», en *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 1, 1982, pp. 43-94.
- SOSPEDRA NAVAS, F. J.:** «Comentario a las reformas procesales y sustantivas introducidas por la Ley Orgánica 8/21, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia», en *Aranzadi Digital*, n.º 1, 2021.
- TORRES ROSELL, N.:** *La denuncia procesal penal*, Montecorvo, 1991.
- «La desprotección de la víctima de los delitos de violencia de género durante la ejecución de la sentencia penal», en JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (dir.), *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, 2009, pp. 471-500.
  - «Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. 35, 2015, pp. 831-917.
  - «Un ejemplo concreto de la eficiencia organizativa proyectada: la jurisdicción y la competencia objetiva en los procesos por violencia de género», en DÍAZ PITA, M.ª P. (dir.), *Horizonte Justicia 2030*, Tecnos, 2023 (en prensa), pp. 45-89.
  - *La tutela jurisdiccional frente a la violencia de género y doméstica*, Editorial Técnica Avicam, 2019.
- TRAPERO BARREALES, M. A.:** *Matrimonios ilegales y derecho penal: bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*, Tirant lo Blanch, 2016.
- URBANO CASTRILLO, E.:** «Los delitos informáticos tras la reforma del CP de 2010», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2011.
- «El acoso y la delincuencia informática», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, 2018.
- VERGÉ I GRAU, J.:** *La nulidad de actuaciones*, Bosch, 1987.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.:** «Aproximación al matrimonio forzado desde la óptica de las víctimas», en *e-Eguzkilore.: Zientzia Kriminologikoen Aldizkari Elektronikoa = Revista electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.º 4, 2019.

**ZARAGOZA TEJADA, J. I.:** «Nuevos fenómenos criminales: la puesta a disposición, a través de las redes, de material apto para incitar al suicidio y a la autolesión a menores de edad e incapaces, y el delito de stalking», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2021.

— «Principio de no indagación y principio de contradicción. La introducción de declaraciones testimoniales practicadas en el extranjero sin presencia de las demás partes», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2022.

# **AVANCES EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIAS SEXUALES EN ESPAÑA ¿CÓMO HACERLA EFECTIVA EN EL MARCO DE LA LEY INTEGRAL PARA LA GARANTÍA DE LA LIBERTAD SEXUAL?**

**Manuel José García Rodríguez**

*Universidad Pablo de Olavide*

## **1. Introducción**

El presente capítulo tiene como objeto analizar algunas de las reformas que en el ámbito procesal penal han sido introducidas por la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS), y valorar en qué medida estas representan un avance para mejorar la tutela de los derechos que deben tener reconocidos las víctimas de violencias sexuales en España, durante su tránsito por el procedimiento judicial. Pues a partir de su consideración como una de las violaciones más graves de los derechos humanos que de forma más específica y desproporcionada afecta a las mujeres y niñas en la sociedad española, y siguiendo los estándares internacionales y europeos, reclamaban una mejor respuesta institucional en nuestro sistema legal.

Con este propósito, el texto de la ley aborda una amplia reforma del ordenamiento jurídico español, a fin no ya de proteger, sino de garantizar el ejercicio de la libertad sexual. Que por su envergadura recuerda a la Ley Orgánica 1/2004, 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LOMPIVG), cuando comprobamos que en su articulado, además del reconocimiento de esos derechos y la puesta en marcha de nuevos mecanismos para hacerlos efectivos, modifica a través de dieciséis disposiciones finales diversos textos legislativos para dar respuesta a la problemática de las víctimas de violencia sexual en nuestro país<sup>1</sup>. Entre los

---

1 ACALE SÁNCHEZ, M., «Valoración de los aspectos penales del proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral de la libertad sexual de 26 de julio de 2021», *Revista Sistema Penal Crítico*, n.º 2, 2021, p. 164.

cuales, sin perjuicio de destacar la importante reforma llevada a cabo en el Código Penal, analizada por otros autores en la presente obra, nosotros nos ocuparemos en particular de valorar las reformas realizadas por la norma en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECR), la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (LEVD), y la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (LAAVD).

Una normativa en la cual se incorporan diversas novedades, que con una perspectiva de género van dirigidas a reforzar los derechos de las víctimas en sede judicial y prevenir que puedan llegar a sufrir una victimización secundaria. De manera que con la nueva LO 10/2022, conocida como la ley del «solo sí es sí», nuestro legislador lo que persigue es mejorar entre otros extremos, el acceso y obtención de justicia para las víctimas de estas violencias, haciendo especial hincapié en hacer efectivos sus derechos a la información, protección y reparación de todos los daños y perjuicios sufridos. Y para hacerlo realidad, asume todos los compromisos internacionales y europeos suscritos en esta materia por el Estado español. Entre los cuales, queremos destacar en primer lugar el nuevo impulso que estos reciben en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, que en su objetivo 5 prevé entre sus metas «eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado»<sup>2</sup>. Sin olvidar los avances que se registran en la lucha contra este tipo de violencia en el contexto europeo, en el que constituye una referencia obligada el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul)<sup>3</sup>, ratificado por el Estado español en 2014. Al obligar a todos los Estados miembros a adoptar las medidas legislativas o de otro tipo para que la investigación y procedimientos judiciales relativos a todas las formas de violencia incluidas en su ámbito de aplicación se lleven a cabo «sin perjuicio del derecho de las víctimas en todas las fases del proceso penal» (art. 49).

Y más específicamente, por el interés que representan para el tema objeto de este trabajo, las nuevas disposiciones promulgadas en la Unión Europea con el fin de mejorar los derechos de las víctimas de este colectivo. Entre las cuales, es imprescindible considerar la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, que establece normas mínimas sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos,

---

2 NACIONES UNIDAS: *La Agenda para el Desarrollo Sostenible*. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/> [Consulta: 10-12-2022].

3 *Vid.* Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, en GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J.; TAMARIT SUMALLA, J. M. (prol.): *Código de los Derechos de las Víctimas* (3.ª ed.), Instituto Andaluz de Administración Pública, 2019, disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/servicios/publicaciones/detalle/79065.html> [Consulta: 10-12-2022].

y sustituye a la anterior Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal<sup>4</sup>. Cuya finalidad principal es poder ofrecerles una mejor respuesta a sus necesidades en el sistema penal, al valorar con muy criterio a nuestro juicio, los importantes progresos ya registrados en este ámbito de la justicia por las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, cuyas recomendaciones y directrices asume<sup>5</sup>. En la que las víctimas de violencia sexual, entre otros colectivos, son merecedoras de una particular protección en su articulado.

El cual fue implementado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 4/2015 y el Real Decreto 1109/2015, 11 de diciembre, que la desarrolla reglamentariamente (RLEVD). Si bien la nueva LO 10/2022, como trataremos de exponer en el presente capítulo viene a reforzar esos derechos, en atención a las especiales necesidades de protección que presenta este colectivo, que lo hace acreedor de medidas específicas a la hora de poder ofrecerle una tutela efectiva durante su paso por el procedimiento judicial, y conseguir prevenir a toda costa los efectos nocivos que para él puedan derivarse de la denominada victimización secundaria.

Por tanto, a través de la denominada Ley del «solo sí es sí», y las reformas que la misma introduce en diversas normativas ya vigentes en el sistema de justicia penal español, lo que pretende nuestro legislador en consonancia con la normativa internacional y europea, es dar una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas de las violencias sexuales en nuestro país. Que incluye como veremos, con carácter novedoso, la reparación integral de los daños y perjuicios que puedan sufrir, además de minimizar cualquier efecto traumático que pueda derivarse del delito. Además de considerar las particulares necesidades de asistencia que requiere este colectivo, que podrán ser valoradas en cada caso de forma individualizada para determinar aquellas medidas que mejor puedan adecuarse a sus necesidades. Con la previsión de una nueva red de servicios de apoyo orientados a su asistencia integral especializada y accesible, que pensamos que pueden ayudarles a su recuperación, siempre y cuando se les dote de profesionales suficientes y cualificados como se abordará en el último apartado de este capítulo.

En este sentido, hemos de considerar que la nueva LO 10/2022, a la hora de fortalecer los derechos de las víctimas de violencias sexuales ante el sistema de justicia penal, parte de la regulación específica que en esta materia ya estaba recogida en la Ley 4/2015, sobre el Estatuto de la víctima del delito.

4 Vid. Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, en GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J.: *Código de los Derechos de las Víctimas...*, *op. cit.*, pp. 229-260.

5 GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J.: «El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18, 2016, p. 3, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-24.pdf> [Consulta: 10-12-2022].

La cual es reformada para garantizar su protección de forma más efectiva y facilitar su acceso a los servicios de asistencia y apoyo, sin perjuicio de considerar otras modificaciones introducidas en nuestra norma procesal penal con este mismo fin, y las llevadas a cabo en el sistema público estatal de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Con el propósito de facilitarles que puedan recibir una adecuada compensación económica del Estado por los daños y perjuicios sufridos, cuando el autor de los hechos sea desconocido o sea declarado insolvente, que también será objeto de nuestra atención en este trabajo. Y que como veremos, con muy buen criterio a nuestro juicio, se declaran compatibles con otras ayudas económicas previstas específicamente por la norma para este colectivo.

Estamos por ello, ante un nuevo marco normativo garante de los derechos de las víctimas sexuales, que a partir de ahora se habrá de aplicar e interpretar en relación con la normativa general ya existente en nuestro ordenamiento para hacer efectivos los derechos de las víctimas, entre las que se encuentran las de violencia de género, una de cuyas manifestaciones más graves la constituye la violencia sexual. Y en relación a la cual, además se habrán de considerar los importantes desarrollos y avances normativos registrados en el derecho autonómico, a los que no ha sido ajena la Comunidad Autónoma de Andalucía. Pues de acuerdo a lo que establece su Estatuto de Autonomía (EA), la atención a las víctimas es un deber público, que se eleva a la categoría de uno de los principios rectores de las políticas públicas (art. 37.1.24 EA), además de reconocer el derecho de las mujeres a una protección integral contra la violencia de género (art. 16 EA). Proclamación que constituye una razón suficiente para que la Junta de Andalucía dentro de marco competencial, y anticipándose en muchas ocasiones a la normativa estatal, haya mostrado siempre una decidida voluntad a la hora de impulsar y mejorar estas políticas, regulando servicios y destinando recursos propios a este fin.

## **2. La información de las víctimas de violencias sexuales como garantía de acceso a la justicia**

Entre los derechos que la LO 10/2022 reconoce a las víctimas, con independencia de que sean o no parte en el proceso penal, destaca su derecho a la información y acompañamiento en el ámbito judicial. Una información que en todo caso se habrá de ofrecer de forma adaptada a su situación personal (art. 34 LOGILS), y que conforme a lo ya dicho, habrá de practicarse siguiendo las disposiciones previstas en el estatuto de la víctima, que con el mismo objetivo también establece a la hora de llevarla a cabo, la necesidad de usar un lenguaje sencillo y accesible desde su primer contacto con las autoridades. Debiendo aludir entre otros, a los siguientes extremos: medidas de asistencia y apoyo disponibles, derecho a denunciar, modo de solicitar medidas de protección, procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica, indemnizaciones



que puedan reclamar, servicios de interpretación y traducción, o medidas para proteger sus intereses cuando residan fuera de España<sup>6</sup>. A propósito del cual, queremos destacar la especial trascendencia que reviste el trámite procesal del ofrecimiento de acciones a la hora de garantizar este derecho en la práctica forense, además de poner en valor el papel fundamental que en esta función vienen desempeñando las Oficinas de Asistencia a las Víctimas. Sin perjuicio de otras iniciativas desarrolladas por las Administraciones Públicas, para facilitar a las víctimas de la violencia de género el acceso a esa información básica y esencial sobre sus derechos y los diferentes trámites del procedimiento judicial, permitiéndoles tomar las decisiones que más se ajusten a sus necesidades en cada momento<sup>7</sup>. Entre las cuales, destaca la elaboración en Andalucía de una guía divulgativa procesal para este colectivo<sup>8</sup>, que consideramos podría ser tomada como modelo para la elaboración de otras nuevas, para dar respuesta a las necesidades específicas de las víctimas de violencia sexual.

Estrechamente unido a la información, el estatuto también regula el derecho de las víctimas a participar activamente en el proceso penal, para el cual la Ley del «solo sí es sí» acertadamente potencia la labor de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas a la hora de asesorarles de cómo obtener la asistencia jurídica gratuita (art. 49 LOGILS). Aunque aplaza sin justificación alguna para este colectivo, el reconocimiento de este derecho con independencia de cuales sean sus recursos económicos, tal como ya lo hace para el colectivo de víctimas de la violencia de género en el art. 2. h) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, supeditándolo a una futura reforma de esta norma que se habrá de llevar a cabo en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley. Pues el hecho de que alguien con experiencia en este tipo de asuntos, que va a asumir la acusación particular defendiendo los intereses de la víctima, acompañe y guíe a la víctima es algo esencial, que puede ser desarrollado de forma eficaz por las y los Letrados adscritos al turno de oficio de los respectivos Colegios de Abogados, siempre que se garantice que cuentan con la suficiente especialización en este ámbito<sup>9</sup>.

6 GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J.: «Los derechos reconocidos a las víctimas del delito en la Ley 4/2015, de 27 de abril», en TORRES FERNÁNDEZ, C., JEREZ RIVERO, W., DE LA SERNA TUYA, J. M. (coords.), *Claves y retos de una justicia del siglo XXI: derechos, garantías y procedimientos*, Dykinson, 2022, p. 145.

7 GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J.: «Hacia un nuevo protagonismo de las víctimas en el proceso penal español», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 35, 2015, p. 11.

8 JUNTA DE ANDALUCÍA: *Guía divulgativa procesal para mujeres víctimas de violencia de género: el diario de una mujer libre*, Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía, 2013. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/justiciaadministracionlocaly-funcionpublica/servicios/publicaciones/detalle/77065.html> [Consulta: 10-12-2022].

9 MARCO FRANCIA, M. P.: «Victimización secundaria en los delitos sexuales. Consentimiento y enjuiciamiento a la víctima. Con especial referencia al caso de 'La Manada'», en FARALDO CABANA, P. / ACALE SÁNCHEZ, M. (dirs.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 318.

Debiéndose también considerar en este punto, la novedosa regulación que el estatuto realiza en orden a reforzar la intervención de las víctimas durante la ejecución penal (art. 13 LEVD). Lo que tiene una particular trascendencia para este colectivo, al reconocerles de forma expresa su derecho a impugnar ante los tribunales determinadas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de la condena en delitos de especial gravedad, entre los que lógicamente podrán incluirse con frecuencia los relacionados con las violencias sexuales. Además de legitimarlas para facilitar cualquier información que resulte relevante sobre la ejecución de la pena impuesta, la responsabilidad civil, o el decomiso que hubiera sido acordado, así como para solicitar el control sobre los liberados condicionales condenados por hechos como los que afectan a esta violencia sexual, de los que pueda derivarse razonablemente una situación de riesgo o peligro para ellas<sup>10</sup>.

Asimismo, en el contexto de la participación, el estatuto también alude a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa (art. 15 LEVD), entre los que reviste especial trascendencia la mediación penal. La cual se declara excluida con muy buen criterio a nuestro juicio, cuando pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima u originarle cualquier otro tipo de perjuicio para ella, o esté expresamente prohibida por la ley para el delito cometido. Tal como se preveía en nuestro derecho para las infracciones relacionadas con la violencia de género, donde está vedada con arreglo a lo dispuesto en el apartado 5.º del art. 87 ter LOPJ redactado por el art. 44 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Y resulta también conforme con lo dispuesto en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, cuyo art. 48.1 establece que las partes «adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio». Lo que obligará a las personas mediadoras a prestar una especial atención a la cuestión de saber si ha tenido lugar este tipo de violencia sexual entre las partes, antes de comenzar este tipo de procesos con el fin de evitar cualquier tipo de efecto perjudicial para las víctimas.

Un criterio que ha sido seguido en la nueva regulación del art. 3.1 LEVD llevada a cabo por la DF 12.ª de la Ley del «solo sí es sí», al establecer que en todo caso «estará vedada la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual y de violencia de género». Debiéndose apuntar como novedad, que estas restricciones no únicamente se habrán de aplicar en el ámbito de la jurisdicción de adultos, sino también en el contexto de la justicia penal de menores, tras la modificación del art. 19.2 de la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad de los menores por la DF 7.ª de la LO 10/2022. Al prever

---

10 GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J.: «Hacia un nuevo protagonismo...», *op. cit.*, pp. 14-15.

ahora con muy buen criterio al hilo de lo ya comentado, que este tipo de medidas cuando sean consecuencia de la comisión de alguno de los delitos tipificados en los capítulos I y II del Título VIII del Código Penal, o estén relacionados con la violencia de género, no tengan efecto salvo que la víctima lo solicite expresamente y que el menor, además haya realizado la medida accesoria de educación sexual y para la igualdad. Lo que implica en este concreto ámbito de la justicia de menores respetar la autonomía de voluntad de las víctimas, teniendo en cuenta cuales puedan ser los intereses y necesidades que estas manifiesten, sin restricciones o limitaciones apriorísticas que de forma paternalista puedan cercenar su decisión libre de participar en este tipo de procesos restaurativos. Una regulación que consideramos que aún con mayor fundamento, podría haberse adoptado también con ocasión de las reformas operadas por la LO 10/2022 para ser aplicada en la jurisdicción de adultos.

### **3. Hacia una mejora de la protección a las víctimas de violencias sexuales: ¿qué nuevas medidas se prevén para hacerla efectiva?**

Las cuestiones relacionadas con la protección de las víctimas de violencias sexuales durante su intervención en el proceso penal, también revisten particular interés en el marco de la Ley del «solo sí es sí». Prestándose en su articulado una especial atención a proteger la intimidad y datos personales de las víctimas afectadas por este tipo de criminalidad (art. 50 LOGILS). Si bien en este punto, conforme a lo dicho, habrá de partirse de lo regulado con carácter general en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECR) y el estatuto jurídico de las víctimas (LEVD), cuyo articulado ha sido objeto de diversas reformas por la LO 10/2022 con el fin de garantizar más efectivamente su seguridad. De modo que tratando de responder a este objetivo, la DF 1.<sup>a</sup> de la LO 10/2022, modifica entre otros los artículos 13, 544 bis, 681.3 y 709 LECR, con el fin de facilitar entre otras medidas, la retirada provisional de los contenidos ilícitos cuando este tipo de delitos se cometa a través de internet, teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o comunicación, y prohibir expresamente la divulgación o publicación de información relativa a las víctimas de este tipo de delitos. Además de otras dirigidas a que el Tribunal pueda evitar con ocasión de la vista oral que se les puedan formular aquellas preguntas innecesarias relativas a su vida privada, «en particular a su intimidad sexual», que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado. Reforma esta última, que la LO 10/2022 ha querido complementar con la acometida en el estatuto de la víctima a través de su DF 12.<sup>a</sup> —modificando entre otros, los arts. 23, 25 y 26 LEVD—. Sin desconocer que en el plano del derecho penal, la unificación de las agresiones y abusos sexuales en una sola figura delictiva llevada a cabo por la norma, también puede evitar

la revictimización que sufren muchas víctimas que interponen la denuncia y comprueban cómo durante los distintos interrogatorios se invade su privacidad hasta el punto de poder distinguir hasta el más mínimo detalle del acto sexual impuesto<sup>11</sup>.

Pues el tratamiento de estos interrogatorios reviste especial trascendencia en este tipo de criminalidad, y como advierte RUEDA SORIANO plantea diversas cuestiones, tanto de tipo formal como de fondo<sup>12</sup>. Ya que desde el aspecto formal, deberán diseñarse para ocasionar el menor dolor posible a las víctimas, aunque sin pérdidas de información relevante ni de garantías. Y en cuanto al fondo, es conveniente establecer determinados límites, lo que exige en cada caso identificar con carácter previo aquella información que sea precisa, para descartar la innecesaria, valorando de modo particular aquella que pueda referirse a datos de la vida privada de la víctima que vaya a declarar. De manera, que la protección de la intimidad de la víctima, a través de los arts. 709 LECR y 25.2 LEVD, vendría a imponer al órgano de enjuiciamiento una obligación reforzada de examinar la pertinencia de las preguntas que se realizan a la víctima, en razón de su intimidad. Lográndose con ello, que la admisión de esta clase de preguntas se realice con motivación expresa, ponderándose el derecho a la intimidad de la víctima, por una parte, y por otra, la relevancia de la cuestión planteada para el esclarecimiento de los hechos. A partir de la cual, el Tribunal pueda realizar un cuidadoso examen de esas preguntas, para que en aquellas en que se vea comprometida su intimidad, realice una función expresa de motivación acerca de su pertinencia<sup>13</sup>.

Siendo importante destacar que a tales fines, lo más adecuado sería que el canon de comparación fuera un concepto de intimidad adaptado a las particularidades de cada víctima, sobre la base de la necesaria valoración individual de sus necesidades conforme se prevé en su estatuto jurídico (arts. 23 y 24 LEVD)<sup>14</sup>. Ya que con arreglo a este principio de individualización, el desarrollo y aplicación de sus derechos deberá realizarse en función de sus circunstancias personales, exigiéndose una concepción flexible en la respuesta que se les pueda ofrecer<sup>15</sup>. De modo que la atención a las víctimas deberá ser realizada siempre a medida, en función de sus necesidades particulares.

---

11 ACALE SÁNCHEZ, M.: «Delitos sexuales: razones y sin razones para esta reforma», *IgualdadES*, n.º 5, 2021, p. 483.

12 RUEDA SORIANO, Y.: «El proceso como mal necesario: víctimas y victimarios», *Jueces para la Democracia*, n.º 101, 2021, p. 22.

13 GUTIÉRREZ AZANZA, D. A.: «Protección de la víctima frente a preguntas relativas a su intimidad», *La Ley Penal*, n.º 156, mayo-junio 2022, p. 7.

14 GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J.: «Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección y asistencia en el marco del proceso penal», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 41, 2017, p. 10.

15 TAMARIT SUMALLA, J. M.: «Una lectura victimológica del estatuto de las víctimas», *Cuadernos penales José María Lidón*, n.º 13, 2017, p. 122.

Tanto de las demandadas por ellas, como de las detectadas por los distintos profesionales que hayan de intervenir en su asistencia<sup>16</sup>.

No obstante, cuando se aprecie un peligro grave para las víctimas o sus familiares, éstas también se podrán beneficiar de las medidas previstas en la LO 19/1994, 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. Que con el fin de evitar estos riesgos durante la tramitación de los procedimientos, arbitra los mecanismos necesarios para: a) evitar que consten en las diligencias que se practiquen su nombre y apellidos, domicilio o profesión, dotándoles de un número o clave, o fijar como domicilio de notificaciones el órgano judicial; b) comparecer utilizando cualquier medio o procedimiento que imposibilite su identificación visual normal, para preservar su imagen, y c) gozar de protección policial durante el proceso o una vez finalizado el mismo, si persistiera el peligro. Si bien, entre todas esas medidas protectoras, consideramos que presenta un particular interés el uso de la videoconferencia, al constituir un sistema muy útil para facilitar que las víctimas puedan declarar en el proceso con plena libertad cuando concurren circunstancias determinantes de una especial presión sobre ellas o sus familiares, coadyuvando en este sentido a evitar o paliar su victimización secundaria<sup>17</sup>. De manera, que cuando «concurran razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como testigo u otra condición pueda resultar gravosa o perjudicial, el Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia» (art. 325 y 731 bis LECR y 229.3.º LOPJ).

Razón por la cual, valoramos como una buena práctica, la aprobación del Protocolo de colaboración suscrito entre el Ministerio de Justicia, la Consejería de Justicia, el Tribunal Superior de Justicia y la Fiscalía, para facilitar su utilización en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía<sup>18</sup>, que con-

16 MARCO FRANCIA, M. P.: «Victimización secundaria en los delitos sexuales...», *op. cit.*, p. 325.

17 GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J.: «El nuevo estatuto...», *op. cit.*, p. 63.

18 *Vid.* Resolución de 21 de junio de 2010, de la Secretaría de Estado de Justicia, por la que se publica el Protocolo general de colaboración con la Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Andalucía, para establecer el procedimiento a seguir para la utilización de la videoconferencia en la Administración de Justicia (BOE n.º 186, 2 de agosto de 2010), que en su apartado séptimo establece las peculiaridades para ser usada en la declaración de las víctimas y testigos en el juicio oral:

«7.1. Se articula el presente sistema para facilitar que las declaraciones en el acto del juicio oral de testigos-víctimas de delitos de violencia doméstica o de género, agresiones sexuales, redes de prostitución, detenciones ilegales, tráfico de drogas y todos aquellos tipos penales en los que la autoridad judicial lo considere oportuno, se realicen por el sistema de videoconferencia.

7.2. La finalidad del sistema se dirige a preservar la intimidad en la declaración de la víctima o testigo para evitar una victimización secundaria que supondría la declaración ante la presencia física del acusado en el juicio oral».

tiene una mención expresa a las víctimas de violencias sexuales. Y en cuya aplicación consideramos que las Oficinas de Asistencia a las Víctimas pueden desarrollar un importante papel, en su función de proteger a la víctima a su paso por los distintos organismos e instituciones con las que entre en contacto, de modo que la dinámica judicial no le genere un daño o perjuicio adicional al producido por el delito, informándolas sobre la posibilidad de utilizar este sistema, gestionando su solicitud y ofreciéndoles acompañamiento y apoyo durante las actuaciones en las que deba intervenir.

Asimismo, y en aras de conseguir esa efectiva protección de la intimidad de las víctimas de violencias sexuales, en el marco de la legislación procesal vigente podrá acordarse que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas (arts. 680, 681 LECR y 232.2 LOPJ). Además de prohibir en todo caso la divulgación o publicación de información relativa a su identidad, o de aquellos datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección. Lo que ya se reconocía de forma específica a favor de las víctimas en los procedimientos relacionados con la violencia de género en el art. 63 LOMPIVG<sup>19</sup>, y ahora se ha incluido también de manera específica para las víctimas de delitos de violencia sexual, tras la nueva redacción del art. 681.3 LECR llevada a cabo por la DF 1.º 4 de la LO 10/2022.

Lo que obliga de forma especial a los medios de comunicación en este ámbito de la criminalidad sexual, imponiéndole una serie de limitaciones dirigidas a prevenir la denominada victimización mediática, entendida como aquella que se produce por la exposición pública de quienes han sufrido el ataque a su integridad sexual<sup>20</sup>. Dado que estos medios tienen una gran influencia en la sociedad y en su percepción, y sus noticias pueden dar una imagen distorsionada sobre esta criminalidad, los delincuentes y sus víctimas, sin realizar ningún tipo de análisis de los hechos, sus causas o sin contar con expertos en la materia para que informen a la población de una manera adecuada<sup>21</sup>. De forma que a menudo se elaboran noticias sensacionalistas o que se centran en el análisis del comportamiento y de la vida de la

- 
- 19 Artículo 63. *De la protección de datos y las limitaciones a la publicidad.*  
«1. En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género se protegerá la intimidad de las víctimas; en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia.  
2. Los jueces competentes podrán acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas».
- 20 ALONSO, M.: «Medios de comunicación y víctimas de violencia sexual», en MARCHIORI, H., *Victimología 16: Prevención factores de victimización*, Brujas, 2016, p. 113.
- 21 CÓRDOBA, C. R.: «La victimización secundaria en la violencia sexual. Análisis de la victimización secundaria en casos de abusos y agresiones sexuales, y sexting», *Ehquidad International Welfare Policies and Social Work Journal*, n.º 117, enero 2022, p. 182.

víctima, cuestionando su credibilidad y su manera de comportarse, juzgándola moralmente de manera implacable<sup>22</sup>. Lo cual influye en cómo la víctima es percibida por la sociedad, agravando para ella las consecuencias derivadas del hecho delictivo y añadiéndole un trauma adicional, que le genera sentimientos de vulnerabilidad, culpabilidad, indefensión y desprotección. Y es que, entre esas reacciones sociales que se producen cuando el hecho se da a conocer por los medios, no es difícil encontrar actitudes que se olvidan del asunto principal —el atentado contra los bienes jurídicos de los que es titular la mujer— y se centran en el comportamiento de la víctima que lo provocó, llegándola a culpabilizar de lo sucedido<sup>23</sup>.

Ante la victimización sexual, los medios de comunicación como advierte ALONSO a menudo «exponen a la persona, su sufrimiento, las circunstancias que rodearon la violencia sexual, su grupo familiar y de referencia. Se exhibe la historia y el presente de la víctima. Se desnudan sus padecimientos. Se muestran lugares que refieren a la víctima. Se emiten opiniones que prejuzgan y condenan a la víctima, en sus rutinas, valores, modos de vivir, de vestir, etc. [...] Se alimenta el amarillismo voraz que vende y posiciona desde la superficialidad; o se justifican y exculpan a los abusadores con mucha liviandad y ligereza, sin medir los riesgos que implican para las personas afectadas por estas situaciones»<sup>24</sup>. Y cuando esto ocurre, como afirma ACALE SÁNCHEZ la agresión a la intimidad ya no tiene freno, porque es imparable y no hay tampoco forma de reparar el daño causado<sup>25</sup>.

Por ello, debemos atender a la amplitud y gravedad de los efectos de esta modalidad mediática de revictimización, tanto para quien sea víctima de este tipo de actos, como también para su familia. Pues tal como se ha expuesto, su cobertura por los medios, resulta a veces insensible y descuidada, imprudente, amarillista, prejuiciosa, contraproducente y, no pocas veces, lesiva, implicando un agravamiento del sufrimiento emocional y psicológico de las víctimas y su grupo familiar, lo que constituye otra forma de daño, abuso o maltrato que se suma al ya sufrido<sup>26</sup>.

Asimismo, es importante destacar que el sistema general de protección que se recoge en el Estatuto de la víctima (art. 21 y 22 LEVD), se completa con un conjunto de medidas específicas que también podrán ser adoptadas atendiendo a las características personales de la víctima, naturaleza y circuns-

22 MARCO FRANCIA, M. P.: «Victimización secundaria en los delitos sexuales...», *op. cit.*, p. 322.

23 ACALE SÁNCHEZ, M.: «El género como factor condicionante de la victimización y de la criminalidad femenina», *Papers. Revista de Sociología*, vol. 102, n.º 2, 2017, pp. 25 y 26.

24 ALONSO, M.: «Medios de comunicación y víctimas...», *op. cit.*, p. 113.

25 ACALE SÁNCHEZ, M.: «El género como factor condicionante de la victimización...», *op. cit.*, p. 26.

26 ALONSO, M., «Medios de comunicación y víctimas...», *op. cit.*, p. 113.

tancias del delito sufrido, así como a la gravedad de los perjuicios causados. De forma que junto a la remisión a la vigente normativa procesal, el estatuto también prevé medidas concretas para determinados colectivos necesitados de una especial protección, entre los que deben entenderse incluidas ahora las víctimas de violencias sexuales, en particular cuando se trate de menores de edad o personas con discapacidad, cuya tutela se ha reforzado tras la última reforma llevada a cabo por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Debiéndose asimismo advertir, que la adopción de estas medidas protectoras y el acceso a determinados servicios de apoyo, habrán de ir siempre precedidas de una evaluación individualizada de la víctima (art. 23 y 24 LEVD), para determinar cuáles sean sus necesidades de protección específica y las eventuales medidas especiales aplicables, que podrán ser actualizadas durante el transcurso del proceso cuando se produzca un cambio sobrevenido en ellas. Además de poner en valor la opción de nuestro legislador, a la hora de determinar que sean las oficinas de asistencia a las víctimas (art. 28.2 LEVD), las encargadas de realizar esta valoración, por considerarlas como el recurso más cercano a sus necesidades. Y que mejor puede por tanto llegar a conocerlas, con ocasión del trabajo realizado con cada una de ellas en cumplimiento de sus funciones de información, asesoramiento, y atención integral que las mismas desarrollan desde el inicio de las actuaciones judiciales, como veremos a continuación<sup>27</sup>.

Unas medidas mediante las cuales el estatuto también trata de dar respuesta a las necesidades de las personas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección (art. 25 y 26 LEVD), a las que ofrece una atención preferente en su articulado. Con disposiciones especialmente dirigidas a evitar su confrontación visual con el acusado cuando se les tome declaración, que podrá ser realizada a través de expertos y ser grabada por medios audiovisuales para ser reproducida en el acto del juicio en los casos y condiciones que se determinan por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y que ahora la LO 10/2022 tras la reforma del art. 26 LEVD ha hecho extensibles a todas las víctimas de violencias sexuales, para evitar o limitar en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para ellas, previniendo la denominada victimización secundaria. Lo que a partir de ahora determinará que la acusación particular, pueda pedir la preconstitución de la prueba en este tipo de casos para ser reproducida más tarde en el juicio oral, suponiendo una importante novedad para evitar la victimización de las mujeres mayores de 14 años víctimas de violencia sexual<sup>28</sup>.

---

27 GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J.: «Evaluación individual...», *op. cit.*, p. 13.

28 MAGRO SERVET, V.: «Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía de la libertad sexual», *Diario La Ley*, n.º 10133, 19 de septiembre de 2022, p. 27.



Regulación que valoramos muy positivamente, por cuanto viene a ratificar las reformas ya acometidas durante los últimos años en nuestra legislación procesal con el fin de atender muy especialmente a las necesidades de las víctimas menores de edad o con discapacidad durante su intervención en el proceso. Al abrir paso a la posibilidad de acudir en estos casos a la prueba preconstituida durante la fase de instrucción en los términos previstos en los nuevos artículos 449 bis, 449 ter y 703 bis LECR, en relación a otros que también fueron reformados por la LO 8/2021, de 4 de junio, anteriormente comentada (arts. 433, 448, 707, 730, 777 y 788 LECR).

De manera, que en este contexto de las violencias sexuales, hemos de considerar a la prueba preconstituida como un instrumento muy adecuado para evitar la ya referida victimización secundaria, particularmente eficaz cuando las víctimas son personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección, que con frecuencia sufren este tipo de criminalidad. Y para las cuales en atención a su especial vulnerabilidad, se establece su obligatoriedad en estos casos. Razón por la cual la autoridad judicial, una vez practicada la prueba preconstituida, sólo podrá acordar motivadamente su declaración en el acto del juicio oral, cuando interesada por alguna de las partes, lo considere necesario. Motivo que justifica que ahora se haya convertido en excepcional la declaración en juicio de los menores de catorce años y de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, estableciéndose como norma general su práctica durante la fase de instrucción y su reproducción en el acto del juicio para evitar de esta forma que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha del juicio oral afecten a la calidad del relato, así como para prevenir su victimización secundaria.

Tal como ha sido reconocido es sus más recientes pronunciamientos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque exigiendo la concurrencia de una serie de requisitos para conferirle validez — SSTS 178/2018, de 12 de abril, 579/2019, de 26 de noviembre, 44/2020, de 11 de febrero, 88/2021, de 3 de febrero, o 987/2021, de 15 de diciembre, entre otras—, recordando la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional — SSTC 174/2011, 7 de noviembre y 57/2013, 11 de marzo)—, que se han pronunciado favorablemente sobre esta cuestión. Y han permitido establecer unas directrices básicas de buena práctica, que cobran un particular interés en el tratamiento judicial de menores víctimas de delitos sexuales<sup>29</sup>, conciliando el derecho de las víctimas a su protección y el de los acusados a un derecho justo con todas las garantías.

---

29 GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J.: «Evaluación individual...», *op. cit.*, p. 24.

## **4. La asistencia y reparación integral a las víctimas por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la violencia sexual**

### **4.1. La asistencia a las víctimas durante su tránsito por el proceso judicial**

Otro de los extremos fundamentales para facilitar a las víctimas de violencias sexuales el acceso a la justicia, es procurarles desde su primer contacto con las autoridades una adecuada asistencia para dar respuesta a todas sus necesidades. Una labor en la cual habrán de seguir desempeñando un papel protagonista las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, que se han de considerar como un interlocutor válido para canalizar sus demandas ante el sistema de justicia penal. Y aunque estas oficinas asistenciales ya se habían implantado por el Ministerio de Justicia y diversas Comunidades Autónomas, entre ellas Andalucía, como un servicio público y gratuito en el ámbito de sus competencias de acuerdo a las previsiones de la Ley 35/95, 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (art. 16 LAAVD). Sin embargo la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima, abordó más ampliamente la regulación de su funcionamiento, con el firme propósito de generalizar una atención integral e interdisciplinar —jurídica, psicológica y social— a todas las personas que hayan sido víctimas de cualquier hecho delictivo. Si bien entre ellos se habrá de prestar especial atención a los relacionados con la delincuencia sexual, dada la vulnerabilidad que presentan las víctimas ante este tipo de criminalidad<sup>30</sup>.

Razón por la cual la nueva LO 10/2022, persigue acertadamente reforzar la asistencia que debe recibir este colectivo, regulando nuevos servicios de asistencia integral especializada y accesible para las víctimas (art. 35 LOGILS), con centros de crisis 24 horas y servicios de recuperación integral, entre otros. A través de los cuales se persigue brindar a las víctimas, familiares y personas de su entorno, la atención psicológica, jurídica y social que precisen, además de tener encomendadas importantes funciones en su acompañamiento y recuperación integral a largo plazo. Y que con muy buen criterio a nuestro juicio, se determina que habrán de actuar coordinadamente y en colaboración con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, los órganos judiciales competentes, los servicios sanitarios, las unidades de valoración forense y las instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas de su ámbito geográfico correspondiente, y en particular con las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

---

30 JUNTA DE ANDALUCÍA: Servicio de Asistencia a Víctimas en Andalucía (SAVA), Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública. Disponible en: <https://www.junta-deandalucia.es/organismos/justiciaadministracionlocalyfuncionpublica/areas/asistencia-victimas/servicio.html> [Consulta: 10-12-2022].

Sin perjuicio de hacer extensiva también esa coordinación a otros recursos existentes para dar respuesta a las mujeres víctimas de la violencia de género, ya creados al amparo de la LO 1/2004, que al regular el derecho a la asistencia integral de estas víctimas, también contempla la creación de estos servicios especializados de atención, de emergencia, de apoyo y acogida dirigidos a su recuperación integral a través de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales (art. 19. 1 y 2 LOMPIVG). Y que concretamente en Andalucía se reforzaron, tras la reforma introducida por la Ley 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género. Cuya experiencia dilatada en la atención a este colectivo no debiera desaprovecharse, poniéndola en valor junto al resto de nuevos servicios que vayan a ser creados.

De manera que, partiendo del marco legal comentado y la experiencia acumulada durante todos estos años por el trabajo llevado a cabo por todos estos servicios, lo que ahora se persigue con esta nueva regulación de la LO 10/2022 adaptada a las exigencias de las disposiciones de la normativa internacional y europea, es crear otros nuevos y delimitar mejor el ámbito de actuación de los ya existentes. Dotándolos de un marco legislativo regulador del cual carecían, y que los profesionales que trabajan en contacto con las víctimas venían demandando desde hacía años. Y en el cual la Ley 4/2015, sobre el Estatuto de la víctima pensamos que debe constituir el referente, cuyas disposiciones relativas a las actuaciones y funciones atribuidas a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas fueron desarrolladas de forma más exhaustiva y detallada con la aprobación del RD 1109/2015. Que en este punto, sigue el ejemplo pionero que en el ámbito del Derecho autonómico representa la regulación normativa de estas oficinas en la Comunidad Andaluza a través del Decreto 375/2011, 30 de diciembre, que regula el Servicio de Asistencia a Víctimas en Andalucía (SAVA)<sup>31</sup>. Al ser configurado como un servicio de carácter público, universal y gratuito, que bajo la dirección y coordinación de la actual Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública de la Junta de Andalucía, tiene como objetivo general prestar una atención integral y coordinada a los problemas padecidos por las víctimas como consecuencia de su victimización y dar respuesta a sus necesidades específicas en los ámbitos jurídico, psicológico y social, mediante la intervención interdisciplinar de su equipo técnico.

Asimismo, y teniendo en cuenta el importante papel desarrollado por estas oficinas a la hora de garantizar una tutela integral de las víctimas de violencias sexuales, ponemos en valor el fortalecimiento de la coordinación de estas oficinas con los nuevos servicios que ahora pone en marcha la nueva

31 Vid. Decreto 375/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el Servicio de Asistencia a las Víctimas en Andalucía, en GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *Código de los Derechos de las Víctimas*, op. cit., pp. 865-882.

Ley del «solo sí es sí». Una labor en la que creemos imprescindible seguir trabajando para reforzar un marco de colaboración entre todas las Administraciones implicadas. Creyendo que podría tomarse como una buena práctica a seguir, el Convenio firmado entre el Ministerio de Justicia, la Junta de Andalucía y el Consejo General del Poder Judicial en el marco de la violencia de género, que incluye como anexo un Protocolo que establece el itinerario de coordinación de actuaciones necesarias por todos los organismos implicados en ofrecer atención y asistencia social integral a las víctimas, como son los Centros Provinciales del Instituto Andaluz de la Mujer y los Servicios de Asistencia a las Víctimas en Andalucía (SAVA)<sup>32</sup>. Al tener encomendadas importantísimas funciones para dar respuesta de forma proactiva a las necesidades que puedan presentar las víctimas de violencias sexuales. Siendo imprescindible conforme a lo ya dicho, su coordinación con los nuevos recursos que ahora en el marco de la LO 10/2022 se habrán de poner en marcha.

## **4.2. ¿Cómo hacer efectiva la reparación integral a las víctimas en el ámbito de las violencias sexuales?**

En este apartado, queremos valorar las nuevas medidas contempladas en la LO 10/2022 para garantizar la efectiva reparación de los daños y perjuicios sufridos por las víctimas de violencias sexuales, ampliando para ellas las ayudas económicas reconocidas al amparo de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (DF 5.<sup>a</sup> LOGILS), tras la última reforma pro víctima que fue acometida en dicha norma por la Ley 6/2018, de 3 de julio (DF 5.<sup>a</sup>.2). Que desarrolla todo su potencial en este tipo de victimizaciones, cuando la indemnización declarada en la sentencia judicial no pueda ser satisfecha por la o las personas civil o penalmente responsables del delito, de acuerdo con la normativa procesal penal vigente.

Mereciendo ser destacadas entre las reformas que la LO 10/2022 introduce en la Ley 35/1995 (DF 5.<sup>a</sup>), en primer lugar la exoneración de los requisitos de nacionalidad que con carácter general son exigidos a los beneficiarios para acceder a este tipo de ayudas (art. 2.1 LAAVD). Pues cuando la afectada sea una mujer víctima de violencia sexual, se prevé que pueda acceder a las mismas la nacional de cualquier Estado que se halle en España, cualquiera que sea su situación administrativa. Y aunque en principio esta opción nos merece un juicio positivo, por seguir el mismo criterio ya establecido en la norma para las víctimas de violencia de género, resulta criticable por discri-

---

32 *Vid.* Protocolo anexo a la Resolución de 19 de septiembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Justicia, en GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J.: *Código de los Derechos de las Víctimas...*, *op. cit.*, pp. 771-778.

minatorio el que no se haya contemplado su aplicación para todas las víctimas de estas violencias sin excepción alguna, en la medida que todas ellas podrán sufrir los mismos daños y perjuicios como consecuencia de este tipo de victimización. Asimismo, resulta destacable entre las referidas reformas incorporadas a la Ley 35/1995, el incremento del 25 % que a partir de ahora se habrá de sumar en el cálculo de los importes de las distintas ayudas en ella previstas (art. 6.2 LAAVD), cuando la afectada sea una víctima de violencias sexuales en los términos previstos en el art. 3.2 LOGILS.

En línea con lo dicho, también nos merece un juicio positivo la ampliación de la antigua ayuda destinada a reparar los daños en la salud mental de las víctimas en los supuestos de delitos contra la libertad sexual, contemplada en el anterior art. 6.4 LAAVD, que se ha visto notoriamente favorecida tras la reforma introducida en él por la LO 10/2022. Pues si originalmente se preveía, que estuviera destinada a sufragar los gastos de tratamiento terapéutico que libremente eligiera la víctima en una cuantía máxima de 5 mensualidades del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), conforme a lo establecido en el art. 17 del reglamento de la Ley, aprobado por el RD 738/1997, de 23 de mayo. Ahora, tras la reforma del citado art. 6.4 LAAVD, se establece que el importe de la ayuda sufragará la reparación económica de los daños y perjuicios sufridos por la víctima, debiendo ser evaluados, al menos los siguientes conceptos: «a) el daño físico y mental, incluido el daño a la dignidad, el dolor, el sufrimiento y la angustia emocional; b) la pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales; c) los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) el daño social, incluida la exclusión de la familia o comunidad; e) el tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva libremente elegido por la víctima, en la cuantía máxima que reglamentariamente se determine; y f) las actividades domésticas y de cuidados no remuneradas».

Razón por la cual consideramos que la reforma del art. 6.4 LAAVD, mejora sustancialmente la anterior regulación de las ayudas para gastos de tratamiento terapéutico derivadas de delitos contra la libertad sexual, al superar las limitaciones que tenían las víctimas de este colectivo para acceder a las mismas, tanto a nivel legislativo como en la aplicación práctica de la norma<sup>33</sup>. Lo que determinaba que solo una proporción muy baja de estas víctimas que tenían derecho a las mismas pudieran recibirla, y que como señala SOLETO MUÑOZ podía ser explicada fundamentalmente por dos factores limitativos que concurrían en dicha regulación: por una parte, una limitación referida a la victimización —que tenía que causar daños en la salud mental de la víctima—, y por otro, una limitación referida al objetivo de la ayuda, que estaba únicamente destinada a financiar el tratamiento terapéutico en este tipo de

33 ARANTEGUI ARRÀEZ, L. / TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La reparación a las víctimas de abuso sexual infantil: la necesaria reforma de los mecanismos de compensación», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 42, 2022, p. 13.

delitos sexuales<sup>34</sup>. Y si bien conforme a la anterior regulación, la determinación de la necesidad de ese tratamiento terapéutico quedaba a expensas de la emisión de un informe por el médico forense. Ahora tras la reforma del art. 6.4 LAVVD, esa determinación de los requisitos previos que acrediten las condiciones para que las víctimas de violencias sexuales puedan beneficiarse de la nueva ayuda y la designación del órgano u órganos competentes que puedan certificarla, deberá adaptarse por vía reglamentaria conforme a lo dispuesto en la propia LO 10/2022. Que prevé una modificación del reglamento de ayudas aprobado por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, a ejecutar por el Gobierno en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la LOGILS. Confiando en que dicho desarrollo reglamentario, no suponga para las víctimas nuevos obstáculos a la hora de acreditar los daños y perjuicios sufridos para acceder a las ayudas por este concepto que puedan desalentarlas en su solicitud, y que sea además aprovechado para incrementar la insuficiente cuantía prevista para ellas actualmente fijada en el Reglamento de la Ley 35/1995.

Aunque desde la práctica forense, la modificación que creemos que tiene un mayor valor victimológico, por facilitar el acceso de las víctimas a este tipo de ayudas, es la ampliación del plazo de prescripción para solicitarlas previsto por el art. 7.1 de la Ley 35/1995. Que en el supuesto de las violencias sexuales y violencia de género será ahora de cinco años, frente al de un año establecido con carácter general para el resto de víctimas. El cual, además se habrá de comenzar a contar en todo caso en este tipo de supuestos, desde que recaiga la resolución judicial firme que ponga fin provisional o definitivamente al proceso, o desde el momento en que se acredite su condición de víctima conforme a lo establecido en el art. 37 LOGILS. Una posibilidad que sin duda alguna consideramos que beneficiará a este colectivo de víctimas, que por su situación de especial vulnerabilidad, se enfrenta como sabemos a numerosos obstáculos y trabas para interponer la denuncia. Si bien se contempla, que en el supuesto de que no se haya sustanciado un procedimiento judicial como consecuencia del hecho delictivo, ese plazo prescriptivo de cinco años se empieza a contar desde la comisión de ese hecho. Sin embargo, no entendemos muy bien el motivo por el cual la Ley 35/1995, sigue aludiendo en el apartado 4 de su art. 7 al plazo prescriptivo de tres años que para la solicitud de las ayudas anteriormente regía de manera específica para el colectivo de víctimas de violencia de género. Puesto que ahora ha quedado igualado con el de cinco años aplicable a las víctimas de violencia sexual. Lo que en nuestra opinión, obedece a un simple defecto en la técnica legislativa apresurada que al igual que en otros muchos extremos ha guiado a la tramitación de la LO 10/2022.

---

34 SOLETO MUÑOZ, H.: «La ineficacia del sistema español para reparar económicamente a las víctimas de violencia sexual», *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 26, 2019, pp. 328 y 329.

No obstante, además de estas reformas introducidas en la Ley 35/1995, para mejorar el acceso a las ayudas económicas que en ella se regulan, y que se declaran complementarias con otras que ahora la LO 10/2022 prevé de manera específica para las víctimas de este colectivo<sup>35</sup>, con el fin de facilitar su completa recuperación física, psíquica y social (arts. 41 y 55.2 LOGILS). Queremos referirnos asimismo, a la novedosa regulación que en el título VII de la norma se realiza del derecho a la reparación para las víctimas de violencias sexuales (arts. 52 a 57 LOGILS). Que comprenderá en todo caso la indemnización por los daños y perjuicios materiales y morales que les corresponda de acuerdo con las leyes penales sobre responsabilidad civil derivada del delito. Y habrá de garantizar la satisfacción económicamente evaluable de al menos, los siguientes conceptos: «a) el daño físico y psicológico, incluido el daño moral y el daño a la dignidad; b) la pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales; c) los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) el daño social, entendido como el daño al proyecto de vida; y e) el tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva» (art. 53 LOGILS). Sin perjuicio de aquellas otras medidas que habrán de adoptar las administraciones públicas, para procurar la completa recuperación física, psíquica y social en el título IV de la LO 10/2022 (art. 55 LOGILS). Y la novedosa regulación de fondos para hacer efectiva la reparación de este colectivo específico de víctimas de la violencia sexual (art. 56 y DF 22.<sup>a</sup> LOGILS), resultantes de la ejecución de los bienes, efectos y ganancias decomisados por los jueces y tribunales a los condenados por los delitos previstos en el art. 127 bis del Código Penal. Que nos recuerda en su reglamentación al fondo fiduciario que en beneficio de las víctimas y sus familias se establece en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI)<sup>36</sup>, para los crímenes competencia de la misma (arts. 75 y 79 ECPI), y que ratificado por el Estado español prevé que pueda también nutrirse con las sumas y bienes que reciba a título de multa o decomiso.

Esta cuestión de la reparación del daño a las víctimas de violencias sexuales, tal como viene regulada en la LO 10/2022 se ha de entender estrechamente relacionada con el ejercicio efectivo de sus derechos y la necesaria perspectiva de género. De modo que tal como sostiene BOADO OLABARRIETA, muy oportunamente vendría a aplicar y a tomar en consideración en nuestro derecho interno, el concepto de «reparación transformadora», acuñado en la jurisprudencia internacional en relación con la responsabilidad

35 En particular, se declaran compatibles con las ayudas previstas en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad de encontrar empleo; y con las establecidas en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

36 *Vid.* Texto del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, en GARCÍA RODRIGUEZ, M. J.: *Código de los Derechos de las Víctimas...*, *op. cit.*, pp. 75-86.

de los Estados frente a los daños causados a las mujeres por la violación de los derechos humanos, a través del uso de las violencias que se ejerce contra ellas<sup>37</sup>. Por lo que en este punto, la llamada Ley del «solo sí es sí» sigue los estándares internacionales que se contemplan entre otros instrumentos, en los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados por la *Resolución 60/147, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005*<sup>38</sup>. Conforme a los cuales, los Estados miembros, entre los que se incluye a España, han de establecer «programas nacionales de reparación y asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños no pueda o quiera cumplir con sus obligaciones». Con la previsión de que atendidas las circunstancias de cada caso, se debe dar a las víctimas, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación sufrida, una reparación plena y efectiva, ha de plasmarse en su restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición conforme se prevé en los principios 15 a 23.

Estableciéndose en relación a esa indemnización (principio 20), que debería concederse por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de esas violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos, comprendiendo los siguientes: «a) el daño físico o mental; b) la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) los perjuicios morales; y e) los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos, psicológicos y sociales». Lo que se viene ahora a plasmar en el art. 53 de la nueva Ley de Garantía de la Libertad Sexual, anteriormente citado. Por considerar acertadamente que el concepto de *reparación restitutiva* no sería en absoluto suficiente en el ámbito de las violencias de género, y por extensión a la violencia sexual, de la que constituye una manifestación. Pues en este ámbito de la victimización, no se trataría de restablecer la situación anterior, sino que la *restitutio in integrum* debe ser una restitución de la víctima total, absoluta y permanente y, sobre todo, de futuro, en el disfrute de los derechos fundamentales que le fueron violados por el delito<sup>39</sup>. Al entender que la mera reparación económica de daños físicos y morales, sería absolutamente insuficiente para este colectivo de víctimas.

37 BOADO OLABARRIETA, M.: «Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género para operadores jurídicos que trabajan contra la violencia sobre las mujeres», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 56, enero 2022, p. 21.

38 *Vid.* Texto de la resolución en GARCÍA RODRIGUEZ, M. J., *Código de los Derechos de las víctimas*, *op. cit.*, pp. 109-114.

39 BOADO OLABARRIETA, M.: «Algunas reflexiones...», *op. cit.*, p. 22.



## 5. La necesaria formación de los profesionales para garantizar los derechos de las víctimas ante las violencias sexuales

La formación desempeña un papel fundamental a la hora de hacer efectivo el reconocimiento de los derechos de las víctimas entre los distintos profesionales que puedan tener cualquier tipo de contacto con ellas durante su intervención en el proceso penal. Razón por la cual entendemos que ésta aún merece mayor atención cuando se trata de hacer valer los derechos de aquellos colectivos de víctimas más vulnerables, entre las cuales deben entenderse incluidas las víctimas de violencias sexuales, que en muchos casos serán además personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección. Considerando que cualquier iniciativa destinada a este fin debiera contar con el apoyo incondicional de todas las Administraciones públicas que estén implicadas, articulando todos aquellos recursos personales y materiales que sean necesarios para que la misma pueda cumplir con todos sus objetivos.

Y dada la estrecha relación que como sabemos, existe entre las disposiciones de la Ley 4/2015, sobre el Estatuto de las víctimas del delito (LEVD) y las disposiciones de la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS), a la hora de reconocer el catálogo de los derechos que deben ser garantizados a las víctimas en el marco del sistema de justicia penal. Entendemos que el articulado de la primera, puede constituir un buen punto de partida para sentar las bases de la formación que debiera ser exigida a todos los profesionales que hayan de entrar en contacto con este colectivo de víctimas, para dotarles de las competencias y habilidades que los hagan receptivos en este tipo de diligencias procesales a las necesidades de las víctimas y testigos de violencias sexuales, con el fin de prevenir la victimización secundaria con ocasión de su participación en las actuaciones judiciales.

En este sentido, debe ponerse en valor el art. 30 LEVD, que dispone muy acertadamente que «el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán la formación general y específica, relativas a la protección de las víctimas en el proceso penal». Incorporándola a los programas de los cursos para Jueces y Magistrados, Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Médicos Forenses, personal al servicio de la Administración de Justicia y de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, o a los impartidos a funcionarios de la Administración de Estado o Autónoma que desempeñen funciones en esta materia<sup>40</sup>. Lo que también se contempla para otros operadores jurídicos,

40 GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J.: «Los derechos reconocidos a las víctimas del delito en la Ley 4/2015...», *op. cit.*, p. 157.

como los abogados y procuradores a cargo de sus respectivos Colegios Profesionales, llamados también a desempeñar un papel destacado en la tutela y representación de los intereses de las víctimas.

Formación en la cual, en nuestra opinión, debiera reservarse un papel protagonista al personal altamente cualificado que conforma los equipos técnicos de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (OAVD), al contar con una dilatada experiencia en sus respectivos ámbitos de actuación jurídica, psicológica y social con los distintos colectivos de víctimas, incluidas las más vulnerables<sup>41</sup>, entre las que deben entenderse incluidas las de la violencia sexual. Pudiéndose seguir en este sentido, el modelo propuesto por la Comunidad Autónoma de Andalucía, que expresamente reconoce en su Decreto 371/2011, de 30 de diciembre, regulador de la actividad y competencias de estas oficinas, el importante papel que éstas han de desempeñar en la formación y capacitación de los diferentes colectivos profesionales relacionados con la asistencia a las víctimas —artículos 3.2.f), 8.3 y 11-2-k)—, entre otros.

Lo que está en sintonía, con el desarrollo que acerca de esta formación, lleva también a cabo la LO 10/2022, de 6 de septiembre, que en su título III (arts. 23 a 32 LOGILS), al establecer las medidas de formación necesarias para garantizar la especialización de todos aquellos profesionales con responsabilidad directa en la prevención y detección de la violencia sexual, así como en la atención integral y protección a las víctimas o la justicia. Lo que debe considerarse como una de las principales garantías para que la Ley pueda ser aplicada eficazmente. De manera que con este fin y a través de su articulado, se incluyen diversas medidas de formación en los distintos ámbitos que pueden estar implicados en la aplicación de la norma —docente y educativo, sanitario, socio sanitario y de servicios sociales, o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad—. Y asimismo prevé, en el concreto ámbito judicial objeto de este trabajo, la formación en las Carreras Judicial y Fiscal y demás personal al servicio de la Administración de Justicia, de la abogacía, de los médicos forenses o del personal penitenciario, en la que consideramos imprescindible incorporar transversalmente la perspectiva de género como pauta general que ha de guiar a todos estos itinerarios formativos.

Como así lo hace la LO 10/2022, pues a tenor de los principios sobre los que se asienta, no únicamente bastaría con conocer todo el importante elenco normativo que se ofrece por nuestro ordenamiento jurídico como instrumentos para combatir esta violencia sexual y proteger a sus víctimas. Sino que se ha de tomar conciencia por todos los operadores jurídicos de la necesidad de aplicar todos esos instrumentos de la forma más adecuada posible y adaptada a las circunstancias de cada víctima en el caso concreto

---

41 *Vid. Ibidem*, p. 78.

con el fin de contextualizarlos<sup>42</sup>, e intentar prevenir así la tan temida victimización secundaria. Pues no nos cabe duda, de la relación existente entre esta victimización y la no observancia de esa perspectiva de género en la justicia, incrementando la sensación de desprotección con la que muchas víctimas transitan a través de los procedimientos, impidiendo que se avance hacia una justicia penal igualitaria y con visión de género<sup>43</sup>. Considerándose con razón que todos esos daños colaterales que pueden sufrir las víctimas como consecuencia del proceso de victimización secundaria son imperdonables, pues pueden ser perfectamente evitados formando a las personas profesionales que tienen que trabajar en estos temas<sup>44</sup>.

Advirtiéndose que manifestaciones concretas de lo que acabamos de comentar, se vienen observando con mayor fuerza si cabe, como señala PILAR GIL en los casos donde lo que se juzga es la violencia sexual cometida por los hombres sobre las mujeres. Al existir en este tipo de casos, un pensamiento generalizado entre los operadores jurídicos de que «*una víctima que no cuenta desde el principio que sufrió una agresión sexual, y lo cuenta tiempo después, no está diciendo la verdad; o que la víctima que se pierde o desordena fechas o momentos en los que suceden los hechos denota que tampoco dice la verdad; o que recuerda con mayor nitidez unos u otros momentos implica también un testimonio poco fiable; o que no haya precisado atención psiquiátrica indica que quizás lo que relata no ocurrió; o que una víctima que efectúa su relato con entereza y sin llorar o con buena apariencia física, ya no es tan víctima*»<sup>45</sup>. Unos prejuicios que a menudo planean sobre los testimonios de las víctimas, y que denotan las carencias que aún existen en la formación de los operadores jurídicos, y que la nueva ley con muy buen criterio a nuestro juicio trata de superar. Allanando el camino para que este tipo de hechos, puedan ser objeto de condena y reparación para las víctimas, en un escenario judicial donde como no podía ser de otro modo, debe reconocerse el derecho humano fundamental que actúa como principio básico en la administración de justicia, el principio de presunción de inocencia. Que es un derecho reconocido en el art. 6 CEDH y respecto del cual se identifican dos facetas, conforme a las cuales la carga de la prueba recae sobre la acusación para demostrar la culpabilidad de la persona acusada más allá de toda duda razonable, y que la persona acusada debe ser tratada durante todo el proceso penal como inocente<sup>46</sup>. Pues la existencia de este marco

42 BOADO OLABARRIETA, M.: «Algunas reflexiones...», *op. cit.*, p. 35.

43 GIL, P.: «La perspectiva de la mujer víctima del sistema judicial ajeno al género», en VV.AA., *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 229.

44 ACALE SÁNCHEZ, M.: «El género como factor condicionante de la victimización...», *op. cit.*, p. 26.

45 GIL, P.: «La perspectiva de la mujer víctima...», *op. cit.*, p. 238.

46 RUEDA SORIANO, Y.: «El proceso como mal necesario...», *op. cit.*, pp. 25 y 26.

necesario para el reconocimiento y protección de las víctimas conforme a su estatuto jurídico definido en la Ley 4/2015, y reforzado ahora por la nueva LO 10/2022, en ningún caso puede implicar una merma o menoscabo de los derechos y garantías de las personas acusadas, por lo que se debe buscar una posición de equilibrio entre los derechos de unas y otras<sup>47</sup>. Pues el proceso penal como espacio de garantías no puede ser concebido como un juego de suma cero, donde todo aquello que garantice los derechos de la persona encausada haya de suponer una restricción para los derechos de la víctima y viceversa<sup>48</sup>.

En cualquier caso, y más allá de las reflexiones realizadas a propósito del acierto de haber incorporado la perspectiva de género en la formación de todas las personas profesionales que hayan de entrar en contacto con las víctimas de las violencias sexuales, en los términos que reconoce la denominada Ley del «solo sí es sí». También valoramos muy positivamente que para hacer efectiva dicha formación, la norma contemple que el Gobierno, en colaboración con las Comunidades Autónomas, deba de elaborar un programa marco de formación y de reciclaje ante la violencia sexual de todos aquellos sectores profesionales mencionados. Que habrá de abarcar, además de los aspectos específicos relacionados con cada sector, los estereotipos de género, el trauma y sus efectos, además de la responsabilidad en la reducción de la victimización secundaria, mostrando de este modo una manifiesta preocupación para atender la situación y necesidades que puedan presentar las víctimas de esta criminalidad. Contemplándose asimismo, que para conseguir esta especialización en violencias sexuales en el concreto ámbito judicial, del cual nos estamos ocupando en el presente capítulo, el Gobierno habrá de remitir en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, un proyecto de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (DF 20.ª LOGILS). Lo que sin duda entendemos necesario, con el fin de llevarla a la práctica con todas aquellas personas de la Fiscalía y jueces que sirvan o pretendan desarrollar su labor en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, así como en relación al personal de los equipos técnicos adscritos a dichos Juzgados.

## 6. A modo de conclusión

Tras analizar en el presente trabajo las principales reformas que en el ámbito procesal penal han sido introducidas por la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, pode-

---

47 GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J.: «Los derechos reconocidos a las víctimas del delito en la Ley 4/2015...», *op. cit.*, p. 159.

48 RUEDA SORIANO, Y.: «El proceso como mal necesario...», *op. cit.*, p. 27.

mos afirmar que las mismas representan un avance para mejorar la tutela de los derechos que deben tener reconocidos las víctimas de violencias sexuales en nuestro país, durante su tránsito por el procedimiento judicial. Pues a partir de su consideración como una de las violaciones más graves de los derechos humanos que de forma más específica y desproporcionada afecta a las mujeres y niñas en la sociedad española, y siguiendo los estándares internacionales y europeos, redundan en una mejor respuesta institucional para ellas en nuestro sistema legal.

De modo que al hilo de lo dicho, podemos afirmar que con el texto de la conocida como ley del «solo sí es sí» se aborda una amplia reforma del ordenamiento jurídico español, a fin no ya de proteger, sino de garantizar el ejercicio de la libertad sexual. Que por su envergadura nos ha recordado a la Ley Orgánica 1/2004, 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, al comprobar que en su articulado, además del reconocimiento de esos derechos y la puesta en marcha de nuevos mecanismos para hacerlos efectivos, se modifican a través de dieciséis disposiciones finales diversos textos legislativos para dar satisfacción de forma eficaz a las necesidades de las víctimas de la violencia sexual. Si bien nosotros hemos centrado nuestro estudio en aquellas reformas realizadas por la norma en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, completada con el novedoso reconocimiento de su derecho a la reparación como un derecho fundamental en el marco de las obligaciones de derechos humanos.

En cualquier caso esta nueva regulación, hemos de contextualizarla dentro del amplio marco protector ya existente en nuestra legislación para las víctimas de delitos en general, y que ahora la LO 10/2022 ha ampliado específicamente para las víctimas de violencias sexuales en particular. Al representar para ellas una mejor garantía en el acceso y obtención de justicia, pues con una perspectiva de género e inspirándose en el referente de la normativa internacional y europea en esta materia, vienen a reforzar su tutela en sede judicial. Ofreciendo medidas para que puedan hacer efectivos sus derechos a la información, protección, asistencia y reparación, con ocasión de su participación en el proceso penal, y prevenir que puedan llegar a sufrir la tan temida victimización secundaria. Si bien hemos destacado que este ambicioso catálogo de derechos y de medidas, para garantizar que se pueda hacer efectivo en la práctica forense, deberá ir acompañado de la necesaria formación y especialización con perspectiva de género de todos aquellos profesionales que en su aplicación tengan cualquier tipo de contacto con las víctimas.

Valorándose muy positivamente que para hacer efectiva esta capacitación, la nueva norma contemple un mandato al Gobierno para que en colaboración con las Comunidades Autónomas, elabore un programa marco de formación y de reciclaje ante la violencia sexual de todos aquellos sectores profesionales implicados. Que habrá de abarcar necesariamente como materias elementales,

además de los contenidos específicos relacionados con cada grupo profesional, los estereotipos de género, el trauma y sus efectos, además de hacerles partícipes de su responsabilidad en la reducción de la victimización secundaria, lo que demuestra una manifiesta preocupación del legislador para atender la situación y necesidades que puedan presentar las víctimas de esta criminalidad.

## 7. Bibliografía

**ACALE SÁNCHEZ, M.:** «Delitos sexuales: razones y sin razones para esta reforma», *IgualdaES*, n.º 5, 2021, pp. 467-485.

— «El género como factor condicionante de la victimización y de la criminalidad femenina», *Papers. Revista de Sociología*, vol. 102, n.º 2, 2017, pp. 1-29.

— «Valoración de los aspectos penales del proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral de la libertad sexual de 26 de julio de 2021», *Revista Sistema Penal Crítico*, n.º 2, 2021, pp. 155-179.

**ALONSO, M.:** «Medios de comunicación y víctimas de violencia sexual», en **MARCHIORI, H.**, *Victimología 16: Prevención factores de victimización*, Brujas, 2016, pp. 109-124.

**ARANTEGUI ARRÁEZ, L. / TAMARIT SUMALLA, J. M.:** «La reparación a las víctimas de abuso sexual infantil: la necesaria reforma de los mecanismos de compensación», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 42, 2022, pp. 1-19.

**BOADO OLABARRIETA, M.:** «Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género para operadores jurídicos que trabajan contra la violencia sobre las mujeres», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 56, enero 2022, pp. 7-35.

**CÓRDOBA, C. R.:** «La victimización secundaria en la violencia sexual. Análisis de la victimización secundaria en casos de abusos y agresiones sexuales, y sexting», *Ehquidad International Welfare Policies and Social Work Journal*, n.º 117, enero 2022, pp. 179-210.

**GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J.:** «Los derechos reconocidos a las víctimas del delito en la Ley 4/2015, de 27 de abril», en **TORRES FERNÁNDEZ, C., JEREZ RIVERO, W., DE LA SERNA TUYA, J. M.** (coords.), *Claves y retos de una justicia del siglo XXI: derechos, garantías y procedimientos*, Dykinson, 2022, pp. 143-161.

— «El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18, 2016.

— «Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección y asistencia en el marco del proceso penal», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 41, 2017, pp. 1-33.

— «Hacia un nuevo protagonismo de las víctimas en el proceso penal español», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 35, 2015, pp. 1-41.

**GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J.; TAMARIT SUMALLA, J. M.** (prol.): *Código de los Derechos de las Víctimas* (3.ª ed.), Instituto Andaluz de Administración Pública, 2019.

**GIL, P.**: «La perspectiva de la mujer víctima del sistema judicial ajeno al género», en VV.AA., *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 229-248.

**GUTIÉRREZ AZANZA, D. A.**: «Protección de la víctima frente a preguntas relativas a su intimidad», *La Ley Penal*, n.º 156, mayo-junio 2022, pp. 1-13.

**JUNTA DE ANDALUCÍA**: *Guía divulgativa procesal para mujeres víctimas de violencia de género: el diario de una mujer libre*, Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía, 2013.

— *Servicio de Asistencia a Víctimas en Andalucía (SAVA)*, Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública.

**MAGRO SERVET, V.**: «Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía de la libertad sexual», *Diario La Ley*, n.º 10133, 19 de septiembre de 2022, pp. 1-28.

**MARCO FRANCIA, M. P.**: «Victimización secundaria en los delitos sexuales. Consentimiento y enjuiciamiento a la víctima. Con especial referencia al caso de 'La Manada'», en FARALDO CABANA, P. / ACALE SÁNCHEZ, M. (dirs.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 297-332.

**NACIONES UNIDAS**: *La Agenda para el Desarrollo Sostenible*.

**RUEDA SORIANO, Y.**: «El proceso como mal necesario: víctimas y victimarios», *Jueces para la Democracia*, n.º 101, 2021, pp. 21-30.

**SOLETO MUÑOZ, H.**: «La ineficacia del sistema español para reparar económicamente a las víctimas de violencia sexual», *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 26, 2019, pp. 321-340.

**TAMARIT SUMALLA, J. M.**: «Una lectura victimológica del estatuto de las víctimas», *Cuadernos penales José María Lidón*, n.º 13, 2017, pp. 115-138.





# ACIERTOS Y DESACIERTOS DE LA REFORMA DE LOS DELITOS SEXUALES

Eduardo Ramón Ribas  
*Universitat de les Illes Balears*

## 1. La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: contenido penal

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que entró en vigor el 7 de octubre de dicho año, tiene 61 artículos, 5 disposiciones adicionales, una disposición transitoria única y 25 disposiciones finales, una de las cuales, la cuarta, modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En dicha Disposición Final Cuarta se concentra, por tanto, el contenido penal, el más visible y conocido, de tan esperada ley.

Aunque las reformas de orden estrictamente penal no se limitan, como destacan QUINTERO OLIVARES y PORTILLA CONTRERAS, a temas vinculados a la libertad sexual, indudablemente, «el «tema estrella» es el de la supresión de la hasta ahora vigente diferenciación entre agresión y abuso, y, en unión de ello, la descripción de cuando concurre consentimiento»<sup>1</sup>.

Al margen de la modificación de algunos preceptos de la parte general (arts. 36 y 83), se producen diversas reformas en la parte especial.

La primera de ellas, de menor calado que las posteriores, consiste en añadir un apartado 4 al artículo 172 bis, en el cual se tipifican, desde 2015, los delitos de matrimonio forzado: «4. En las sentencias condenatorias por delito de matrimonio forzado, además del pronunciamiento correspondiente a la

---

1 Vid. QUINTERO OLIVARES, G. /PORTILLA CONTRERAS, G.: «La reforma de los delitos contra la libertad sexual, magro triunfo del relativismo populista y sabotaje al derecho», en *Global Politics and Law. Un blog de derecho y política*. Disponible en: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2022/06/03/la-reforma-de-los-delitos-contra-la-libertad-sexual%EF%B-F%BC/>.

responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la declaración de nulidad o disolución del matrimonio así contraído y a la filiación y fijación de alimentos»<sup>2</sup>.

La segunda reforma consiste en modificar el apartado 1 del artículo 172 ter, en el cual se tipifica el delito de acoso, y en añadirle un apartado 5. Antes de la reforma, para considerar cometido dicho delito era preciso provocar una *alteración grave del normal desarrollo de la vida cotidiana de la persona acosada*; ahora ya no es necesario que dicha alteración sea *grave*<sup>34</sup>. El novedoso apartado 5 introduce una nueva figura delictiva: «5. El que, sin consentimiento de su titular, utilice la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, ocasionándole a la misma situación de acoso, hostigamiento o humillación, será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses»<sup>5</sup>.

En tercer lugar, se modifican los apartados 1 y 4 del artículo 173. En el primero de ellos se añade un párrafo cuarto (actualmente, párrafo quinto) que prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos contra la integridad moral tipificados en los tres primeros párrafos del artículo 173.1. En el apartado 4 se añade un nuevo párrafo que introduce, como hacía el apartado 5 del artículo 172 ter, una nueva figura delictiva: «Las mismas penas se impondrán a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima

2 «El artículo 172 bis.4 contempla la previsión específica de responsabilidad civil (innecesaria porque puede seguirse el régimen general), así como la nulidad o disolución del matrimonio y la filiación y fijación de alimentos, sin que estas previsiones existan expresamente, sin embargo, en los delitos contra las relaciones familiares de los artículos 217 y siguientes (incluidos los matrimonios ilegales). Debería *haberse unificado* la regulación». Vid. DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Aspectos penales de la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual (I)», en *Almacén de Derecho*, 14 de octubre de 2022.

3 «El artículo 172 ter.1 modifica el delito de acoso para sustituir la expresión «*alterar gravemente el desarrollo de su vida cotidiana*», por la de «*alterar el normal desarrollo de su vida cotidiana*». Difícil era (pero pasa siempre) concretar el concepto de *grave* y sigue siéndolo concretar el de *normal*. En todo caso, está claro que se amplía, de modo acertado a mi juicio, el ámbito punible». Vid. *Ibidem*.

4 «En el último párrafo del apartado se sustituye de modo correcto la expresión *persona especialmente vulnerable* por la de *víctima en una situación de especial vulnerabilidad* ya que lo que importa no es la condición, sino el momento concreto de vulnerabilidad, añadiéndose a las causas de edad y enfermedad las de *discapacidad o cualquier otra*». Vid. *Ibidem*.

5 «De lo que dudo aquí es, no de la necesidad del precepto (cuestión de política criminal), pero sí de su *ubicación*, entre las coacciones (aunque no se obligue a hacer algo ni se condicione la voluntad de obrar de la víctima) y no, por ejemplo, entre los delitos contra la integridad moral o incluso contra la intimidad. Salvo que lo que se pretenda sea tutela el condicionamiento vital que se produce por la presencia de tales imágenes, que pueden hacer variar modos de vida de la persona afectada. Vid. *Ibidem*.

una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad». Acto seguido, el último párrafo del artículo 173.4 declara que «Los delitos tipificados en los dos párrafos anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal»<sup>6</sup>.

Se modifica, en cuarto lugar, la rúbrica del Título VIII del Libro II del Código penal, que queda redactada así: Delitos contra la libertad sexual. Se elimina, en consecuencia, la precedente referencia a la indemnidad sexual. El mensaje que se transmite es que también cuando las víctimas son menores de 16 años es la libertad sexual el bien jurídico lesionado, bien jurídico que se constituye en referencia única de todo el conjunto. En este nuevo contexto, el artículo 183 bis, que prevé la exclusión de responsabilidad penal de quienes, siendo próximos al menor de 16 años por edad y madurez, realizan con él actos de carácter sexual, es susceptible de una reinterpretación: en estos casos, según parece, mantener relaciones sexuales es una manifestación del ejercicio de libertad sexual, por lo que estaríamos ante conducta lícitas y no meramente ante una exclusión de punibilidad.

La quinta modificación es *múltiple*, pues consiste en la completa modificación del Capítulo I, comprensivo de los artículos 178 a 180, del citado Título VIII del Libro II. En dicho Capítulo I se regulan las agresiones sexuales, que absorben a los antiguos abusos sexuales.

En sexto término, se modifica el siguiente Capítulo, el II, del mencionado Título VIII, que se ocupa, desde la reforma, *De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años*. Dada la nueva configuración de dicho Capítulo II, comprensivo de los artículos 181 a 183 bis, se ha suprimido el anterior Capítulo II bis, que se rubricaba *De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*.

6 «Acoso callejero se denominará en el Preámbulo. Expresión sexual agresiva lo denominará algún autor. Está claro que no se pretende penalizar el piropo, como torticeramente a veces se afirma. Pero, no sé muy bien cuál es el sentido de la previsión, máxime cuando en el apartado IV del Preámbulo se señala que la norma es «*respetuosa con el principio de intervención mínima*» y cuando las injurias o vejaciones injustas de carácter leve del artículo 173.4 pfo. 1.º sólo se sancionan cuando se realizan contra las personas a las que se refiere el artículo 173.2 (en «*situación necesitada de especial protección*»), pero en el nuevo precepto se amplía el ámbito de las posibles víctimas a cualquier persona. Entiendo que no se trata de penalizar la grosería, el mal gusto, la falta de educación. Que hay algo más. Y que se irá viendo judicialmente. Eso sí, sólo siempre referido al ámbito sexual, que, no sé, me da la impresión que, a pesar de las buenas intenciones, sigue teniendo un componente «tabú». *¿Por qué sólo expresiones de carácter sexual? ¿Tiene sentido sancionar estos comportamientos? Y, si es así, ¿no tiene más sentido sancionar todo tipo de expresión, comportamiento o proposición que cause esa situación humillante, tenga o no connotación sexual? O, en su caso, si lo que se quiere sancionar está vinculado a la tutela de la libertad sexual, ¿reconducir la tipificación al Título VIII?»*. Vid. *Ibidem*.

La relación de modificaciones se completa con las de los artículos siguientes, de menor relevancia que las referidas: artículo 184 (en el que se regula el delito de acoso sexual), artículo 189 ter, artículo 190, artículo 191, artículo 192, artículo 194 y artículo 443. Se introduce, además, un nuevo artículo 194 bis<sup>7</sup>.

Mención destacada merece la séptima reforma, la modificación del apartado 7 del artículo 197, cuyo párrafo segundo dice así: «Se impondrá la pena de multa de uno a tres meses a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada».

Despejando toda duda sobre si estas conductas tenían cabida, o no, en el artículo 197, el legislador prevé expresamente el castigo de las difusiones en cadena de las imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con consentimiento de su protagonista, pero difundidas, reveladas o cedidas a terceros sin su autorización.

En su sentencia n.º 70/2020, de 24 de febrero, el Tribunal Supremo sostuvo la atipicidad de la redifusión de imágenes o grabaciones audiovisuales. «Es indispensable para acotar los términos del tipo excluir a terceros que son extraños al círculo de confianza en el que se ha generado el material gráfico o audiovisual y que obtienen esas imágenes sin conexión personal con la víctima. La difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega, queda extramuros del derecho penal».

## **2. La desaparición de los abusos sexuales como consecuencia de su «transformación» en agresiones sexuales. ¿Acierto o desacierto?**

### **2.1. A las cosas (a los hechos) hay que llamarlas (hay que llamarlos) por su nombre. Violación de menores de edad**

«Una cena de empresa acaba con dos detenidos por *violar* a una compañera». *Los dos hombres mantuvieron sexo con dicha chica aprovechando que estaba borracha.*

Estos son el titular y el subtítular de una noticia publicada el día 13 de octubre de 2022 en un medio de comunicación<sup>8</sup>. En ella se explica que «lo que tenía que ser una cena de empresa de risas, buen ambiente y compañerismo acabó

7 «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».

8 <https://www.ultimahora.es/sucesos/ultimas/2022/10/13/1808987/agresion-sexual-mallorca-cena-empresa-acaba-dos-detenidos-por-violar-companera.html>

con una agresión sexual y dos detenidos». Cuatro de las personas que participaron en dicha cena se fueron a casa de uno de los dos detenidos y durmieron en ella, todos en la misma cama. «Cuando llevaban unas horas dormidos, uno de los varones se despertó, le bajó la ropa interior a su compañera de trabajo y mantuvo relaciones sexuales completas con ella. Es más, le dijo a su amigo que se sumara y que hicieran un trío a lo que, supuestamente, aceptó. A la mañana siguiente, la víctima solo recuerda que amaneció con la ropa interior bajada y con signos evidentes de haber mantenido relaciones sexuales».

Los hechos tuvieron lugar el día 3 de octubre. ¿Es correcta la calificación de los hechos que realiza la noticia? En ella se hace referencia, en el titular, a una violación; posteriormente, a la comisión, por parte de los autores del delito, de un delito de agresión sexual.

La reforma del Código Penal que ahora nos ocupa entró en vigor el día 7 de octubre. Dado que el atentado sexual se cometió sin utilizar violencia o intimidación, los hechos no son constitutivos de agresión sexual ni, en consecuencia, de violación, pues esta última era una modalidad de aquella.

En efecto, tras tipificar el anterior artículo 178 del Código Penal como agresión sexual la conducta de quien *atentare contra la libertad sexual de otra persona utilizando violencia o intimidación*, el artículo 179 declaraba lo siguiente: «Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años».

Si los hechos hubieran tenido lugar solo unos días más tarde, su calificación sí habría sido la de agresión sexual y, más concretamente, la de violación.

El nuevo artículo 178 prevé el castigo como responsable de *agresión sexual* de quien «realizare cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento», disponiendo el nuevo artículo 179 que, «cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de *violación*».

Adjetivar una conducta como constitutiva de agresión sexual ya no depende de la utilización en el atentado sexual de violación o intimidación; el dato decisivo es que el comportamiento sexual sea realizado sin consentimiento de la víctima.

La reforma penal es, en este aspecto, sin duda, a mi juicio, un acierto. La víctima de los hechos referidos, o de otros como los cometidos por la denominada manada de *Manresa*, en los que varios sujetos accedieron carnalmente, de forma sucesiva, a una chica menor de edad, de 14 años, aprovechando que se encontraba bajo los efectos de sustancias tóxicas, no podía afirmar, aplicando nuestra legislación, que había sido violada, sino, tan solo, más modestamente, objeto de abusos sexuales consistentes en acceso carnal. El ordenamiento jurídico, el Derecho Penal, le negaba la condición de víctima de una agresión sexual y, por tanto, de una violación.

¿Era esto razonable? La respuesta, en mi opinión, es categórica: no era razonable. La semántica, el significado de las palabras, es muy importante: a las cosas, en este caso a unos hechos, hay que llamarlas, hay que llamarlos, por su nombre. Hechos como los referidos son conocidos por todos como violación, palabra que expresa, en la actualidad, mucho mejor que la de abuso sexual, su gravedad.

El propio diccionario de la RAE define violar como «tener acceso carnal con alguien en contra de su voluntad o cuando se halla privado de sentido o discernimiento». Adjetivar el acceso carnal no consentido como abuso sexual es un eufemismo, una manifestación suave de un hecho muy grave.

Para la víctima es importante identificar el hecho del que fue víctima como una violación, que no se le sustraiga la posibilidad de hacerlo; y al autor se le debe comunicar la gravedad del hecho por él protagonizado. No es una cuestión numérica, de cantidad de años de pena, sino de significado<sup>9</sup>. El Código Penal, antes de su reforma, describía en su artículo 181.4<sup>10</sup> una violación, pero la llamaba abuso sexual<sup>11</sup>.

El Código Penal precedente, sin embargo, concretamente su artículo 429, establecía que se cometía violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:

1. Cuando se usare fuerza o intimidación.
2. Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa.
3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriera ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

---

9 «Las palabras con las que se escribe una ley condensan las realidades sociales del tiempo en que se promulgó y tienen la vocación de generar, suprimir, restaurar o limitar derechos. Pero, el verdadero poder de las palabras en una norma consiste en que generan un pensamiento colectivo que se graba a fuego en el imaginario social y se convierten en la forma elegida para nombrar a personas, grupos o situaciones. Es, por tanto, todo un abordaje político y jurídico en sí mismo». *Vid.* MARTÍN BLANCO, J.: «La Constitución española me llama "disminuido"», en *eldiario.es*, 3 de diciembre de 2022. Disponible en: [https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/constitucion-espanola-llama-disminuido\\_129\\_9765153.html](https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/constitucion-espanola-llama-disminuido_129_9765153.html).

10 «(...) cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías».

11 «Ni la sociedad, ni especialmente las mujeres podemos entender que cuando cinco hombres violan por turno a una menor que está inconsciente no se esté utilizando la palabra violación. Claro que ella no sufrió violencia, ni intimidación, no fue necesario, estaba inconsciente y usaron su cuerpo».

«Esto no solo es incomprendible, sino que se aleja mucho de las actuales demandas sociales. Por eso es una oportunidad que se aborde la reforma del Código Penal con una perspectiva de género, y donde a cada cosa se le llame por su nombre, tipificando un delito de violación con todos los supuestos. Las palabras importan, y tal y como nos recuerda el Convenio de Estambul, estamos ante un delito cuyo elemento definidor debe ser única y exclusivamente la falta de consentimiento prestado de manera libre y expresa por la mujer. A partir de ahí, podrá el legislador y también los tribunales de justicia agravar la conducta del agresor teniendo en cuenta los otros factores que concurran». ÁLVAREZ, V.: «Solo el sí es sí, lo demás es violación», en Amnistía Internacional, 18 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/solo-el-si-es-si-lo-demas-es-violacion/>.

La palabra *agresión*, por otra parte, no se revela excesiva cuando se utiliza para adjetivar cualquier atentado de naturaleza sexual, distinto de los que constituyen violación, aunque no se haya empleado violencia o intimidación. Según el diccionario de la RAE, la agresión es el acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño; este, o la herida, puede ser de cualquier clase, física o psíquica, y el acometimiento no debe ser necesariamente físico; puede ser, también, por ejemplo, verbal.

El propio Código Penal declara que, en caso de defensa de la morada o de sus dependencias, se reputará *agresión* ilegítima la entrada indebida en aquella o estas; y el artículo 550 prevé el castigo de quienes *agredieren* a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas. La agresión tipificada por este último precepto no requiere ser grave, término que sí adjetiva, por el contrario, la resistencia *grave* igualmente tipificada en el artículo 550, la cual, por cierto, podrá tener lugar mediante *intimidación grave o violencia*, que tampoco será necesario que sea grave.

En fin, si una persona es víctima de un atentado sexual por haber sido objeto de la realización de un acto sexual sin su consentimiento, no podemos negar que su libertad sexual ha sido agredida.

Consecuencia directa e inmediata del nuevo diseño legislativo será el *nacimiento* sincero de los delitos de agresiones sexuales y, en su caso, violación, de menores de dieciséis años, especialmente de menores de muy poca edad. Lo común, en estos casos, era considerar cometido un abuso sexual y no una agresión, y el motivo es sencillo de entender: el autor no necesitaba recurrir a la violencia o intimidación para realizar su comportamiento delictivo, que, si incluía actos de acceso carnal o de introducción de objetos o miembros corporales, se sustraía a su calificación como violación. Los menores, ahora sí, podrán ser, de verdad, objeto de violación.

## 2.2. Lo principal y lo accesorio

El nuevo artículo 178, como hemos visto, prevé el castigo, como responsable de agresión sexual, de quien realice cualquier acto contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento, considerándose en todo caso constitutivos de 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».

El elemento clave de la regulación de las agresiones sexuales es, por tanto, la presencia, o su ausencia, de consentimiento. Todo gira alrededor de este. Lo demás es accesorio; también, en consecuencia, el hecho de que se utilice,

o no, violencia o intimidación para atentar contra la libertad sexual. La regulación precedente, por el contrario, situaba la violencia o la intimidación en el centro de su universo, sin llegar a considerar el consentimiento, o su falta, como algo accesorio, pero no más importante, en todo caso, que el análisis de aquellas.

Aunque consideran la reforma, y la supresión de la distinción entre agresiones y abusos sexuales, como un *sabotaje al derecho*, atinan QUINTERO OLIVARES y PORTILLA CONTRERAS cuando afirman que «la «viga maestra» del sistema será la ausencia de consentimiento, y no los medios o la forma en que se produce el ataque contra la libertad sexual»<sup>12</sup>. Lo que ellos no consideran, según parece, una virtud, lo es, con certeza, según el legislador o legisladora, y, claro está, también a mi juicio, quizá no compartible, pero, creo, perfectamente fundamentado.

La crítica de estos autores es cruel y, por carecer de fundamento, injusta. Dicen lo siguiente:

Con la Ley que motiva estas líneas, si llega a ver la luz, podremos ver en qué se traducen las intenciones de sus impulsores, que no han tenido ambages para defender la «imperiosa necesidad» de que las leyes penales no se interpreten primariamente de acuerdo con el objeto de tutela, que es la libertad sexual (función metodológica del bien jurídico), sino según una «perspectiva de género», lo cual, planteado de esa manera, equivale a defender que el objeto de tutela no es ya la libertad sexual, o no lo es principalmente, sino *otro interés diferente*, cual es la postración histórica de la mujer, al margen de lo que acontezca en el caso concreto enjuiciado<sup>13</sup>.

Configurando la ausencia de consentimiento como *viga maestra del sistema*, la ley apuesta, ahora sí, decididamente, por situar el bien jurídico, y su lesión, como fundamento de la regulación de los delitos sexuales: la libertad sexual se lesiona, se agrede, cuando se actúa sin consentimiento de quien, de esta forma, se convierte en víctima; actuar con violencia o intimidación es absolutamente innecesario para entenderlo de esta forma; actuar con violencia o intimidación *modaliza* el ataque, lo adjetiva, pero no lo constituye. Advertido ello, se adivina fácilmente lo injusto que resulta afirmar que se pretende no tanto prestar atención al bien jurídico que debería tutelarse, pero no se tutela, como, desde una «perspectiva de género», modificar la postración histórica de la mujer «al margen de lo que acontezca en el caso concreto enjuiciado».

La aplicación de la perspectiva de género al enjuiciamiento de unos hechos no significa *favorecer a las mujeres* y, al mismo tiempo, *perjudicar a los hombres*, sino tener presente, por ejemplo, que aquellas quizá no reaccionan como estos ante agresiones de similar naturaleza. Adoptar aquella perspectiva significa, asimismo, tener presente una arraigadísima desigualdad social y la consiguiente, aún hoy, vulnerabilidad social de las mujeres; las hay, por supuesto, cada vez más, capaces de enfrentar las actitudes machistas, frecuentemente delictivas, de los hombres, de *sus* hombres, pero siguen siendo muchas las mujeres que arrastran aquella herencia social y carecen

---

12 Vid. QUINTERO OLIVARES, G. / PORTILLA CONTRERAS, G.: «La reforma de los delitos...», ob cit.

13 Vid. *Ibidem*.



de recursos, de capacidad, para decir no, para decir basta, para considerar inaceptables determinados comportamientos y afrontarlos, combatirlos.

La perspectiva de género no ha sido tenida en absoluto en cuenta por la ley en la regulación de los delitos sexuales desde 1995, configurada, desde entonces, de forma absolutamente neutra a pesar del extraordinario desequilibrio, del cual dan noticia las estadísticas, entre el número de agresores hombres y agresoras mujeres; y entre el número de víctimas hombres y víctimas mujeres (destacadamente, en edad adulta).

Solo ahora, en 2022, el artículo 180 ha introducido una agravación que sí responde, en la legislación, a aquella perspectiva de género: la agresión sexual se agrava «cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia»<sup>14</sup>. Recupera así el Código Penal una perspectiva introducida en 2004 en un reducido conjunto de delitos (los de violencia leve de género: artículos 153.1, 171.4, 172.2 y 148) y que ya el Tribunal Constitucional estimó conforme a la Constitución.

La anterior regulación, en efecto, no comenzaba con la tipificación de los atentados sexuales cometidos contra una persona por no mediar su consentimiento, sino por la de los delitos de agresión sexual. El Capítulo I del Título VIII del Libro II del Código Penal se rubricaba *De las agresiones sexuales*, ocupándose el Capítulo II *De los abusos sexuales*. Era como si la regulación de los delitos contra la vida diera comienzo por la del delito de asesinato y, acto seguido, se regulara el delito de homicidio.

La vis atractiva de la violencia o intimidación era inmensa. Y debe serlo ahora la del análisis del consentimiento, de su concurrencia. Atenta contra la libertad sexual de otra persona, agredéndola, quien la somete a actos de naturaleza sexual sin su consentimiento.

Queda desterrada la idea de que los atentados sexuales de naturaleza violenta o intimidatoria son de primera categoría y los cometidos sin la utilización de aquellas, pero con desprecio por el consentimiento de la persona a la que convierten en víctima, son de segunda categoría. Lo grave es prescindir de dicho consentimiento. Y lo que debe discutirse es si es más grave, y, en su caso, cuánto, atentar contra la libertad sexual empleando violencia o intimidación.

---

14 «La violencia sexual dentro de la pareja añade un plus de desvalor a los hechos similar al que se añade en otros delitos que hoy se reconocen en España como dentro del ámbito de la violencia de género y que, como ellos, ha de responderse penalmente con una pena proporcionada a ese plus de desvalor». Vid. MARTÍNEZ PERZA, C.: «Sobre la necesidad de reforma de los delitos sexuales en el Código Penal», en *Boletín de la Comisión Penal de Jueces y Jueces para la Democracia*, n.º 13, vol. 2, 2021, p. 18.

## 2.3. Significación de la violencia y la intimidación en la nueva regulación de los delitos sexuales

El mencionado artículo 178 prevé la imposición, en principio, de una pena de prisión de 1 a 4 años para cualquier atentado o agresión sexual no consistente en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por la vagina o el ano (en estos casos, la pena prevista es la de prisión de 4 a 12 años).

El artículo 178.3 declara, tras aquella primera previsión, que «el órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable». En virtud de esta cláusula, podrá imponerse una pena de prisión de 1 año a 2 años y 6 meses o una multa de 18 a 24 meses.

La posible imposición de la pena en su mitad inferior es una atenuación de casi nulo alcance. En virtud de la regla primera del artículo 66.1 CP, los jueces y tribunales, en los delitos dolosos graves o menos graves, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito «cuando concorra solo una circunstancia atenuante»; además, y sobre todo, este último efecto, el mismo que prevé, como primera posibilidad, el artículo 178.3, es posible alcanzarlo y, de hecho, es el que tiene lugar de forma absolutamente mayoritaria, mediante la aplicación de la regla sexta del citado artículo 66, según la cual, «cuando no concurren atenuantes ni agravantes», los jueces y tribunales «aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho»<sup>15</sup>.

Como decía, en la práctica, lo habitual es imponer la pena no solo en su mitad inferior, sino en su límite mínimo o de forma muy próxima a él, sin necesidad de que así lo prevea un tipo atenuado. Tendría más sentido que el artículo 178.3 previera la imposición de la pena inferior en grado o, alternativamente, como si hace, una pena de multa.

¿En qué casos harán uso los jueces y tribunales de la facultad establecida por el tercer número del artículo 178?

El antiguo artículo 181 establecía una pena alternativa cuando se cometía un abuso sexual (que no consistiera en acceso carnal o introducción de objetos o miembros corporales): prisión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses. La pena prevista por el antiguo artículo 178, esto es, para atentados sexuales con idéntico contenido pero realizados con violencia o intimidación, era la de prisión de 1 a 5 años. Estos, por tanto, son objeto actualmente de un castigo menor al previsto en la regulación precedente; aquellos, por el contrario, ven agravada su

15 Llama también la atención sobre la intrascendencia de la previsión de la imposición de la pena en su mitad inferior DE LA MATA BARRANCO («Aspectos penales de la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual (y II)», en *Almacén de Derecho*, 13 de octubre de 2022): «el artículo 66.1 6.ª ya permite imponer la pena de prisión en la mitad inferior, sin necesidad de que exista este apartado 3 (que debería referirse solo a la posibilidad de multa)».

pena o, al menos, se prevé la posibilidad de que así sea (al margen de no existir la pena alternativa de multa, la de prisión puede alcanzar los cuatro años).

Tomando estos datos como base, cabe pronosticar que, si los atentados sexuales son realizados sin violencia o intimidación, los jueces y tribunales tenderán a aplicar, si el atentado sexual es leve (tocamientos fugaces, por encima de la ropa) el artículo 178.3, reservando el artículo 178.1 para los atentados sexuales no leves y, por supuesto, para aquellos en los que sí concurra violencia o intimidación. No es esta una consecuencia necesaria en todo caso, pero, desde luego, sí muy previsible.

La violencia y la intimidación pueden interpretar, por tanto, un fundamental papel en la determinación de la pena: en primer lugar, para decidir si se aplica el primer o el tercer número del artículo 178; en segundo término, para individualizar la pena y fijar su cantidad exacta, pues determinan, al menos comúnmente, una mayor o menor gravedad del hecho<sup>16</sup>.

Si la violencia o intimidación utilizada fuere extrema, dice el artículo 180, estableciendo un tipo agravado, se agravará la pena: para las agresiones sexuales del artículo 178.1 se prevé la de prisión de 2 a 8 años (se multiplican por dos los límites mínimo y máximo de la pena de prisión de 1 a 4 años); para las agresiones sexuales del artículo 179, la de 7 a 15 años (la pena prevista por el artículo 179 es la de prisión de 4 a 12 años).

En suma, si la violencia o intimidación no es extrema, su ámbito de influencia es limitado, pues solo operará en los términos referidos.

Sí determinarán la aplicación del artículo 180, la apreciación, por tanto, de un tipo agravado, por el contrario, entre otras, las siguientes circunstancias (aunque no concurra violencia o intimidación): la de que los hechos se cometan prevaliéndose la persona responsable, para la ejecución del delito, 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; o la consistente en que para la comisión de los hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

A mi juicio, la utilización de violencia o intimidación, sin necesidad de que sea extrema, sí merecen consideración especial, constituirse necesariamente en un factor de agravación de la pena. La sumisión química antes no determinaba la apreciación de una agresión sexual, pues el legislador no la consideraba violencia; la nueva regulación, sin embargo, la considera tan importante (equiparándola a la violencia extrema) que su concurrencia ahora sí determina la aplicación de un tipo agravado; su *ascenso* valorativo<sup>17</sup>, su nueva

---

16 Criterio de individualización de la pena al que se refiere la citada regla 6.ª del artículo 66 del Código Penal.

17 Desvalorativo de la conducta.

consideración, viene acompañada del inmerecido excesivo *descenso* de la importancia de la violencia o intimidación, las cuales, al menos, debieran tener la misma significación que la sumisión química; también, por supuesto, que el prevalimiento de las citadas situaciones.

Formulo, al respecto, dos propuestas (que completaré con otra propuesta, y la concreción de una de las que ahora realizo, en el apartado dedicado al *revisiónismo irreflexivo*). Establecer una pena de prisión de 1 a 4 años o, alternativamente, una pena de multa de 18 a 24 meses, en el artículo 178.1, con la previsión de que si los hechos se ejecutaren con violencia o intimidación se aplicará necesariamente la pena de prisión; configurar la utilización de violencia o intimidación como un tipo agravado (incluyéndola, por ejemplo, en el artículo 180)<sup>18</sup>. La primera me parece perfectamente plausible, aunque, eso sí, me parece un desacierto atribuir menor significación a la violencia o intimidación que a la citada sumisión química y al prevalimiento asimismo citado.

Resumiendo: es un acierto (o no es un desacierto) considerar todo atentado sexual una agresión sexual; es un acierto, sin duda, considerar violación todo atentado sexual consistente en acceso carnal o en introducción de objetos o miembros corporales en la vagina o en el ano; y resulta desacertado ignorar de forma tan notable el desvalor propio de la violencia o intimidación.

La *marginación* de la violencia o intimidación no extremas, su exclusión como criterio no meramente individualizador de la pena determinado ya el marco penal de esta, responde a la idea, sin duda, de que todo atentado contra la libertad sexual es, sin necesidad de que se utilice violencia o intimidación, una *violencia sexual*: si se distinguiese entre atentados sexuales violentos o intimidatorios y atentados o agresiones sexuales meramente no consentidos, se desdibujaría aquella idea, la de identificar toda lesión de la libertad sexual como un acto de violencia sexual. Además, seguro, situado el consentimiento, y su ausencia, en el eje del sistema, se quiso relegar en los términos referidos el protagonismo de la violencia o intimidación para evitar que ensombreciera tan importante cambio.

El artículo 36 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, rubricado *Violencia sexual, incluida la violación*, establece, en sus dos primeros números, lo siguiente:

«1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

- 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.

18 No sería preciso, ya, que la violencia o intimidación empleadas fueran extremas; aunque podría preverse, si se considerara oportuna, una nueva agravación en estos casos.

2. El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes».

En dicho convenio, conocido, resumidamente, como Convenio de Estambul, se identifican, efectivamente, los actos de carácter sexual no consentidos realizados sobre otra persona como manifestaciones de *violencia sexual*.

## **2.4. Crítica a las críticas que denuncian que se produce una injusta equiparación de conductas manifiestamente desiguales o, incluso, un sabotaje al Derecho**

Aunque la doctrina que se ha ocupado del tema denuncia mayoritariamente que con la nueva regulación se han equiparado situaciones de muy diverso desvalor, la posición adoptada por la ley no debe ser considerada irrazonable o poco premeditada. Además de la pretensión de subrayar la identificación entre *violencia sexual* y *lesión de la libertad sexual*, sin necesidad de que se emplee en el caso concreto, además, como medio comisivo, violencia o intimidación, deben destacarse dos circunstancias más:

- 1.º- Cuando el Código Penal prevé en una concreta figura delictiva una agravación por la utilización de violencia o intimidación, esta añade un atentado adicional al propio de la respectiva figura delictiva.
- 2.º- No todos los delitos (al margen del de detención ilegal, que inmediatamente merecerá específica atención) prevén, por otra parte, una agravación específica cuando se utiliza en la ejecución del hecho violencia o intimidación; además, en muchos casos, cuando si se prevé, su utilización es equiparada a la del engaño, del abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima o, en fin, de otros medios o artificios. Y son no pocos, como veremos, los ejemplos.

### **2.4.1. La utilización de violencia o intimidación agrava porque añade al injusto realizado sin ella otro injusto, la lesión de otro bien jurídico**

Cuando el Código Penal prevé en una concreta figura delictiva una agravación por la utilización de violencia o intimidación, esta añade un atentado adicional al propio de la respectiva figura delictiva. Este es el caso, por ejemplo, del delito de robo con violencia o intimidación, al cual frecuentemente se apela como *demostración* de lo irregular que resulta desconocer la mayor gravedad de todo atentado contra un bien jurídico realizado con violencia o intimidación.

En efecto, el delito de hurto se transforma completamente cuando el apoderamiento de la cosa mueble ajena se realiza con violencia o intimidación: el

hecho deja de constituir un simple atentado patrimonial para convertirse, sin perder dicha naturaleza, además, en un atentado contra la libertad, concretamente contra la libertad de actuar u obrar; el robo con violencia o intimidación es una coacción específicamente castigada a cuya característica lesión de la libertad se suma la del patrimonio.

Y otro tanto sucede, por ejemplo, con la previsión de una agravación cuando el allanamiento de morada, en cualquiera de sus dos modalidades (entrar en morada ajena o mantenerse en ella contra la voluntad de su morador), se ejecuta con violencia o intimidación: el artículo 202 del CP dispone que en este último caso la pena será de prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses, agravándose sensiblemente la prevista en el tipo básico: 6 meses a 2 años de prisión. En efecto, también ahora, al desvalor característico del delito de allanamiento, es decir, al atentado contra la intimidad o inviolabilidad del domicilio garantizada constitucionalmente, se suma un atentado contra la libertad: la conducta, una vez más, se transforma.

Análogas reflexiones son extensibles a la agravación impuesta por el artículo 311 del Código Penal cuando dispone que, «si las conductas reseñadas en los apartados anteriores<sup>19</sup> se llevaran a cabo con violencia o intimidación, se impondrán la penas superiores en grado». Al atentado contra los derechos de los trabajadores se suma un atentado contra la libertad, una coacción.

En el caso de los delitos sexuales, por el contrario, se produce en todo caso un atentado contra la libertad sexual, por lo que la utilización, para realizar un concreto acto sexual, de violencia o intimidación, no *transforma* el hecho, no suma un atentado a la libertad al que se ha producido contra otro bien jurídico. Se tratará, como mucho, de un atentado más grave contra la libertad sexual agredida. Como dije antes, actuar con violencia o intimidación *modaliza* el ataque, lo adjetiva, pero no lo constituye.

Es obligado, dicho todo ello, referirse a otro destacado delito contra la libertad, el de detención ilegal, consistente en encerrar o detener a otro, privándole de su libertad.

El artículo 163 prevé en su tipo básico (primer apartado de dicho precepto) la imposición de una pena de prisión de 4 a 6 años. Esta pena se agrava si la duración del encierro o detención dura más de 15 días (artículo 163.3), si se exige alguna condición para poner en libertad a la persona detenida (secuestro, artículo 164), si la detención se ha ejecutado con simulación de autoridad

---

19 Es decir, imposición de condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que los trabajadores tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o por contrato individual; ocupación simultánea de una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo; o mantenimiento de tales condiciones en el supuesto de transmisión de empresas.

o función pública, si la víctima es menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o funcionario público en el ejercicio de sus funciones (artículo 165), pero no si se ha utilizado para la ejecución del encierro o detención violencia o intimidación.

El delito de detención ilegal, como el de agresión sexual (también los antiguos abusos sexuales), es un delito contra la libertad, por lo que el empleo de violencia o intimidación no le añade un nuevo desvalor, un segundo atentado contra un bien jurídico distinto, sino que, a lo sumo, agrava el único atentado contra la libertad que se produce.

Ni el legislador ha considerado necesario prever una agravación específica en el caso de que se utilice violencia o intimidación, ni la doctrina se ha levantado contra dicha no previsión por detectar una intolerable equiparación de conductas desiguales. En esta ocasión, según parece, no se comete un sabotaje al derecho.

#### **2.4.2. No todos los delitos prevén una agravación específica cuando se utiliza en la ejecución del hecho violencia o intimidación; además, cuando sí se prevé, en muchos casos, su utilización es equiparada a la del engaño, del abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima o, en fin, de otros medios o artificios**

No es cierto, dicho con otras palabras, lo que afirma GIMBERNAT ORDEIG, quien, tras sostener que, prescindiendo de la distinción entre agresiones y abusos sexuales, se consigue una regulación *equivocada e injusta porque trata penológicamente igual supuestos de hecho desiguales*<sup>20/21</sup>, afirma que ello está en contradicción con el elemental criterio valorativo —que se entiende por sí mismo— del resto del CP que acude continuamente a la violencia y a la intimidación, en función de si concurren o no, para castigar con una pena mayor o menor la lesión de otros bienes jurídicopenalmente protegidos distintos del de la libertad sexual<sup>22</sup>.

20 Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Solo sí es sí...», *ob. cit.*

21 Realiza un duro alegado contra la decisión de no graduar el atentado a la libertad sexual según concorra, o no, violencia o intimidación, Díez-RIPOLLÉS, J. L.: «El "no es no"», en *El País*, 10 de mayo de 2018. Disponible en: [https://elpais.com/elpais/2018/05/03/opinion/1525363530\\_373340.html](https://elpais.com/elpais/2018/05/03/opinion/1525363530_373340.html).

22 Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Solo sí es sí...», *ob. cit.*

Menos ácida es la crítica realizada por DE LA MATA BARRANCO: «En todo caso, lo que más debe preocupar es la *equiparación de conductas de muy distinto desvalor*. Es cierto que para su diferenciación se prevén el artículo 178.3, atenuatorio, y el artículo 180.1, agravatorio. Esperemos que en la práctica judicial se sepa diferenciar, penológicamente al menos, un comportamiento «violento» de uno «*subrepticio, ocasional y momentáneo*» (como se hace con otros delitos del Código)<sup>23</sup>.

«El uso de violencia o intimidación», dice VARELA CASTEJÓN, «debe merecer diferente y mayor sanción que los otros supuestos. Actuar sin consentimiento merece ser sancionado. Pero cuando, además, para ello se emplea violencia o intimidación debemos diferenciar el grupo de conductas e imponerles mayor sanción. El primer motivo es que al emplear esos medios se genera mayor daño. El segundo motivo es que, además, se genera peligro (cuando no lesión) por su mismo uso. El tercer motivo es que sancionando igual se incentiva que quien comete el hecho opte por esos medios comisivos al saber que, le aseguran el resultado y no le generan más pena»<sup>24</sup>.

La concurrencia de violencia o intimidación en la ejecución de los hechos no se tiene en cuenta, como hemos visto, explicando porque, en los delitos contra la libertad ambulatoria (da igual<sup>25</sup> que detengamos a alguien, privándolo de su libertad, drogándolo, reduciéndolo a golpes o cerrando con llaves la puerta de la habitación o estancia en la que se halla), contra la salud (tendrá que reconocer GIMBERNAT ORDEIG que la pena es la misma si transmitimos dolosamente el VIH a nuestra víctima mediante una placentera relación sexual o utilizando violencia física, inyectando, por ejemplo, la sustancia mientras sujetamos a la víctima, o intimidándola con una pistola; también merecen idéntico trato penal la causación de la impotencia suministrando determinada sustancia o amputando con una sierra radial el órgano genital masculino), la integridad moral<sup>26</sup> o descubrimiento y revelación de secretos.

En otros delitos sí se hace mención expresa al uso de violencia o intimidación, pero su utilización es equiparada a la del engaño, del abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima o, en fin, de otros medios o artificios. Y son no pocos los ejemplos.

23 Vid. DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Aspectos penales...», *ob. cit.*

24 VARELA CASTEJÓN, X.: «Notas sobre la propuesta de reforma de los delitos contra la libertad sexual», en *Boletín de la Comisión Penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, n. 13, vol. 2, 2021, p. 27.

25 A efectos del delito de detenciones, y sin perjuicio de apreciar, en su caso, un concurso delictivo.

26 El artículo 173.1 prevé el castigo de quien «*infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral*». No se prevé una agravación si se usa violencia o intimidación. Tampoco en los delitos de acoso laboral o inmobiliario tipificados en el propio art. 173.1, o en los delitos de torturas: los artículos 174 y 175, cuya autoría está reservada a autoridades o funcionarios públicos, describen así el tipo objetivo: someter a una persona «*a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión*» o que (y es importante remarcarlo), «*de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral*».



Es el caso, efectivamente, de los artículos 470 (que prevé el castigo del particular que proporcionare la evasión a un condenado, preso o detenido, bien del lugar en que esté recluido, bien durante su conducción; la conducta se agrava si se emplea *«al efecto violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o soborno»*), 284 (serás castigados, dice, quienes, empleando violencia, amenaza, engaño o cualquier otro artificio, alterasen los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, instrumentos financieros, contratos de contado sobre materias primas relacionadas con ellos, índices de referencia, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación), 362 quinquies (que agrava los comportamientos en él descritos cuando se *«haya empleado engaño o intimidación»*), 616 ter (será castigado *«el que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas»*) y de los siguientes:

- El art. 144, que, tras ordenar el castigo de quien produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, establece que *«las mismas penas»* se impondrán *«al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño»*.
- El art. 172 bis, el cual, prevista la punición de quien, con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio, preceptúa que se impondrá la misma pena *«a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo»*.
- El art. 177 bis, que manda castigar, como reo de trata de seres humanos, a quien, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades que acto seguido enumera el precepto.
- El art. 183, según el cual, será castigado el que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento. *«Las penas»*, dice, *«se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño»*.

El art. 187, que impone el castigo de quien, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución.

En el Código Penal conviven, por tanto, figuras delictivas que sí otorgan relevancia (o mucha relevancia) al hecho de que se utilice violencia o intimidación, con otras que ignoran totalmente la presencia de estas o que la equiparan con otros medios no violentos (engaño, soborno, abuso de situación de necesidad, vulnerabilidad o superioridad).

Incluso el delito de coacciones, tradicionalmente identificado con el empleo de violencia (para impedir hacer u obligar a realizar un determinado comportamiento), ha sido interpretado de forma tan extensiva (muchas veces superando los límites impuestos por una interpretación que jamás debería superar el tenor literal de la ley) que incluye hoy supuestos de violencia o fuerza en las cosas junto con otros en los que propiamente no la hay; el énfasis, por parte de la jurisprudencia, se ha puesto en el resultado, en la afeción de la libertad, ignorando, incluso, la existencia de violencia<sup>27</sup>.

En la sentencia n.º 305/2006, de 15 de marzo, del Tribunal Supremo, tras la enumeración de los elementos constitutivos del delito de coacción, se declara lo siguiente: «De los anteriores requisitos, profusamente recogidos en la jurisprudencia, quizás el más polémico es de los medios de comisión<sup>28</sup>. Ciertamente el que en este tipo penal se mencione, de forma exclusiva, a la violencia como medio comisivo, sin mencionar a otras modalidades, como la intimidación, que sí figura en otros tipos penales en los que violencia e intimidación aparecen de forma conjunta, ha propiciado que parte de la doctrina entienda que en este tipo penal sólo cabe la violencia material, la «vis física», excluyendo la violencia psíquica o la violencia

27 «Originariamente, se asociaba al término violencia de forma exclusiva a la fuerza física que se aplicaba sobre personas, es decir, se trataba de un sinónimo de agresión corporal. (...) Con posterioridad, el concepto de violencia se fue ampliando de acuerdo a la interpretación extensiva que realizara una parte de la doctrina y, en particular, el Tribunal Supremo, desarrollándose lo que se denominó la «espiritualización» del concepto de violencia. Consecuentemente, dicho proceso significó la ampliación de la consideración del bien jurídico que pasó a abarcar la libertad de decisión.

La idea sobre la que se desarrolló este proceso se basó en la consideración de que es posible privar a un tercero de su capacidad de actuar conforme a su voluntad sin emplear fuerza física sobre él. Esta premisa, que deja de lado el desvalor de la conducta a favor del desvalor del resultado, llevó a que el delito de coacciones se convirtiera en un verdadero «cajón de sastre», donde encontrarán cabida una serie de conductas que no tenían acomodo en otros preceptos del Código pero que se presentaban como aptas para lesionar el bien jurídico». *Vid.* CARUSO FONTÁN, V.: «El acoso inmobiliario como agravante del delito de coacciones y su posible incidencia en el concepto de violencia», en *Eguzkilore*, n.º 25, San Sebastián, diciembre de 2011, pp. 7 y 8.

28 «El delito de coacciones aparece caracterizado», en primer término, dice la sentencia que nos ocupa, «por: a) una conducta violenta de contenido material, como vis física, o intimidación, como vis compulsiva, ejercida sobre el sujeto pasivo, ya sea de modo directo o de modo indirecto».

en las cosas como medio comisivo. Esa interpretación restrictiva no ha sido mantenida en la jurisprudencia, que, de manera constante, ha mantenido que el tipo penal de las coacciones es un «tipo abierto» o un «tipo delictivo de recogida» que alberga distintas modalidades de comisión, pues todo atentado o, incluso, la mera restricción de la libertad de obrar supone de hecho una violencia y por tanto una coacción, siendo lo decisivo el efecto coercitivo de la acción más que la propia acción».

Nadie, que conozcamos, ha propuesto reformar los delitos de lesiones, aborto, detenciones, contra la integridad moral o de descubrimiento y revelación de secretos, a fin de prever su agravación si se emplea violencia o intimidación.

¿Habría que expurgar el Código Penal vigente a fin de eliminar todas las agravaciones cuyo fundamento es el uso de violencia o intimidación? ¿O, todo lo contrario, y prever en todo caso que dicho uso fundamentará la imposición de penas agravadas y siempre en mayor medida que las que deberían resultar del empleo de otros medios no violentos?

Ya hemos visto que la utilización de violencia o intimidación fundamenta, desde la perspectiva del contenido de injusto de muchos delitos, la agravación de la pena, pues se produce una doble afección de bienes jurídicos. En muchas figuras, sin embargo, se ha considerado innecesario introducir previsiones análogas.

No es ocioso recordar, al respecto, que la individualización de la pena es una fase capaz de traducir, muchas veces en marcos penales muy generosos, el desvalor de las circunstancias personales del delincuente o de otras que circunstancias que, como señala el artículo 66.1, regla sexta, del Código Penal, determinan una mayor o menor gravedad del hecho.

### **3. La definición del consentimiento sexual: ¿acierto o desacierto?**

El segundo *tema estrella*<sup>29</sup> de la reforma de los delitos sexuales operada por la LO 10/2022 es la definición del consentimiento contenida en el nuevo artículo 178 CP. Tras prever este precepto el castigo de quien realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento, establece que «sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona».

---

29 El primero ya lo hemos comentado: la unificación del régimen propio de todos los atentados sexuales, supresión incluida de los delitos de abusos sexuales.

### 3.1. ¿Está la libertad sexual en peligro como consecuencia de la definición del consentimiento?

#### 3.1.1. La durísima crítica de Álvarez García

ÁLVAREZ GARCÍA ha criticado muy duramente que la regulación del consentimiento exija «actos» que «expresen de manera clara la voluntad de la persona». A su juicio, dicha expresión no solo no es afortunada, sino que, como anuncia el título de una reciente publicación suya, pone *La libertad sexual en peligro*<sup>30</sup>. ¿Exagera dicho autor? ¿Exageramos quienes nos tomamos en serio dicha denuncia y no la consideramos una hipérbole? Las palabras de dicho autor en el citado artículo, sus «actos», expresan, sin duda, «de manera clara», su «voluntad».

«Parece obvio decirlo», afirma dicho autor, «pero hay que repetirlo a la vista de lo que se prevé en el Proyecto de Ley de Libertad Sexual<sup>31</sup>: las figuras delictivas se integran en el Código Penal con la finalidad de proteger los bienes jurídicos a los que se refieren frente a los ataques más graves que pudieran dirigirse contra los mismos. Sin embargo, a veces, este objetivo no sólo no se consigue, sino que, por el contrario, el tipo penal de que se trate termina atacando, por su formulación, o el mismo bien jurídico que se dice proteger o algún otro de relevancia constitucional con el que puede llegar a concurrir»<sup>32</sup>.

Y ello es lo que sucede, según su opinión, con el tipo penal de agresión sexual regulado en el artículo 178.1 del Código Penal. En efecto, esta es la conclusión alcanzada por ÁLVAREZ GARCÍA (ya anunciada, como hemos visto, en la rúbrica de su trabajo): «La libertad (sexual), pues, está en peligro».

¿Por qué? ¿Cuál es la razón de dicha puesta en peligro? ¿Qué hicieron tan mal las redactoras (no así las impulsoras<sup>33</sup>, cuya falta de familiaridad con el ámbito del derecho, y sus loables propósitos, las dispensan, según parece, de toda culpa) para sostener que están agrediendo (sin violencia ni intimidación, por cierto) a la libertad sexual?

30 «En la gran polvareda en torno a la reforma muchas veces se ha perdido toda conexión con la realidad del texto que se estaba tramitando. Afirmaciones como que habrá que firmar contratos antes de cualquier acto sexual, que habrá que estar diciendo *sí, sí, sí hasta el final*, que la palabra de un hombre valdrá menos que la de una mujer ante un tribunal, son burdos intentos de ridiculizar el proyecto y al movimiento feminista, desvaríos propios del ruido de una guerra cultural que persigue toda clase de objetivos menos los de una legislación racional» (vid. CANCIO MELIÁ, M.: «Guerra cultural y reforma de los delitos sexuales», en *Iustel. Diario del Derecho*, 7 de junio de 2022. Disponible en: [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1223227](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1223227)).

31 El artículo se publicó, en efecto, unos meses antes de que se aprobara la Ley Orgánica 10/2022.

32 Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: «La libertad sexual en peligro», en *Diario La Ley*, n.º 10007, Sección Tribunal, 10 de febrero de 2022.

33 Esta distinción la realiza el propio ÁLVAREZ GARCÍA.

La clave es, según ÁLVAREZ GARCÍA, la exigencia típica de que, para entender otorgado el consentimiento, este deba haberse manifestado libremente *mediante actos*; con ello, dice aquel autor, «queda prohibida penalmente toda conducta que consista en mantener relaciones de significado sexual (ser objeto de manifestaciones sexuales) que no hayan sido consentidas, en cada caso, por actos exteriores concluyentes e inequívocos<sup>34</sup> que «expresen de manera clara la voluntad de la persona»: por particulares actos exteriores... Es decir: no sería aceptable una autorización general para llevar a cabo, en un cierto período de tiempo, el que sea, «actos sexuales». Tampoco una «autorización» a posteriori es asumible, porque lo que se manifiesta con posterioridad a los hechos será convalidación, indulgencia, perdón, pero no permisión (además que esa perspectiva abriría, de nuevo, el abismo del viejo «perdón de la ofendida» que tan nefastas consecuencias originó)<sup>35</sup>.

«Por lo tanto», concluye ÁLVAREZ GARCÍA, «si se aprueba el Proyecto de Ley de Libertad Sexual tal y como está, lo que espero que no suceda, una de las conclusiones será la siguiente: queda prohibido acercarse a la propia pareja por la noche, mientras ésta se encuentra dormida, abrazarla y acariciarla, puesto que dormida no ha podido manifestar por medio de un acto «de manera clara la voluntad de la persona»<sup>36</sup>.

«Pero quedan también prohibidos los siguientes comportamientos (bajo amenaza de prisión de hasta cuatro años), entre otros muchos: acercarse a la pareja, subrepticamente (alevosía), y abrazarla, dándole así una «sorpresa cariñosa»; hacer, con engaño, que la pareja dirija sus ojos hacia arriba (¡mira!, ¡un lince ibérico volador!), y aprovechar que el mentón apunta al cielo para depositar en sus labios un enternecedor ósculo. Todos esos comportamientos, y muchos más de similar factura, quedan amenazados con una pena de prisión, y serán etiquetados como agresiones sexuales. Pues ¿cómo entender que se ha otorgado consentimiento en los términos del precepto estando dormida la persona? Es más, en este caso se estaría llevando a cabo una conducta de significación sexual con persona privada de sentido (nuevo artículo 178.2, de la Ley de Libertad Sexual). Parecidos problemas para considerar otorgado el consentimiento se nos plantean en los otros ejemplos propuestos más arriba.

De esta manera, la Ley nos señala cuáles son los caminos de la sexualidad. Es decir: la nueva normativa no se limita a proteger nuestro derecho a la sexualidad, sino que también lo conforma. Nos dice cómo se tiene que amar y cómo no. Qué es válido en materia amorosa y qué no. Es decir: nos fuerza a reescribir «el arte de amar». La libertad, pues, está en peligro<sup>37</sup>».

¿Qué negativa cualidad posee las palabras *actos*, destacada por ÁLVAREZ GARCÍA como la causa de la puesta en peligro de la libertad sexual por parte de la nueva regulación?<sup>38</sup> «Las dificultades», en efecto, «provienen de la comisión

34 Ninguna de estas tres palabras es utilizada por el artículo 178 para adjetivar el término *actos*.

35 Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: «La libertad sexual...», *ob. cit.*, p. 5.

36 Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: «La libertad sexual...», *ob. cit.*, p. 5.

37 Vid. *Ibidem*, pp. 5 y 6.

38 El empleo de la palabra *actos* no es el único defecto o mal, según ÁLVAREZ GARCÍA, de la nueva regulación de los delitos sexuales, pero sí el mal responsable de la puesta en peligro de la libertad sexual.

de un error elemental en la elaboración del Proyecto de Ley: que se trata de imponer una determinada manera de expresar el otorgamiento del consentimiento en una materia que, como veremos, no admite rigidez en las formas»<sup>39</sup>.

«Es evidente, sin embargo», sigue diciendo el mencionado autor, «que en materia de relaciones sexuales el consentimiento, a veces, se presenta confundido con otra manifestación de voluntad como pudiera ser una invitación, entendida, o no, como iniciativa (que a veces se concreta en una simple mirada); o puede tener el significado de implicarse en la creación de un clímax de carácter, precisamente, sexual, pero en muchas ocasiones de muy difícil delimitación. Pero, en todo caso, las formas de manifestar el consenso para el mantenimiento de relaciones de posible significado sexual, es muy variado: miradas, gestos, elevación del mentón, mohines, movimientos de manos o pies, corporales, orales (con una diversidad de formas de manifestación), por supuesto escritas (correos electrónicos, WhatsApp, SMS, escritura convencional en las superficies más variadas), y un largo etcétera. Ahora bien, ¿cómo tratar de capturar esta realidad tan rica y diversa en el concepto de "acto"?»

«El problema, además, adquiere una mayor complejidad si se tiene en cuenta que la naturaleza misma de las relaciones afectivas sirve para excluir, en muchas ocasiones (imposibles los porcentajes en la materia), la mera posibilidad de acudir a ciertas formas de expresión del consentimiento (obviamente la escrita, pero incluso a veces la oral) por la circunstancialidad de la relación, por sus peculiaridades (tratándose de casos, por ejemplo, en que la pareja de la persona con quien se desea tener algún contacto sexual está presente, o existe alguna vinculación parental, etc.). Pues bien, en atención a lo manifestado, ¿cómo se puede cumplir lo exigido en el artículo 178 del Proyecto de Ley de Libertad Sexual?: "Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona". Pues únicamente una posibilidad se me ocurre: que junto a la decisión normativa de vetar a los ciudadanos acariciar a sus parejas cuando éstas se encuentran dormidas en el lecho común, el Legislador ha decidido excluir las miradas, los gestos labiales, el enarcar las cejas, etc., como formas válidas de prestar el consentimiento. Pues ¿acaso puede entenderse que una mirada es un "acto" que expresa "de manera clara la voluntad de la persona"? Supongo, además, que esa teóricamente «manera clara» de expresión de la voluntad de la persona, lo tiene que ser para el "hombre medio situado en la misma posición del autor y con los conocimientos especiales de éste". Para ese "hombre medio" la mirada, una mirada, tiene que ser clara, evidente, manifiesta, notoria..., lo mismo tiene que ocurrir con un simple roce con el envés de la mano, con una metáfora, con..., y todo ello con relación a relaciones sexuales con un determinado contenido (no olvidando que "lo sexual", y lo que hay que captar, por lo tanto, en el significado

---

39 Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: «La libertad sexual...», *ob. cit.*, p. 6.

de una mirada, va desde un beso o un azote hasta penetraciones en grupo, y todo ello tiene que ser captable para el hombre medio...»<sup>40</sup>.

Añadir el factor *tiempo* a nuestra ecuación empeora, dice aquel autor, la situación: «Parto de la idea de que cualquier clase de relación sexual tiene que estar consentida previa o coetáneamente. Es evidente que puede haber una autorización previa, expresa o tácita, para la realización de actos sexuales, pero generalmente la índole y las modalidades de estos se van concretando —y por tanto también la autorización— a medida que se van llevando a cabo, y es en ese ámbito temporal donde se establecen múltiples autorizaciones y/o prohibiciones. Todo ello, además, teniendo en cuenta que las relaciones sexuales se caracterizan —sobre todo en los primeros años de establecimiento de estas, en plena pubertad— por ser un aprendizaje y, por lo tanto, una escuela de ruptura, en ocasiones, de tabúes, de incursión en lo desconocido, de atrevimiento, de investigación, y de comprobación de lo deseable y de lo que no lo es».

Pues bien, en semejante escenario identificar ese «acto» al que se refiere el tipo, en el que se concentra el consentimiento sexual de forma clara, es imposible en no pocos casos (hago salvedad de supuestos de prostitución en los que se pueden pactar previamente los concretos actos sexuales que se van a llevar a cabo, o se dejan estos en una indeterminación aceptada por las partes, que incluso puede llegar a afectar a los particulares sujetos con los que se van a llevar a cabo esos actos —especialmente en locales en los cuales todos los que, por hipótesis, acceden a ellos, lo hacen bajo la condición, asumida por todos, de «hacer y dejarse hacer»—). Especialmente porque en muchos supuestos la «progresión» en la realización de actos sexuales está condicionada por el «avance» en los mismos, durante la cual se produce una simple aceptación —o incluso «no oposición» que implica aceptación—, imposible de concretar en acto alguno, de la continuidad en los actos. Es decir: en ocasiones «el acto» de consentimiento consiste en un «no acto», en el silencio, al que ocasionalmente se le otorga una cierta significación.

En esta realidad, ¿cómo identificar concretos «actos» en los que se exprese «de manera clara» la voluntad de la persona? Es obvio que habrá supuestos en los que se vaya expresando, «paso a paso», el consenso de los protagonistas de la relación, pero otros muchos en los que, exclusivamente, se dará la referida «no oposición» o una mera aceptación. Pues bien, mientras que para los primeros es adecuado uno de los lemas tantas veces enunciado en las manifestaciones feministas tras, especialmente, «lo ocurrido» con la denominada «manada de los sanfermines», el «sí es sí» o «sólo sí es sí»; es decir: uno en el que se resalta la necesidad de ir contando con autorización previa o coetánea. Para los segundos, nos hallamos ante un escenario reactivo, las prohibiciones —que juegan en el caso de no haberse realizado autorización— se irán dictando a medida que se vayan ejecutando actos de «progresión sexual» sobre el cuerpo de otra persona.

En este teatro, insisto, ¿cómo hallar el elemento del tipo que define el consentimiento válido según la nueva Ley de Libertad Sexual? ¿cómo encontrar el concreto «acto» que denota una clara expresión del contenido de la voluntad de las personas?»<sup>41</sup>.

¿Tiene solución el problema que plantea el empleo del término *actos* en el artículo 178, número 1, del Código Penal al establecerlo como medio obligado de expresión de la voluntad de una persona?

40 Vid. *Ibidem*, pp. 6 y 7.

41 Vid. *Ibidem*, p. 9.

Según parece, el gravísimo problema denunciado por ÁLVAREZ GARCÍA<sup>42</sup> desaparecería con una sencilla operación: la supresión del término *actos*. Aventuramos dos opciones que dicho autor consideraría, a nuestro juicio, plausibles.

La primera consistiría en suprimir el inciso segundo del artículo 178.1, que quedaría así redactado: «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».

«Sin embargo, las impulsoras del Proyecto de Ley erraron en el diagnóstico; primero, porque si no tenemos un concepto general de consentimiento en nuestras leyes penales, ni civiles (todo lo más se refiere nuestro Ordenamiento a las formas de otorgamiento del consentimiento que en cada caso son admisibles o exigibles; también a los supuestos en los que se requiere el «expreso», como ya he manifestado más atrás citando diversos preceptos del Código penal, o el «expreso o tácito» como es habitual en el Código Civil —por todos, véase el artículo 123—, no es porque se haya despreciado por los juristas la necesidad del mismo, sino porque una definición genérica (el encasillamiento que supone proporcionar una definición normativa del concepto) proporcionaba más inconvenientes que soluciones. Pero obviamente, y desde hace miles de años, los juristas estamos acostumbrado a «jugar» con el concepto de «consentimiento», especialmente en el campo del negocio jurídico y en el Derecho de familia, y alrededor del mismo se han escrito millones de páginas; y, sobre todo: estamos acostumbrados a discutir sobre la prueba del consentimiento<sup>43</sup>».

La segunda consistiría en suprimir, como decíamos, el término *actos* del inciso segundo del artículo 178.1, que quedaría así redactado: «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado, en atención a las circunstancias del caso, de manera clara la voluntad de la persona».

Lo importante, en fin, según el autor que nos ocupa, no es identificar un concreto acto, sino «un conjunto de circunstancias» o «signos»<sup>44</sup>.

«No cabe duda de que la «mirada», el «mohín», cierto «clima», el silencio, etc., pueden significar asentimiento (o lo contrario), y en ese sentido nos encontraremos con relaciones consentidas, o no; pero desde luego se tendrá que convenir en que esos signos no son «actos» y menos aún expresan «de manera clara la voluntad de la persona». Estamos, así, como al principio: el problema es de prueba, y la incorporación al tipo penal de la cláusula examinada o no es apta para solucionar inconveniente alguno o, y es lo más probable, únicamente servirá para complicar extraordinariamente la comprobación de la adecuación a tipo de las conductas»<sup>45</sup>.

42 Tampoco es partidario de la supresión de la diferenciación entre abusos y agresiones sexuales, juzgada también de forma muy crítica, pero esta es otra cuestión que no ocupará ahora nuestra atención.

43 Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: «La libertad sexual...», *ob. cit.*, p. 10.

44 Vid. *Ibidem*, p. 11.

45 Vid. *Ibidem*, p. 12.



### 3.1.2. Actos y circunstancias. La construcción del consentimiento

La circunstancia, según el Diccionario de la RAE, es un accidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho; es un conjunto de lo que está en torno a alguien; el mundo en cuanto mundo de alguien.

El acto, según dicho Diccionario, es una acción, el ejercicio de la posibilidad de hacer o el resultado de hacer; en el orador, el cantante y el actor, dice también el Diccionario de la RAE, la acción (el acto) es el conjunto de actitudes, movimientos y gestos que acompañan la elocución o el canto.

¿Cómo debe una persona expresar su voluntad, ya sea en materia de libertad sexual o en cualquiera otra? Indudablemente, a través de nuestros actos, de nuestras acciones, de nuestros hechos, de nuestro hacer; las circunstancias, nuestras circunstancias, ayudarán, por supuesto, a interpretar el significado de dichos actos.

Si el Derecho Penal es, como sabemos, un Derecho Penal de actos, un Derecho Penal de hechos, ¿no debe ser también a través de ellos como manifestemos nuestra voluntad? ¿Existe acaso alguna otra opción? Es innecesario, seguro, responder a esta pregunta con palabras escritas; nuestro silencio, seguro, es sumamente revelador.

Atribuir al término *actos* un hermetismo como el que denuncia tan prestigioso penalista como ÁLVAREZ GARCÍA no es, desde luego, obligado, sino todo lo contrario; es una palabra permeable, elástica, sin que ello signifique que deba sumirnos en un pozo de incertidumbre.

Nadie duda, nadie debería dudar, de que atenta contra la libertad sexual ajena quien realiza cualquier *acto* sexual sin consentimiento de la persona titular de dicha libertad; y nadie duda, nadie debería dudar, de que el consentimiento debe ser libre, o, como dice el artículo 155 del Código Penal cuando asocia al consentimiento en los delitos de lesiones un importante efecto atenuador de la pena, válido, espontáneo (e, incluso, expreso, es decir, claro). ¿Y cómo debería emitirse, repetimos, sino a través de nuestros actos? Las circunstancias no expresan nuestra voluntad; ayudan a interpretarla, a determinarla.

Nuestros actos podrán ser anteriores, pretéritos, o coetáneos, presentes, pero *deberán ser y expresarán nuestra voluntad*; y para que exista consentimiento, dicha expresión deberá ser clara. Eso es todo, y no es poco, lo que exige el artículo 178.1: que los actos sexuales sean, para descartar la comisión de un delito contra la libertad sexual, consentidos; que nuestros actos, nuestros hechos, nuestro hacer, expresen claramente dicho consentimiento, cuál es nuestra voluntad. *En caso de duda sobre dicha voluntad*, y ese es un importantísimo mensaje, quien desee realizar actos de carácter sexual con otra persona deberá entender que no concurre consentimiento por su parte.

A las realizadas es preciso añadir las siguientes reflexiones que responden, enfatizando algunas ideas recién expresadas, a las críticas realizadas por ÁLVAREZ GARCÍA:

- Frente a las sus críticas es preciso subrayar, en primer lugar, que no es preciso, o no en los términos expresados por dicho autor, que el consentimiento se actualice con cada acto de contenido sexual. «*Consentimiento*» significa, según el Diccionario de la RAE, «*manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente*» (3.ª acepción). El art. 178.1 CP exige un consentimiento libre que deberá ser expresado, lógicamente, mediante actos. En una relación de pareja como la descrita en algunos ejemplos citados por aquel autor, el consentimiento se habrá prestado mediante actos anteriores a los hechos. Mientras no se revoque, ese consentimiento sigue vigente, aunque se haya expresado mucho tiempo atrás. No es necesario que exista inmediatez de la prestación del consentimiento respecto de la ejecución de lo que se consiente. Tampoco es necesario que el acto sexual deba ser siempre el mismo, sin admitir cambios. El consentimiento sexual no presupone un acto cuyos parámetros son claros e inmutables. A diferencia de otras actividades que también requieren el consentimiento, actividades que adoptan una forma muy específica cuya variabilidad puede ser controlada por la parte interesada, como un contrato de compraventa de un bien inmueble, el acto sexual adopta múltiples formas imposibles de predecir en el momento de prestar el consentimiento. No solo el consentimiento prestado para una práctica no implica que otras también sean aceptadas, sino que puede ser retirado o reducido en su alcance en cualquier momento. Y es que debe quedar claro que el consentimiento es revocable en cualquier momento, cambien o no los parámetros previamente acordados en la pareja, sin necesidad de justificar de ninguna manera ese cambio<sup>46</sup>.
- Debe destacarse también, en segundo lugar, que debe evitarse confundir la necesidad de que concurra un consentimiento expresado mediante actos con la exigencia, inexistente, de que ese consentimiento se preste con ciertas formalidades, sobre la base de que el uso del término «acto» no permitiría abarcar miradas o gestos<sup>47</sup>. Sin temor a pecar de reiterativos, es preciso dejar claro que nada en la definición legal del consentimiento hace necesaria una comunicación verbal. La comunicación no verbal también puede expresar claramente la voluntad de la persona. Guiar la mano de la pareja a la zona donde uno quiere que le toquen, tocarla, quedarse paralizado, llorar en silencio o intentar apartar las manos del otro, son actos que expresan esa voluntad con la suficiente claridad.

---

46 Como apunta, acertadamente, ÁLVAREZ GARCÍA (vid. *Ibidem*, p. 12).

47 Vid. *Ibidem*, pp. 6 y 7.

- En tercer lugar, se aprecia en la crítica antes referida, en los términos formulados, una notable confusión entre deseo y consentimiento. Se cita el supuesto<sup>48</sup>, «de la mujer casada que "soporta" sexualmente a su marido, sin ningún deseo, pero que corporalmente se muestra "disponible" para seguir manteniendo una relación agotada que le proporciona alguna satisfacción no directamente vinculada con la actividad sexual" como un supuesto en el que "no hay un acto decisivo en sentido estricto que ponga de relieve el verdadero contenido de la voluntad de la persona: sólo señales corporales de contenido equívoco y, a veces, contradictorio»<sup>49</sup>. Ahora bien, «consentir» es, una vez más según el citado Diccionario de la RAE, «permitir algo o condescender en que se haga», «soportar o tolerar algo». «Condescender» significa «acomodarse por bondad o conveniencia al gusto y voluntad de alguien», y «tolerar» «llevar con paciencia». ¿Consiente la mujer del ejemplo? Sí, aunque no sienta en ese momento deseo sexual, sus actos revelan, de forma clara, indubitada, su voluntad de participar en la actividad sexual: la permite o tolera, llevándola con paciencia. Solo en otro caso, si sus actos exteriores indicaran lo contrario, o no hubieran patentizado previamente el consentimiento, el contacto sexual sería no consentido.

En realidad, todo cuanto sostenemos ya lo apuntaba el propio ÁLVAREZ GARCÍA. Según él, «queda una posibilidad para tratar de *salvar* el precepto en la redacción que se propone en el artículo 178»: entender la expresión «actos» como un conjunto de ellos que engloba una pluralidad de expresiones de voluntad realizadas antes, durante y después del comportamiento sexual. Obviamente este planteamiento impugna el efectuado en el precepto en examen, pero, sin embargo, serviría para solucionar satisfactoriamente las cuestiones más arriba formuladas (el de la pareja dormida, el abrazo sorpresivo, etc.), a salvo, obviamente, de los problemas de prueba que constituyen verdaderamente el núcleo de la cuestión. Es decir: se pondría el acento, como pareciera lógico, en todo tipo de circunstancias —pasadas, presentes y futuras— que rodean al hecho mismo de los tocamientos, que admiten —exigen— una evaluación de conjunto, y es en esa valoración donde podemos encontrar una respuesta adecuada a las dificultades que plantea el consentimiento»<sup>50</sup>.

Como hemos visto, no existe tal pretendido choque con la definición de consentimiento o, más bien, solo choca en la referencia a las expresiones de voluntad realizadas *después* del acto sexual. En la definición legal del consentimiento claramente se obliga a tener en cuenta las circunstancias del

48 También utilizado por GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Solo sí es sí», en *Iustel. Diario del Derecho*, 27 de abril de 2020.

49 Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: «La libertad sexual...», *ob. cit.*, p. 7.

50 Vid. *Ibidem*, p. 7.

caso. Esas circunstancias son las personales del autor y la víctima y las fácticas concurrentes antes y durante los hechos penalmente relevantes: desde el grado de conocimiento previo entre las partes implicadas al lugar y momento de los hechos, la minoría de edad de las partes, su estado de intoxicación etílica o por drogas, la diferente posición social, la dinámica relacional, la presencia o no de otras personas, el contexto intimidatorio o abusivo, la capacidad de reacción de la víctima, la negociación sobre el uso de anticonceptivos, etc. Las expresiones de voluntad realizadas después tienen, sin duda, su importancia a efectos de prueba, pero un arrepentimiento a posteriori no puede convertir en delictivo lo que en su momento fue atípico, puesto que concurrió la expresión de la libre voluntad de las partes.

En suma, el consentimiento, por supuesto, puede prestarse verbalizándolo en un determinado momento, pero también se construye, también puede construirse lentamente, día a día.

El marido que desea tocar a su mujer dormida, ¿podrá hacerlo? Mientras duerme, ella, indiscutiblemente, no puede prestar, verbalizándolo, su consentimiento, pero sí puede haber consentido antes de dormirse: si marido y esposa se llevan bien, si es común que se acaricien y que den comienzo así a sus relaciones sexuales, si han construido una determinada clase de relación de pareja que incluye el acceso al cuerpo del otro en forma de caricias o tocamientos espontáneos; si ello se repite con frecuencia y ni él ni ella han considerado estos actos excesivamente invasores, sino, todo lo contrario, expresión natural de su complicidad; en tal contexto, concurrentes tales circunstancias, concurrirá consentimiento, que habrá sido expresado de manera clara a través de actos, de muchos actos. Evidentemente, si antes de dormirse la esposa, ella y su marido discutieron fuertemente, o si se están planteando separarse y se limitan a compartir casa e, incluso, cama, el contexto, las circunstancias, cambian, por lo que los tocamientos de carácter sexual difícilmente podrán considerarse consentidos.

La libertad sexual no solo no se pone en peligro al exigirse que el consentimiento se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona, sino que esta es, evidentemente, la mejor manera de asegurar su protección.

La fórmula de lo que se entiende por consentimiento incorpora, en el fondo, una obviedad: solo habrá ejercicio libre de una actividad sexual si esta es consentida por todas las partes; no necesariamente deseada, pero sí, al menos, aceptada como manifestación de una decisión libre. SOLO SÍ ES SÍ, por supuesto; pero no es preciso un sí verbal, ni un documento escrito ni, mucho menos, una escritura notarial (al margen de su revocabilidad en cualquier momento). No es posible seguir ignorando si, en realidad, una persona consiente o no participar en una actividad sexual. En caso de duda, debe entenderse que no hay consentimiento.

### **3.2. Prevención general positiva o pedagogía social. Quien calla, no otorga**

La exigencia de que concorra un consentimiento claro cumple, por otra parte, una doble función preventivo general. El fin del Derecho Penal, existe consenso al respecto, no es, simplemente, castigar, sancionar hechos que se consideran gravemente injustos; sino, sobre todo, prevenir que tales hechos se cometan, pues suponen un atentado contra un bien jurídico, bien en forma de lesión bien en forma de peligro.

El anuncio debe ser alto y claro: solo sí es sí. Y debe operar, desde que tenga lugar, el referido doble efecto preventivo general:

- En primer lugar, de carácter negativo o intimidatorio: dirigiéndose a todos los ciudadanos, comunicándoles que, si mantienen relaciones sexuales sin mediar consentimiento, expresado de forma clara, cometen un delito y deberán ser castigados.
- En segundo lugar, de carácter positivo: se proclama que un determinado bien, la libertad de determinación sexual, tiene un alto valor y, por ello, se ha hecho merecedor de su tutela penal. Los destinatarios del anuncio legal ahora son, una vez más, todos los ciudadanos, los potenciales delincuentes, a quienes se informa de aquel reconocimiento; pero también ellas, las personas y, muy especialmente, las mujeres, que sean, pese a todo, objeto de atentados sexuales; deben saber identificar cuándo son partícipes libres en un comportamiento sexual y cuando son víctimas; poner nombre a lo que desean hacer, pero también a aquello que padecen.

No se trata, por tanto, solo, ni principalmente, de no dejar margen a la impunidad de determinados actos, sino de despertar, de forma sincera, la conciencia social de que el ejercicio de la sexualidad debe ser libre. No es tolerable ignorar o despreciar la voluntad de las personas, actuar con indiferencia hacia dicha voluntad, quizá ignorándola deliberadamente. De otro modo, una persona deja de ser tratada como tal, con dignidad y libertad, y se convierte en víctima de nuestros actos. El anuncio legal debe ser manifiesto: no se pretende solo convencer intimidando, asustando, sino, asimismo, y muy especialmente, concienciando, dando a conocer lo que está mal y lo que está bien, fomentando el respeto, la igualdad, la dignidad, la libertad.

Sexo sí, pero sexo libre. En caso de duda sobre la voluntad de una persona, este es un importantísimo mensaje, quien desee realizar actos de carácter sexual con ella, deberá entender que concurre, por su parte, consentimiento. En caso de duda, no debes actuar.

¿Cómo debo interpretar el silencio? Debe haber signos inequívocos que expresen con claridad la voluntad de la persona, que esta desea, o consiente, intervenir. No hay silencio si, pese a no haber palabras, las acciones, expre-

siones o gestos no evidencian voluntad de participar. Hay verdadero silencio cuando faltan todas ellas, y entonces, el silencio es negativo. La nueva regulación del consentimiento en materia sexual cumple, en suma, una función de pedagogía social, en nada ajena, por otra parte, al Derecho Penal.

Según un conocido refrán español, quien calla otorga, es decir, da a entender que muestra su aprobación a lo que se ha propuesto. La ley de solo sí es sí tiene como destacada función, mediante la definición del consentimiento, desterrar esta manera de pensar, extendida no solo socialmente sino también por nuestros jueces y tribunales. El caso de la Manada es una evidencia, pero hay muchas más. Aunque el Tribunal Supremo *arreglara* finalmente el despropósito causado por la Audiencia Provincial y por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, lo cierto es que dos tribunales integrados por experimentados jueces y magistrados profesionales consideraron que la víctima *consintió* los actos sexuales con ella realizados, limitándose a declarar, tanto la primera como el segundo, que el consentimiento debía ser invalidado por mediar el prevalimiento o abuso de una situación de superioridad.

Desgraciadamente, en España, cuando una mujer no decía no, cuando se bloqueaba o paralizaba por el miedo, por las circunstancias del caso, cuando no manifestaba con claridad su oposición a un determinado acto, se entendía que consentía, pudiéndose alcanzar, a lo sumo, la conclusión, en algunos casos, de que dicho consentimiento debería anularse. La prueba del dolo es, entonces, especialmente exigente: el autor del atentado sexual considera que hay consentimiento; jueces y tribunales, frecuentemente, también; aquel, en consecuencia, solo actuará dolosamente si es conecedor de que el consentimiento manifestado por la víctima callando, en realidad es nulo.

En conclusión, el mensaje legal está dirigido a toda la ciudadanía: a quienes desean relacionarse sexualmente con otras personas, a quienes resultan víctimas a fin de que sepan identificar cuando existe un atentado sexual; y, asimismo, a juzgados y tribunales, pretendiéndose desterrar definitivamente la idea de que quien calla otorga; solo sí, expresado mediante actos y en los flexibles términos comentados, es sí.

### 3.3. ¿Está en peligro el principio de presunción de inocencia?

Importantísima advertencia: esta función de pedagogía social no pretende modificar el importante postulado contenido en el artículo 25 de la Constitución, es decir, el principio de presunción de inocencia.

Una crítica durísima, como las de GIMBERNAT ORDEIG o ÁLVAREZ GARCÍA, la realiza ahora CAMPANER MUÑOZ, quien nos atribuye a FARALDO CABANA y a mí mucho más de lo que decimos. «RAMON y FARALDO», dice, «postulan que solo sí es sí y que, en caso de duda, debe entenderse que no hay consentimiento». «El fin», dice también, me parece loable, pero no

se puede *comenzar la casa por el tejado*. Si se considera que esos son los valores que deben inculcarse, deberá comenzarse por las escuelas y tan son una vez que se haya llevado a cabo una verdadera labor pedagógica y esta se haya revelado estéril podrá plantearse, en su caso, el siempre cómodo recurso al derecho Penal, tipificando conductas que actualmente no constituirían ni siquiera un ilícito civil»<sup>51</sup>.

Ciertamente, *en caso de duda, debe entenderse que no hay consentimiento*, pero es esta una afirmación que conoce bien el sistema constitucional en el que se incardina y el principio de presunción de inocencia, por lo que su proyección no es procesal; no pretende modificar dicho principio y trasladar la carga de la prueba o establecer una presunción de que no hubo consentimiento. Sobre la función pedagógico-social de la definición del consentimiento, sobre su fin preventivo general positivo, ya he reflexionado en un apartado anterior, debiéndose recordar en este momento que el Derecho Penal trasmite, mediante la amenaza lícita de imponer castigos, temor, pero también realiza juicios de valor positivos: la vida, la salud, la libertad, la libertad sexual, la integridad moral, la propiedad, el medio ambiente, etc., son bienes importantes, valiosos; su protección es la verdadera función del Derecho Penal. En un Derecho Penal democrático no debemos tener miedo a admitir que el Derecho Penal no solo es miedo, sino también enseñanza: pretende ejercitar en el respeto a la vida, a la salud, a la intimidad y, en general, a bienes jurídicos de relevancia constitucional. A las mujeres hubo que enseñarles que el ejercicio sobre ellas de violencia de pequeña entidad por parte de sus parejas, de sus hombres, era inadmisibles, pues estaba normalizada su aceptación; a los hombres fue preciso enseñarles lo contrario: que la práctica de violencia, incluso de entidad baja o leve, era intolerable. La pretensión no era convencer solo, aunque también, mediante la amenaza de castigo; se trataba, se trata aún hoy, de situar la salud, la integridad física, la libertad de obrar o de tomar decisiones o la integridad moral en el centro del sistema: si se amenaza con castigar a quien atenta contra dichos bienes es porque son de suma importancia, el verdadero fundamento de todo el sistema. Y la casa no se comienza por el tejado, sino precisamente por sus cimientos. El mismo instrumento normativo que prevé el castigo de quien realiza actos de carácter sexual sobre otra persona sin consentimiento define en qué consiste este; pero, como veremos, constituido este en un elemento negativo del tipo, debe ser probada su concurrencia por quien acusa<sup>52</sup>.

En su virtud, una persona es inocente de unos hechos hasta que no se demuestra lo contrario, lo cual, traducido en términos propios de la teoría del delito, significa que quien es acusado de haber realizado un tipo o supuesto de hecho penal *no lo ha realizado, ni total ni parcialmente, ni objetiva ni subjetivamente, si no se prueba lo contrario*.

Si una persona es acusada de realizar actos que atentan contra la libertad sexual de otra persona por ser realizados sin su consentimiento, quien ejerza la acusación deberá probar que tuvieron lugar determinados actos sexuales,

51 Vid. CAMPANER MUÑOZ, J.: «El consentimiento sexual como eje de la reforma penal: Pura logomaquia (un enfoque procesal contrario a las últimas iniciativas legislativas)», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, n.º 65, 2022, p. 123.

52 CAMPANER MUÑOZ afirma estar de acuerdo con la afirmación de que *«en caso de duda, debe entenderse que no hay consentimiento»*, pero en el plano educativo y preventivo, pero no desde una perspectiva procesal, «a la hora de decidir si, en un caso concreto, existió o no consentimiento» (vid. *Ibidem*, p. 124). Este autor, en realidad, nos atribuye una ignorancia que en este caso no nos corresponde. ¿Cómo ignorar lo que dice la Constitución? ¿Realmente cabe pensar que pretendemos infringir el principio de presunción de inocencia? Todo lo contrario: creemos en ella y la ejercitamos. Y, acto seguido, lo explicaré detenidamente.

que estos se realizaron sin consentimiento de la víctima y, por supuesto, que el autor conocía que no concurría tal consentimiento. También el dolo, en efecto, elemento del tipo subjetivo de los delitos que lo exigen, deberá ser probado por la acusación.

Quien acusa, por tanto, deberá probar que expresó de forma clara su voluntad, lo cual, insistimos, solo podrá haberlo hecho a través de sus actos, expresión suficientemente elástica para dar acogida a gestos, silencios, actitudes, actuales, o pretéritas, no necesariamente inmediatas. Y deberá probar que el acusado conocía su voluntad, que actuó dolosamente.

Si el acusado creía, equivocadamente, que concurría consentimiento por parte de la otra persona, esta será víctima, pues el contacto habrá sido no consentido, pero, ausente el dolo, su conducta será penalmente atípica (no se prevé el castigo de estas conductas cuando son cometidas por imprudencia), aunque ilícita.

El Juzgado de lo Penal n.º 3 de Castellón dictó la sentencia 436/19 declarando como HECHOS PROBADOS los siguientes:

ÚNICO. Ha resultado probado que el acusado José Enrique, cuyos datos personales ya constan, y con antecedentes penales no computables en la presente causa, el día 5 de febrero de 2019 le dio un beso a Gabriela y le apretó las nalgas cuando ambos se encontraron en el edificio sito en CALLE000 bloque NUM000 de la localidad de Castellón.

El acusado fue absuelto. Recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial de Castellón, en fecha 12 de mayo de 2020, estimó el recurso de apelación ante ella interpuesto y condenó al acusado, al cual consideró autor de un delito de abuso sexual.

Declara el Tribunal Supremo, en su sentencia 735/2022, de 18 de julio, resolviendo el correspondiente recurso de casación, que «en la fundamentación jurídica, analizaba la juzgadora de instancia, las contradicciones que había encontrado en la versión de la denunciante, acerca del consentimiento prestado por ésta en el beso que le da el acusado en el rellano de la escalera, y el apretón en las nalgas, absolviendo al acusado como consecuencia del error de tipo que declaraba en la fundamentación jurídica de la Sentencia, sin llevarlo, ciertamente, a los hechos probados, como debió haberlo hecho, aunque tal fundamento jurídico de indudable sabor fáctico, como veremos, a favor del ahora recurrente, operará en su beneficio, pero nunca podría producir tal efecto en sentido contrario».

La Audiencia Provincial de Castellón, como hemos visto, acogió el recurso de apelación del Ministerio Fiscal, y condenó al acusado como autor de un delito de abusos sexuales, imponiendo la pena de un año de prisión. «Declara para ello la Audiencia», explica el Tribunal Supremo, en la fundamentación jurídica, elementos fácticos que no se encuentran recogidos en el hecho probado, como la falta de consentimiento, de la que parte el Tribunal «a quo» y de lo sorpresivo de su acción, cuando ni lo uno ni lo otro se describían en el factum de la Sentencia apelada. Es más, la juzgadora de instancia, lo que dejó expuesto en su sentencia es que no quedó claro si la mujer, ante tal acción de Jose Enrique, lo rechazaba, o no.

«El motivo debe ser, en consecuencia», concluye el Alto Tribunal, «estimado»:

El Juzgado de lo Penal absolvió al ahora recurrente entendiendo que concurría error de tipo en su actuación, considerando que no pudo apreciar si la mujer consentía el beso que



le daba el acusado, de modo que, al menos, de forma vencible, razonó el Juzgado de fallo, que concurría tal error de tipo, que conduce en un delito como el enjuiciado directamente a la absolución, al no existir el correspondiente tipo imprudente.

Esta apreciación es de naturaleza fáctica, pues se refiere a datos de la acción que rodeó este episodio, y referidos particularmente de la falta de consentimiento, que debe abarcar el dolo del autor, y en este caso, al reforzar esta apreciación la juzgadora de primera instancia, no pudo ser sustituida por la Audiencia, y menos al no constar la falta de consentimiento en el factum en la sentencia apelada. Por tanto, tal apreciación probatoria, en la fundamentación jurídica, le debe favorecer, por ser un elemento de hecho a favor de reo.

No es cierto, en fin, que la reforma penal empeore el escenario actual, «donde el juez, aun influido inconscientemente por sus creencia, educación y experiencia, puede valorar si en cada caso concreto existió o no consentimiento *libre* para mantener la relación sexual tomando en consideración hechos anteriores, coetáneos y posteriores al hecho controvertido objeto de enjuiciamiento»<sup>53</sup>. «No es cierto que, «con la reforma (...), el Estado español impone una concepción del consentimiento sexual, fijando unos diques no susceptibles de ser desbordados en función de las circunstancias del caso y de los protagonistas de la relación sexual»<sup>54</sup>. Y no es cierto que el consentimiento exoneratorio (sexual) del menor de dieciséis años que prevé el artículo 183 bis «contenga menos requerimientos» que el definido en el artículo 178 para mayores de edad»<sup>55</sup>. El consentimiento, en ambos casos, debe ser, por supuesto, libre, y, en realidad, eso es todo; la claridad que se exige contiene una enseñanza y los errores relativos al consentimiento serán de tipo y eliminarán el dolo, presupuesto, por otra parte, que este debe ser probado por la acusación y no por la defensa su ausencia.

### **3.4. Resumen. ¿Era necesaria la definición del consentimiento sexual? ¿Era conveniente? ¿Pone en peligro la libertad sexual? ¿Destruye la presunción de inocencia?**

Responderé muy resumidamente, y a modo de conclusión, a estas preguntas:

¿Era necesaria la definición del consentimiento sexual?

Estrictamente no era necesario definir el consentimiento sexual. Si el artículo 178.1 se hubiera limitado a tipificar como delito de agresión sexual la realización de actos que atentaran contra la libertad sexual de otra persona por ser realizados sin su consentimiento, se habría reproducido la situación precedente, pudiendo funcionar perfectamente la nueva normativa.

53 Vid. CAMPANER MUÑOZ, J.: «El consentimiento sexual...», *ob. cit.*, p. 132.

54 Vid. *Ibidem*, p. 132.

55 Vid. *Ibidem*, p. 133.

¿Era conveniente dicha definición?

Seguramente, muy conveniente: para enseñar que quien calla no otorga; para enseñar que solo consiente quien expresa de forma clara su voluntad; para enseñar que se es víctima de un atentado sexual si no se ha expresado claramente dicha voluntad; para enseñárselo a los ciudadanos que pretenden relacionarse sexualmente con otros y a quienes se han visto involucrados en relaciones que no consintieron, aunque no dijeran que no; para enseñárselo a quienes aplican las leyes penales.

En la citada sentencia 436/19 del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Castellón se fundamenta la absolución del acusado en los siguientes términos: «... pues tampoco queda claro que no fuera rechazado por la perjudicada, al menos en el momento en que sucedieron los hechos enjuiciados, habiendo esperado incluso la llegada de su hijo para dar aviso a la policía. Así las cosas, todo parece indicar, en suma, que existiría al menos un error vencible sobre la naturaleza del consentimiento prestado por la víctima, que ha de conducir a la absolución del acusado, toda vez que no existe tipo imprudente, y de conformidad con lo disciplinado en el art. 14 del Código Penal».

La Ley del solo sí es sí pretende modificar el estado, consolidadísimo, de las cosas, y desterrar la idea de que, si no hay un no expreso, claro, ello significa que hay consentimiento sexual; en los elásticos términos comentados, pero debe haber un sí.

¿Pone en peligro la libertad sexual?

Rotundamente, no. La expresión actos es lo suficientemente amplia, generosa, para permitir que la manifestación de la voluntad se realice inmediatamente antes de un acto o a través de la configuración de una determinada relación entre dos personas. Exigiéndose que la voluntad se haya expresado de manera clara, se protege verdaderamente la libertad sexual.

¿Se destruye o invierte el principio de presunción de inocencia? No solo no se destruye, sino que si la inversión de la carga de la prueba fuere la pretensión de la ley del solo sí es sí, la tentativa debería considerarse absolutamente inidónea, pues el tenor de la Constitución es terminante: todos tienen derecho, dice su artículo 24.2, a la presunción de inocencia. Una ley, orgánica o no, no puede contrariar lo dispuesto por la Constitución.

## **4. La regulación de los delitos de agresiones sexuales a menores de edad. Aciertos y desaciertos**

### **4.1. La distinción entre agresiones sexuales consentidas y agresiones sexuales no consentidas. Sin duda, un acierto**

El precedente artículo 183 CP preveía el castigo de quien realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, estableciendo una pena, con

carácter general, de 2 a 6 años. Consistiendo el ataque en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena se incrementaba sensiblemente: prisión de 8 a 12 años.

Utilizada por el autor violencia o intimidación, las penas se agravaban: la de 2 a 6 años dejaba paso a la de prisión de 5 a 10; la de 8 a 12 años, a la de prisión de 12 a 15 años.

Es preciso destacar, al respecto, un hecho de notoria importancia: dado que el menor de 16 años no podía consentir válidamente, el legislador no advirtió que estaba equiparando la realización de actos de carácter sexual con consentimiento libre del menor, pero inválido por imposición legal, con la realización de actos de carácter sexual materialmente no consentidos, es decir, impuestos al menor contra su voluntad: por resultar sorprendivos o alevosos; por haber sido realizados estando el menor privado de sentido, abusando de un trastorno mental, anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea al efecto, o prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coartaba la libertad de la víctima.

La LO 10/2022 corrige esta injusta equiparación o confusión de conductas delictivas evidentemente desiguales.

El nuevo artículo 181 parece reproducir la regulación propia del referido antiguo artículo 183, pues dispone, en su primer número, que será castigado con la pena de prisión de 2 a 6 años «el que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años»; acto seguido, sin embargo, ahora en su número dos, declara el artículo 181 que «si en las conductas del apartado anterior concurre alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178, se impondrá una pena de prisión de cinco a diez años».

Las *modalidades descritas en el artículo 178* son, resumidamente, realizar actos de carácter sexual con otra persona sin su consentimiento. Aunque, en su número 2, el artículo 178 declara que «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»; en virtud de lo previsto en primer término, también existirá una agresión sexual cuando, sin concurrir ninguno de estos supuestos, no haya habido consentimiento, por ejemplo, por haberse realizado sorprendivamente el acto sexual.

Ahora, por tanto, el Código Penal sí distingue entre agresiones sexuales a menores de dieciséis años realizadas con su consentimiento libre, pero inválido *ex lege*, y agresiones sexuales a menores de dieciséis años realizadas sin consentimiento. La pena, como puede fácilmente observarse, es muy superior: 5 a 10 años de prisión, y no de 2 a 6 años.

Seguramente por temor a que resulte desproporcionada esta pena, dispone acto seguido el artículo 181.2 que *en estos casos* (es decir, cuando no media consentimiento), «en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, podrá imponerse la pena de prisión inferior en grado, excepto cuando medie violencia o intimidación o concurren las circunstancias mencionadas en el artículo 181.4».

Dicha pena inferior en grado es la de prisión de dos años y medio a 5 años, con un límite mínimo muy próximo al de la pena prevista por el artículo 181.1, e inferior a su límite máximo. Dado que no existe una atenuación análoga en los casos del artículo 181.1, la atenuación prevista por el artículo 181.2 en su párrafo segundo desdibuja en cierta medida las diferencias introducidas por la nueva regulación. El artículo 181 recupera en parte las distancias entre unos y otros atentados sexuales prohibiendo apreciar la citada atenuación cuando «medie violencia o intimidación o concurren las circunstancias mencionadas en el artículo 181.4».

## **4.2. La violencia e intimidación en los delitos de agresiones sexuales a menores de edad**

Al comentar la fusión en una figura delictiva única de comportamientos que antes el Código Penal diferenciaba en abusos y agresiones sexuales, concluí que el ámbito de influencia de la violencia o intimidación, si no es extrema (en cuyo caso se aplicará uno de los tipos agravados del artículo 180), opera solo como elemento, con toda certeza clave, de individualización de la pena, dentro de los amplios márgenes establecidos por los nuevos marcos penales fijados por la LO 10/2022. Su influencia es, en cualquier caso, limitada.

Esta conclusión no es extensible a los delitos de agresiones sexuales a menores de dieciséis años. En este caso, el CP sí otorga gran relevancia al hecho de que el atentado sexual se perpetre, o no, con violencia o intimidación.

Ya hemos visto que el artículo 181 distingue entre agresiones sexuales ejecutadas mediando consentimiento libre de menor de edad y atentados sexuales no consentidos. Estos últimos merecen una respuesta penal, en principio, muy agravada, previéndose, como también he adelantado, una atenuación capaz de equipararlos con aquellos.

«En estos casos» (ausencia de consentimiento), dice el párrafo segundo del artículo 181.2, atendida la entidad del hecho y otras circunstancias concurrentes, podrá imponerse la pena de prisión inferior en grado, «excepto cuando medie violencia o intimidación»<sup>56</sup>.

---

56 O concurren, recordemos, las circunstancias mencionadas en el artículo 181.4 CP.

La presencia de violencia o intimidación impone, por tanto, diferencias notables.

- En presencia de un atentado sexual del artículo 181.1, la pena de prisión de 2 a 5 años es sustituida por la de prisión de 5 a 10 años.
- En presencia de un atentado sexual del artículo 181.3 (accesos carnal e introducción), la pena de prisión de 6 a 12 años es sustituida por la de prisión de 10 a 15 años...

Otorgar, considerando igualmente constitutivo de agresión sexual todo atentado de esta naturaleza, mayor desvalor a los supuestos en que se utiliza violencia o intimidación, puede ser adjetivado como un acierto; lo que no es un acierto es *contradecir* las líneas maestras introducidas en los delitos de agresión sexual por el artículo 178. Leer detenidamente este artículo y el 181 hace evidente su distinta autoría, la coexistencia de dos regímenes de agresiones sexuales que, sin justificación, se diferencian claramente, por lo cual, sin duda, se contradicen. La solución, ya apuntada, en sencilla: traducir, también en la regulación de los delitos sexuales, la importancia de la violencia o intimidación sin alterar la fusión delictiva producida.

### **4.3. La destipificación de los atentados sexuales fraudulentos a menores de 16 y 17 años**

El precedente artículo 182 preveía el castigo de quien, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realizare actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho.

Dichos menores, por tanto, gozaban de una tutela penal específica; el reconocimiento de su mayoría de edad sexual era compatible, dicho de otro modo, con una protección reforzada respecto a la establecida para los mayores de dieciocho años.

La nueva regulación prescinde de esta figura delictiva, por lo que, cabría afirmar, los menores referidos están ahora menos protegidos. Desde esta perspectiva, su supresión podría considerarse un desacierto. Sin embargo, lo cierto es que, en la práctica, la aplicación de dicha figura delictiva era absolutamente excepcional, lo cual suaviza aquella conclusión. O, dicho con otras palabras, desde una perspectiva práctica, no existe desprotección de los menores de dieciséis y diecisiete años.

Existe la posibilidad, por otra parte, de considerar que si media engaño (o, quizá, si se abusa de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima) en realidad no hay consentimiento, por lo que podrían aplicarse normalmente los artículos 178, 179 y 180 CP.

## 5. El revisionismo irreflexivo. El polémico régimen de penas de la Ley del *Solo sí es sí*

### 5.1. Los cambios introducidos por la reforma

Al unificarse lo que hasta ahora eran dos grupos delictivos, se consideró que debían establecerse nuevos marcos penales; no podían mantenerse los de los abusos para todos los atentados sexuales (por ser demasiado leves); tampoco (por ser demasiado graves) los de las antiguas agresiones.

Dichos nuevos marcos penales suponen, en la práctica, que los antiguos abusos sexuales se castigan un poco más que antes; y que las agresiones sexuales antiguas se castigan un poco menos.

Así, por ejemplo, los abusos sexuales del viejo artículo 181.1 (no acceso carnal ni introducción de objetos o miembros corporales por la vagina o el ano) se castigaban con pena de prisión de 1 a 3 años o multa; ahora, con prisión de 1 a 4 años.

Las agresiones sexuales del viejo artículo 178 (no acceso carnal ni introducción de objetos o miembros corporales por la vagina o el ano) se castigaban con pena de prisión de 1 a 5 años; ahora, con la referida pena de prisión de 1 a 4 años.

Sigamos: los abusos sexuales del viejo artículo 181.4 (acceso carnal o introducción de objetos o miembros corporales por la vagina o el ano) se castigaban con pena de prisión de 4 a 10 años; ahora, con pena de prisión de 4 a 12 años; las agresiones sexuales del viejo artículo 179 (acceso carnal o introducción de objetos o miembros corporales por la vagina o el ano: violación), se castigaban con pena de prisión de 6 a 12 años; ahora, con la citada pena de prisión de 4 a 12 años.

Ocupémonos de este último caso, el de la violación (antes, atentado sexual violento o intimidatorio consistente en acceso carnal o introducción de objetos o miembros corporales por vía anal o vaginal): anteriormente, su pena mínima era de 6 años; ahora es de 4 años, y lo es porque la nueva figura unifica dichos atentados sexuales con los consistentes en idéntico atentado sexual ejecutados sin violencia o intimidación.

Los jueces y tribunales, en estos casos, si en su momento impusieron la pena mínima de 6 años (de la de 6 a 12), ahora están revisando, con cierta frecuencia, las condenas e imponiendo la nueva pena mínima, de 4 años. El beneficio para el reo es, en este caso concreto, muy grande.

¿Podría haberse evitado? De varias formas; una de ellas, manteniendo la principal novedad de la reforma, esto es, la fusión de los antiguos abusos y agresiones en una nueva figura de agresiones, previendo que cuando se ejecutaran con violencia o intimidación debería imponerse la pena en su mitad

superior. Ello habría supuesto lo siguiente: la pena de prisión, en los casos en que no hubiere acceso carnal o introducción, no sería la de prisión de 1 a 4 años, sino la de prisión de 2 años y medio a 4; seguiría siendo un límite máximo inferior al anterior, pero el límite mínimo sería mucho más grave; en el caso de la violación, la pena sería la de prisión de 8 a 12 años y no la de prisión de 4 a 12; el límite máximo se mantendría y el mínimo subiría dos años.

Otra posible solución: mantener los antiguos marcos de las agresiones sexuales, pero prever la atenuación de los atentados sexuales no violentos o intimidatorios (imposición de la pena inferior en grado o de la mitad superior de la pena inferior en grado, por ejemplo).

Una tercera solución, ya comentada anteriormente: establecer, en el artículo 178.1, la figura básica entre los delitos de agresiones sexuales a personas mayores de dieciséis años, una pena de prisión de 1 a 4 años o, alternativamente, una pena de multa de 18 a 24 meses, en el artículo 178.1, con la previsión de que si los hechos se ejecutaren con violencia o intimidación se aplicará necesariamente la pena de prisión.

## 5.2. Las penas en el caso de víctimas menores

Comparadas las penas imponibles a los atentados sexuales antes y después de la reciente reforma de los delitos contra la libertad sexual, es preciso tener presente que el Código Penal, sin embargo, tiene, como hemos visto, un doble régimen jurídico para responder a dichos delitos: diferencia, en efecto, entre atentados sexuales cometidos contra personas que ya han cumplido 16 años y atentados sexuales cuya víctima son menores de dicha edad, menores que aún no han cumplido 16 años.

El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, dice el actual artículo 181.1. Esta es la pena imponible si el menor consiente; lo que sucede es que el Código Penal considera inválido su consentimiento. Si tales actos fueran ejecutados con violencia o intimidación, se impondrá la pena de prisión de 5 a 10 años (art. 181.2).

Dice también dicho artículo 181, concretamente en su apartado 3, que «cuando el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de seis a doce años de prisión en los casos del apartado 1, y con la pena de prisión de diez a quince años en los casos del apartado 2».

¿Cuáles eran las penas imponibles hasta el 7 de octubre de 2022?

El antiguo artículo 183 preveía la imposición de las siguientes penas:

- Prisión de 2 a 6 años si no había violencia o intimidación.
- Prisión de 5 a 10 años si había violencia o intimidación.

Cuando el ataque consistía en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal, las penas imponibles eran las siguientes:

- Prisión de 8 a 12 años si no había violencia o intimidación.
- Prisión de 12 a 15 años si había violencia o intimidación.

En resumen: la respuesta a los atentados sexuales no consistentes en acceso carnal o en introducción de objetos o miembros corporales (por vía anal o vaginal) es la misma hoy que la que estaba prevista antes: prisión de 2 a 6 años, si no se utiliza violencia o intimidación; prisión de 5 a 10 años, si se utiliza violencia o intimidación.

La respuesta, si el acto consiste en acceso carnal o en introducción, sí ha cambiado.

- Antes: 8 a 12 años y 12 a 15 años.
- Ahora: 6 a 12 años y 10 a 15 años.

Como vemos, los atentados sexuales más graves merecen hoy menos pena: el límite mínimo es dos años menor, lo cual, en la práctica, cuando se impuso la pena en su límite mínimo, está significando, en muchos casos, que se reduzca la pena dos años.

Es muy importante destacarlo una vez más. En los delitos contra la libertad sexual de personas que ya han cumplido 16 años el Código Penal no distingue entre atentados cometidos con violencia o intimidación o sin ellas; la pena abstractamente prevista por la ley es la misma en ambos casos, pues lo relevante es que no haya consentimiento. Por el contrario, en los delitos contra la libertad sexual de menores de 16 años sí se distingue entre atentados violentos o intimidatorios y atentados ejecutados sin consentimiento de la víctima, pero sin violencia o intimidación.

### **5.3. La Disposición transitoria quinta del Código Penal**

Para evitar revisar la pena e imponer otra menor, algunos tribunales se apoyan en la Disposición transitoria quinta del CP, que dice así:

«El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le atribuye el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrá asignar a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o Secciones de las Audiencias Provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de sentencias penales, la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de este Código.

Dichos Jueces o Tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código. Se exceptúa el supuesto en que este Código contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso deberá revisarse la sentencia.



No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida. Igual regla se aplicará si el penado se encuentra en período de libertad condicional.

Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo al Código derogado y al nuevo, corresponda, exclusivamente, pena de multa».

#### TRADUCCIÓN mediante un ejemplo:

Si un tribunal impuso una pena de prisión de 6 años, aunque esta coincidiera con el límite mínimo de pena previsto por la ley (por ejemplo, por preverse, como hacía el artículo 179, que tipificaba el delito de violación como modalidad agravada de una agresión violenta o intimidatoria, la pena de prisión de 6 a 12 años), no deberá revisarse e imponer la pena de prisión de 4 años (nuevo límite mínimo de la pena prevista por el nuevo artículo 179, que sigue tipificando la violación, si bien ahora ya no es precisa la utilización de violencia o intimidación) si dicha pena de 6 años es igualmente posible imponerla conforme a la nueva ley. Y, ciertamente, sí lo es: la nueva ley prevé ahora una pena de prisión de 4 a 12 años, por lo que es perfectamente posible imponer la pena de 6 años.

El problema es que aquella DT 5.<sup>a</sup> nació para regular la transición de un Código Penal a otro. En el año 1995, en efecto, se aprueba un nuevo Código Penal que introduce un sistema penal muy distinto al anterior, que era preconstitucional<sup>57</sup>. Muchas penas, por supuesto, son, entonces, inferiores a las precedentes, entre otras cosas porque antes existía la redención de penas por trabajos penitenciarios y esta posibilidad, que implicaba restar un tercio de su duración a las penas, ahora ya no se contempla.

Antes de 1995, 30 era igual, en la práctica, a 20; desde entonces, 30 es igual a 30.

La citada DT 5.<sup>a</sup> previó, por ello, como hemos visto, pero es preciso subrayarlo, lo siguiente: «En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código».

57 «La Disposición transitoria Quinta lo fue de la Ley Orgánica 10/1995 y se previó para organizar el régimen de transición de la vieja normativa a la nueva normativa de entonces». «Una Disposición transitoria es un precepto que se incluye en la parte final de un texto normativo para facilitar el tránsito al régimen jurídico previsto por la nueva norma». «En el ámbito de la ley de libertad sexual, la nueva norma no es la Ley Orgánica 10/1995, sino la Ley Orgánica 10/2022 y esta no contiene Disposición Transitoria alguna, ni similar ni contraria». Las normas transitorias, en fin, «dejan de surtir efecto cuando ya se ha producido la *transición*». Vid. DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Disposiciones transitorias y Derecho penal», en *Almacén de Derecho*, 20 de noviembre de 2022.

Obsérvese que se dice, primero, «este Código» y, después, «con arreglo al nuevo Código». Dicha DT 5.<sup>a</sup> puede considerarse, por ello, en la actualidad, materialmente derogada. Repito: estaba dirigida a regular un proceso de transición muy concreto, el de un determinado Derecho Penal a otro Derecho Penal muy distinto del anterior.

La LO 10/2022 se limita, desde una perspectiva penal, a reformar algunos preceptos del CP; ello supondrá, por supuesto, el nacimiento de un proceso de transición y habría tenido mucho sentido incorporar una previsión como aquella, pero lo cierto es que no se incorporó una disposición transitoria que gobernara dicho proceso, que introdujera una regla de interpretación como aquella: «no se considerará más favorable».

El CP, en su artículo 2, tras disponer que: tras disponer que no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración», dispone que, sin embargo, «tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales *que favorezcan al reo*, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena».

Una DT como la 5.<sup>a</sup> del CP, que impone una regla de interpretación de lo que significa *favorecer al reo* o, más exactamente, de lo que no puede considerarse que favorezca al reo, limita el alcance de dicho artículo 2, y era perfectamente posible incorporarla y que surtiera efectos, pues se trataría de una ley orgánica penal posterior que impone su regulación a la precedente.

*Pero no se incorporó*<sup>58</sup>. ¿Significa ello que ya es inevitable imponer las nuevas penas mínimas previstas por la ley del solo si es sí? La respuesta, rotundamente, debe ser *no*.

Una DT como aquella habría facilitado, por supuesto, las cosas, pero no era estrictamente necesaria. La explicación es la siguiente.

#### **5.4. La individualización de la pena y la revisión de la condena a la luz de la nueva regulación**

La nueva ley, previendo un marco penal de 4 a 12 años (art. 179), o de 6 a 12 (art. 181.3), cuando el previsto anteriormente era de 6 a 12 (art. 179) o de 8 a 12 (art. 183), no obliga a imponer la pena en su límite mínimo; sostener esto es una conclusión precipitada.

---

58 «En su reiteradamente citado, por tirus y troyanos, informe, el CGPJ de 25-2-2021, no advirtió ni de los problemas que generaría la rebaja de los topes mínimos ni la ausencia de una disposición transitoria específica en materia de revisión de penas. Demostró una erudición de Derecho comparado encomiable, pero una carencia de apego a la práctica sorprendente». *Vid.* QUERALT, J. J.: «La libertad sexual sí o sí», en *Eldiario.es*, 19 de noviembre de 2022. Disponible en: [https://www.eldiario.es/opinion/zona-critica/libertad-sexual-si-si\\_129\\_9721798.html](https://www.eldiario.es/opinion/zona-critica/libertad-sexual-si-si_129_9721798.html).

Ese nuevo marco penal *permite, autoriza*, imponer una pena de prisión dos años inferior a la precedente en supuestos de atentado sexual violento o intimidatorio, pero no es esta una solución de previsible imposición.

Esos marcos penales, muy amplios, requieren una individualización de la pena, la fijación de su cantidad exacta, y, evidentemente, un criterio fundamental para decidir si se impone la pena en su límite mínimo, o de forma muy próxima a él, será tener en cuenta si se ha utilizado, o no, violencia o intimidación para ejecutar el atentado sexual.

Si no se utilizó violencia o intimidación, aquella consecuencia, imponer la pena en su límite inferior, o de forma muy próxima a él, será mucho más factible; si, por el contrario, sí se utilizó violencia o intimidación, imponer la pena alejándola de ese límite mínimo será, asimismo, muy previsible. Y ello será el resultado de tratar de forma desigual lo que es desigual.

El legislador, la legisladora, ha preferido establecer un marco penal conjunto amplio para poder individualizar adecuadamente la pena, considerando, eso sí, que el hecho de que se utilice violencia o intimidación no debe dar lugar ya a una figura delictiva con un nomen iuris propio que transmite (transmitía) la idea de que lo más importante no era el atentado sexual, su naturaleza y contenido, o la ausencia de consentimiento, sino el empleo de violencia o intimidación.

La pregunta que debe formularse el juez o la jueza, o el tribunal, es qué pena le habría impuesto a la persona condenada por un delito de agresión sexual violento o intimidatorio con este nuevo marco penal: ¿nuevamente el mínimo? ¿habría ignorado la existencia de violencia o intimidación? ¿las habría considerado insignificantes?

La pretensión de la ley no es castigar menos los atentados violentos contra la libertad sexual, sino establecer un marco penal amplio que permita discriminar entre atentados sexuales violentos o intimidatorios y los que no lo son.

Como ya he adelantado, los nuevos marcos penales prevén, en algunos casos, nuevos límites mínimos de pena, pero ello no debe suponer una revisión automática, sino que debe «pensarse» cada caso. Aunque teóricamente es posible imponer una pena de 4 años de prisión a un atentado sexual violento consistente en acceso carnal o en introducción, es, como he comentado, altamente improbable que ello suceda; si el ataque no es violento o intimidatorio, imponer tal límite mínimo, o una cantidad próxima a él, sí se representará como probable o, en todo caso, como mucho más probable que si hay violencia o intimidación.

El juez o la jueza, el tribunal, deben analizar cada caso del siguiente modo: con el Código Penal antiguo impuse, impusimos, una pena de prisión de 4 años (o de 6, tomando alguno de los dos ejemplos antes citados), coincidente con el límite mínimo de la pena prevista por la ley; ¿cuál le pondría hoy? Casi con toda certeza, no el mínimo, pues ese nuevo marco

penal incluye atentados violentos o intimidatorios y atentados no violentos o intimidatorios, pero eso es algo que deberá evaluar en cada caso el juez o la jueza.

El artículo 66 del Código Penal obliga a individualizar la pena y fija como criterios para ello los siguientes: atender a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. El empleo de violencia o intimidación, por supuesto, incidirán en considerar más o menos grave el hecho.

Si el juez o la jueza, o, en su caso, el tribunal, concluye que habría impuesto 4 años de prisión (actual artículo 179), es decir, una pena coincidente con el nuevo límite inferior (a pesar de haber sido ejecutado el hecho con violencia o intimidación), procederá la revisión de la pena; si se concluye que se habrían impuesto 5 años, también procederá dicha revisión; pero si la conclusión es que se habrían impuesto nuevamente seis años, la revisión no procederá.

## 6. Algunos desaciertos por omisión

Aunque, seguramente, podrían destacarse otros, además de los que referiré, considero importante subrayar dos desaciertos *por omisión* de la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022: en concreto, por no reformar dos previsiones que exigían su modificación con toda certeza.

### 6.1. El delito continuado de agresión sexual

La primera de ellas, en el ámbito del delito continuado. El artículo 74 define esta figura en su primer número, según el cual, *no obstante lo dispuesto en el artículo anterior* (es decir, la previsión de imponer al responsable de dos o más delitos las penas correspondientes a las diversas infracciones cometidas, bien para su cumplimiento simultáneo, bien, de acuerdo ahora con el artículo 75, para su cumplimiento sucesivo, si no fuera posible aquel), *el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.*

Dicho con otras palabras: el artículo 74.1 prevé, en estos supuestos, la imposición de la pena en su mitad superior o, incluso, *subir medio grado* dicha pena.

El artículo 74.2 declara que, si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. «En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas».

Finalmente, el artículo 74.3 establece que:

quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

Dado que los delitos que nos ocupan son los delitos sexuales, en los que sí es posible apreciar un delito continuado, la situación, resumidamente, es la siguiente:

- El delito continuado de agresiones sexuales será castigado con la pena prevista para la infracción más grave cometida, que deberá ser impuesta en su mitad superior, previéndose la posibilidad de imponer la pena superior en medio grado.
- Si el delito continuado lo es contra el patrimonio, el artículo 74.2 contempla la posibilidad de imponer la pena superior en uno o dos grados.

¿Qué es más importante para el Código Penal, el patrimonio o la libertad sexual? ¿Qué delitos son más graves, los que atentan contra aquel o los que atentan contra esta? Si el hecho revistiere notoria gravedad, aunque afectara al mismo sujeto pasivo, ¿no debería preverse también el superior incremento de la pena contemplado por el artículo 74.2?

Imaginemos que un entrenador agrede sexualmente a un discípulo suyo durante varios años, por ejemplo, desde que aquel tenía 16 y hasta cumplir los 19, momento en el que los hechos salen a la luz. Si no hubo acceso carnal o introducción de objetos o miembros corporales por la vagina o el ano, la pena imponible será, en principio, la de prisión de 1 a 4 años. Aplicando el artículo 74.1 deberá imponerse dicha pena en su mitad superior, de 2 años y 6 meses a 4 años, pudiendo imponerse la superior en grado, de 4 a 6, en su mitad inferior, de 4 a 5. Pobre incremento para tanta gravedad.

En un supuesto de estafa que revistiere notoria gravedad y hubiera perjudicado a una generalidad de personas, la pena de posible imposición, si se aplicara el tipo básico (prisión de 6 meses a 3 años, art. 249), sería la de prisión de 3 años y 1 día a 4 años y medio, o la de prisión de 4 años y 6 meses a 6 años y 9 meses.

## **6.2. Consentir el estado de prostitución o corrupción de menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección por parte de quien las tiene bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento**

El artículo 189.6 del Código Penal declara lo siguiente:

«El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses».

Supongamos que una niña de 12 años está sometida a estado de prostitución. Si alguien la indujo, o promovió, favoreció o facilitó dicha prostitución, o se lucra con ella, será castigado con las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de 12 a 24 meses (art. 188.1, párrafo segundo), a menos que mediare violencia o intimidación (en cuyo caso, la pena de prisión imponible sería la de 5 a 10 años) o concurriere alguna de las circunstancias previstas en el artículo 189.3 (en cuyo caso, se impondrían las penas superiores en grado). Dichas penas, por otra parte, se impondrían sin perjuicio de las que correspondieran por las infracciones cometidas contra la libertad sexual de la menor. Tengamos presente que todo contacto sexual mantenido por dicha menor con persona no próxima por edad y madurez<sup>59</sup> es constitutivo de agresión sexual.

Los padres de la niña, garantes de su protección, si conocen el estado de prostitución en el que se encuentra su hija, serán castigados, dice el artículo 189.6, con pena de prisión de 3 a 6 meses o, alternativamente, con multa de 6 a 12. El castigo es absolutamente ridículo.

Aplicando el artículo 11 del Código Penal, aparentemente excepcionado por esta previsión específica, los padres responderían en los mismos términos que quienes hubieren inducido a su hija a prostituirse, hubieren facilitado su prostitución o la hubieren forzado a estar en ella. Evidentemente, si fueren ellos los inductores, facilitadores o quienes hubieren impuesto la prostitución, responderían en tal condición. Y si *libremente* la niña hubiere decidido prostituirse, sin que mediare inducción, favorecimiento o imposición coactiva, los padres deberían igualmente responder dada su condición de garantes, pero no de aquella ridícula forma.

---

59 También en este caso, a menos que mediare consentimiento libre.

Debería discutirse, por supuesto, si quienes tienen la tutela de la niña, o se ocupan de ella en situación de guarda o custodia, tienen idéntica posición de garante, o su responsabilidad debe atenuarse, pero resulta obligada, sin lugar a discusión, la reforma de este precepto (previendo, por ejemplo, como hace, entre los delitos contra la integridad moral, el artículo 176<sup>60</sup>, que se impondrán las mismas penas que a los autores del delito, si los hubiere, por permitir el estado de prostitución faltando a los evidentes deberes derivados de su posición) o permitir la normal operatividad del referido artículo 11.

## 7. Bibliografía

**ACALE SÁNCHEZ, M.:** «Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma», en *IgualdadES*, n.º 5, julio/diciembre 2021.

— «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*, 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*, J. M. Bosch Editor, 2019.

— La violencia sexual de género frente a las mujeres adultas, Reus, Madrid, 2019.

**ÁLVAREZ, V.:** «Solo el sí es sí, lo demás es violación», en Amnistía Internacional, 18 de noviembre de 2019.

**ALVÁREZ GARCÍA, F. J.:** «La libertad sexual en peligro», en *Diario La Ley*, n.º 10007, Sección Tribunal, 10 de febrero de 2022.

**CALVO LÓPEZ, M.:** «Razones para modificar la regulación de los delitos contra la libertad sexual», en *Boletín de la Comisión Penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, n.º 13, vol. 2, 2021.

**CAMARENA GRAU, S.:** «Consentimiento y libertad en el Anteproyecto de Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual», en *Boletín de la Comisión Penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, n.º 13, vol. 2, 2021.

---

60 Dice así el artículo 176: «Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos». Dicho precepto se refiere a los dos artículos precedentes, el 174, que tipifica el delito de torturas, y el 175, que tipifica los mismos comportamientos que en aquel, pero sin la concurrencia de las finalidades por el expresadas.

**CAMPANER MUÑOZ, J.:** «El consentimiento sexual como eje de la reforma penal: Pura logomaquia (un enfoque procesal contrario a las últimas iniciativas legislativas)», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, n.º 65, 2022, pp. 113-134.

**CANCIO MELIÁ, M.:** «Guerra cultural y reforma de los delitos sexuales», en *Iustel. Diario del Derecho*, 7 de junio de 2022.

— «La revisión de condenas después de la reforma de los delitos sexuales», en *El País*, 17 de noviembre de 2022.

**CARUSO FONTÁN, V.:** «El acoso inmobiliario como agravante del delito de coacciones y su posible incidencia en el concepto de violencia», en *Eguzkilore*, n.º 25, San Sebastián, diciembre de 2011, pp. 5-20.

— «El hostigamiento callejero como vejación injusta de carácter leve», en *Diario La Ley*, n.º 10061, 20 de abril de 2022.

**COMAS D'ARGEMIR, M.:** «Necesidad de una ley integral para combatir las violencias sexuales», en *Boletín de la Comisión Penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, n.º 12, vol. 1, 2021.

**DE LA MATA BARRANCO, N. J.:** «Aspectos penales de la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual (y II)», en *Almacén de Derecho*, 14 de octubre de 2022.

— «Aspectos penales de la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual (y III)», en *Almacén de Derecho*, 15 de octubre de 2022.

— «Disposiciones transitorias y Derecho penal», en *Almacén de Derecho*, 20 de noviembre de 2022.

— «La reforma proyectada en los delitos contra la libertad sexual», en *Almacén de Derecho*, 3 de marzo de 2020.

— «Op. Ed. ¿Puede salir un agresor sexual con la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual?», en *Almacén de Derecho*, 16 de noviembre de 2022.

**DÍEZ-RIPOLLÉS, J. L.:** «El "no es no"», en *El País*, 10 de mayo de 2018.

— «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 21, 2019, pp. 1-29.

**ESCODA MERINO, M. P.:** «Una ley necesaria, que necesita mejorar», en *Boletín de la Comisión Penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, n.º 13, vol. 2, 2021.

**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*, J. M. Bosch Editor, 2019.



- FARALDO CABANA, P. / RAMÓN RIBAS, E.**, «¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?», en libro colectivo, en prensa.
- GARCÍA RIVAS, N.**: «La «academia», contra la reforma de los delitos sexuales», en *Eldiario.es*, 10 de junio de 2022.
- GIL ESTEVE, H.**: «Una reforma necesaria», en *Boletín de la Comisión Penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, n.º 12, vol. 1, 2021.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.**: «Contra la nueva regulación de los delitos sexuales», en *Diario del Derecho*, *Iustel*, 20 de septiembre de 2022.
- «Contrarréplica a una réplica. Otra vez: *solo sí es sí*», en *El mundo*, 25 de agosto de 2020.
- «Solo sí es sí», en *Iustel. Diario del Derecho*, 27 de abril de 2020.
- 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*, J. M. Bosch Editor, 2019.
- LASCURAÍN, J. A.**: «Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve», en *Almacén de Derecho*, 9 de marzo de 2022.
- «Delitos sexuales: ¿Una reforma progresista?», en *Almacén de Derecho*, 28 de marzo de 2020.
- «Delitos sexuales: ¿Una reforma progresista (II)», en *Almacén de Derecho*, 9 de abril de 2020.
- MAGRO SERVET, V.**: «Análisis comparativo acerca de la inminente reforma del Código Penal en los delitos contra la libertad sexual», en *Diario La Ley*, n.º 9888, 2021.
- MAQUEDA ABREU, M. L.**: «Cómo construir «víctimas ficticias» en nombre de las libertades sexuales de las mujeres», en *Viento Sur*, 7 de diciembre de 2020.
- MARTÍN BLANCO, J.**: «La Constitución española me llama “disminuido”», en *eldiario.es*, 3 de diciembre de 2022.
- MARTÍNEZ PERZA, C.**: «Sobre la necesidad de reforma de los delitos sexuales en el Código Penal», en *Boletín de la Comisión Penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, n.º 13, vol. 2, 2021.
- MARTOS NUÑEZ, J. A.**: «Mujer y derecho penal. Naturaleza, fundamento y bienes jurídicos», en MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género*, J. M. Bosch Editor, 2019, pp. 71-89.

- MONGE FERNÁNDEZ, A.:** «Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz del caso la manada (solo sí es sí)», en MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género*, J. M. Bosch Editor, 2019, pp. 339-370.
- 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 *Revista Penal*, n.º 43, 2019, pp. 290-299.
- OLIVAS DÍAZ, A.:** «Breves apuntes feministas sobre el malestar acerca del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual», en *Boletín de la Comisión Penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, n.º 12, vol. 2, 2021.
- QUERALT, J. J.:** «La conveniente reforma del «solo sí es sí», en *Eldiario.es*, 8 de noviembre de 2022.
- «La libertad sexual sí o sí», en *Eldiario.es*, 19 de noviembre de 2022.
- QUINTERO OLIVARES, G.:** «La garantía de la libertad sexual y el pensamiento jurídico de Podemos», en *El confidencial*, 4 de marzo de 2020.
- «La retroactividad y los delitos contra la libertad sexual: crónica de un desatino», en *Almacén de Derecho*, 27 de noviembre de 2022.
- QUINTERO OLIVARES, G. / PORTILLA CONTRERAS, G.:** «La reforma de los delitos contra la libertad sexual, magro triunfo del relativismo populista y sabotaje al derecho», en *Global Politics and Law. Un blog de derecho y política*.
- RAMÍREZ ORTÍZ, J. L.:** «¿Cambio de paradigma o juego de espejos?», *Boletín de la Comisión Penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, n.º 12, vol. 1, 2021.
- RAMÓN RIBAS, E.:** «El polémico régimen de penas de la Ley del solo-sí-es-sí», en *Almacén de Derecho*, 22 de noviembre de 2022.
- RAMÓN RIBAS, E. / FARALDO CABANA, P.:** «Solo sí es sí, pero de verdad. Una réplica a GIMBERNAT», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, 2020, pp. 21-42.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-CHAVES, F.:** «El consentimiento y su importancia en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en *Diario La Ley*, n.º 10147, 10 de octubre de 2022.
- RODRÍGUEZ SÁEZ, J. A.:** «La reforma de los delitos contra la libertad sexual. Es preciso encontrar su necesidad», en *Boletín de la Comisión Penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, n.º 12, vol. 1, 2021.

**SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N.:** «Los ataques a la libertad sexual por «su-misión química». A propósito de su naturaleza y la reforma de los delitos sexuales», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 58,2020, pp. 139-188.

**SÁNCHEZ, L. J.:** «La Ley del «solo sí es sí» de Montero modifica el Código Penal y amplía el catálogo de delitos para las personas jurídicas», en *Confilegal*, 16 de septiembre de 2022.

**VARELA CASTEJÓN, X.:** «Notas sobre la propuesta de reforma de los delitos contra la libertad sexual», en *Boletín de la Comisión Penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, n. 13, vol. 2, 2021.



# **ASESINATO HIPERCUALIFICADO DEL ARTÍCULO 140.1 CP («QUE EL HECHO FUERA SUBSIGUIENTE A UN DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL QUE EL AUTOR HUBIERA COMETIDO SOBRE LA VÍCTIMA»)<sup>1</sup>**

**M.ª del Valle Sierra López**

*Profesora titular de Derecho Penal. Universidad Pablo de Olavide*

## **1. Introducción**

Como sabemos, la aparición de la prisión permanente revisable forzó la reforma de los delitos contra la vida y, concretamente, la estructura del delito de asesinato, que, además de ver aumentado el número de circunstancias con las que se configura el tipo básico («para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra»), incorpora unas hipercualificaciones para las que prevé prisión permanente revisable. Las críticas a esta reforma han sido muchas, empezando por las vertidas a la introducción de la circunstancia 4.ª del artículo 139.1 CP, que llama la atención por constituir un elemento intencional (el motivo de la muerte) que por sí solo eleva la calificación de homicidio a asesinato, pasando por la ampliación del marco penal dentro del cual fijar la pena concreta, y terminando con las hipercualificaciones del asesinato, pues, como ya puso de manifiesto la doctrina<sup>2</sup>, la introducción de las circunstancias del artículo 140.1 CP se lleva a cabo para dar cobertura a

---

1 Trabajo de investigación realizado en el marco del Proyecto «Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos», n.º PID2020-117403RB-100. IP Laura Zúñiga Rodríguez. Programa financiador: Programa Estatal de I+D+I orientada a los Retos de la Sociedad, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación de 2017-2020. Entidad financiadora: Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

2 PEÑARANDA RAMOS, E.: «Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal», en VV. AA., *Modificaciones sustantivas en el Derecho penal y el Estatuto de la víctima*, Universidad de Deusto, 2017, p. 37.

la prisión permanente revisable, sin un verdadero motivo que justifique su presencia por sí mismas. Hasta ahora, las dos primeras modalidades son las que mayores pronunciamientos jurisprudenciales<sup>3</sup> han tenido y sobre las que, por tanto, ha creado doctrina nuestra jurisprudencia: exactamente se trata de los incisos «Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad» y «Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima». Sobre la última de dichas modalidades («que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal») no hay pronunciamientos hasta la fecha<sup>4</sup>.

Durante el proceso prelegislativo que da pie a su introducción en 2015 a través de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, ya se alertó de los problemas que la misma podía acarrear. Por ejemplo, el Consejo General del Poder Judicial<sup>5</sup> llamaba la atención sobre posibles problemas de *non bis in ídem* entre la circunstancia primera y tercera del artículo 140.1 CP, una con la circunstancia de la alevosía y la otra con los artículos 570 bis o 570 ter; también sobre la redacción confusa del artículo 140.2, que permite varias interpretaciones, o la errónea del 140 bis CP al aludir a «los delitos comprendidos en este Capítulo», cuando el título I del Libro II del CP carece de los mismos. Este error posteriormente fue subsanado en la redacción final de la ley.

En definitiva, el legislador de 2015 complicaba una figura (el asesinato) sobre la que hasta el momento existía consenso jurisprudencial.

Este trabajo de investigación tiene por objeto el estudio de una de las modalidades que, por la redacción ofrecida en el texto legislativo, extraña-

3 STS n.º 716/2018, de 16 de enero [ECLI:ES:TS:2019:82]; STS n.º 367/2019, de 18 de julio [ECLI:ES:TS:2019:2337]; STS n.º 701/2020, de 16 de diciembre [ECLI:ES:TS:2020:4181]; STS n.º 560/2022, de 8 de junio [ECLI:ES:TS:2022:2254 ]; STSJ de Castilla-La Mancha n.º 1/2012, de 14 de enero [ECLI:ES:TSJCLM:2021:1]; SAP de Alicante n.º 526/2020, de 28 de septiembre [ECLI:ES:APA:2020:1361]; SAP de Guadalajara n.º 3/2018, de 15 de noviembre [ECLI:ES:APGU:2018:321]; STSJ de Castilla-León, Burgos n.º 66/2019, de 25 de noviembre [ECLI:ES:TSJCL:2019:4422]; SAP Huelva n.º 135/2021, de 9 de diciembre [ECLI:ES:APH:2021:518]; STS n.º 418/2020, de 21 de julio [ECLI:ES:TS:2020:2481]; STS 97/2020, de 5 de marzo [ECLI:ES:TS:2020:689]; SAP de Barcelona 27/2022, de 19 de abril; SAP de Sevilla n.º 6/2019, de 22 de abril [ECLI:ES:APSE:2019:23].

4 En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 19 de junio de 2018 [ECLI:ES:APMA:2018:1022], el Ministerio Fiscal solicitó la aplicación de la hipercualificación 3.ª del artículo 140.1 (que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal). El tribunal desestimó su apreciación al no considerarse probado que el acusado perteneciera a un grupo u organización criminal.

5 [https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/Consejo\\_General\\_del\\_Poder\\_Judicial/Actividad\\_del\\_CGPJ/Informes/Informe\\_al\\_Anteproyecto\\_de\\_Ley\\_Organica\\_por\\_la\\_que\\_se\\_modifica\\_la\\_Ley\\_Organica\\_10\\_1995\\_de\\_23\\_de\\_noviembre\\_del\\_Codigo\\_Penal](https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995_de_23_de_noviembre_del_Codigo_Penal) [consultado: 05/12/2022].

mente rebuscada, plantea algunas cuestiones complejas. Me refiero a la circunstancia prevista en el artículo 140.1, 2.ª: «Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima». Quiero abordar el análisis en profundidad de esta cualificación a raíz de las cuestiones que se han suscitado en nuestra jurisprudencia no solo en casos de gran repercusión social<sup>6</sup>, sino también en otros en donde se plantean cuestiones de mucha trascendencia para su aplicación.

Dado que lo más llamativo fueron los términos utilizados en la descripción de la circunstancia, inicio este análisis partiendo de la redacción que nos ofrece el texto legal. No obstante, primero, en el siguiente apartado, abordaremos la posible justificación de esta modalidad delictiva. Posteriormente, y dado el enrevesamiento de la redacción, llevaremos a cabo el análisis de la circunstancia dividiéndolo en cuatro partes referidas a cada uno de los términos del texto: «hecho subsiguiente»; «delito sexual»; «que el autor hubiere cometido sobre la víctima» y la referencia a «la víctima». Finalmente, se analizará en un apartado independiente la relación entre la circunstancia 4.ª del art. 139.1 (matar para encubrir) y la 2.ª del art. 140.1 (muerte subsiguiente a un delito contra la libertad sexual).

## 2. Justificación de la circunstancia

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, guardó silencio sobre la necesidad de introducir las hipercualificaciones en el artículo 140, pero todo apuntaba, como en su día señaló la doctrina<sup>7</sup>, a que su aparición respondía al propósito de ofrecer el campo de actuación de la pena de prisión permanente revisable. El legislador define estos asesinatos como «especialmente graves», dando a entender que estas circunstancias, y no otras, justifican la aplicación de la pena que conllevan. Precisamente por ello la convirtieron en la modificación más impactante y de mayor trascendencia de los delitos contra la vida.

Es difícil justificar una circunstancia que sustenta exclusivamente la agravación del asesinato de una persona en que previamente y con un escaso transcurso temporal fuera víctima de un delito sexual. ¿Por qué el legislador considera este supuesto «especialmente grave» frente a otros casos en que

6 Todos ellos fueron casos que en su día conmocionaron a la opinión pública y que durante mucho tiempo han ocupado las primeras páginas de los medios de comunicación de gran parte del país. Por ejemplo, el enjuiciado en la SAP de Sevilla n.º 759/ 2017, de 6 de junio, SAP de A Coruña n.º 167/2019, de 17 de diciembre [ECLI:ES:APC:2019:2817] o SAP de Huelva 135/2021, de 9 de diciembre [ECLI:ES:APH:2021:518].

7 PEÑARANDA RAMOS, E.: «Las nuevas modalidades...», *op. cit.*, p. 13. Añade el autor que la reforma en esta materia le parece carente de reflexión sobre los criterios que deben orientar la regulación de estos delitos (p. 15).

el asesinato se produce posteriormente a otro delito (como por ejemplo robo o secuestro) o la muerte posterior se produce muchas horas después del atentado sexual a la víctima?

Podría pensarse que la hiperagravación la explica la percepción social sobre el binomio delito sexual<sup>8</sup> + asesinato como conductas especialmente graves, perversas, siendo cometidas por un sujeto altamente peligroso. A esta percepción social han contribuido grandemente los medios de comunicación<sup>9</sup> al ofrecer un perfil de sujeto como una clase de delincuente más «despreciable», «depravado», haciendo que se le perciba como un sujeto altamente peligroso que supone una amenaza para nuestra sociedad y contra el que hay que luchar con el máximo rigor punitivo. Pero tampoco parece que sea esta la razón, empezando por el hecho de que no todo binomio delito sexual + asesinato va a dar lugar a la apreciación de la circunstancia, sino, aparentemente, solo aquellos en donde el asesinato se haya producido con total inmediatez al delito sexual que le preceda. Continuando con la incorrección de este argumento, en el título VIII se engloba un sinfín de tipologías delincuenciales que difícilmente podríamos caracterizar como homogéneas. Tanto desde el punto de vista criminológico como jurídico-penal (delitos sexuales contra adultos, contra menores, delitos relativos a la prostitución...), estamos hablando de sujetos y delitos muy diferenciados cuya gravedad difiere. Y no todo delincuente sexual es un sujeto peligroso. La generalidad con la que está redactada la circunstancia parece rechazar la peligrosidad del sujeto como causa de la hiperagravación<sup>10</sup>.

Pero si se admitiera la percepción de que el delincuente sexual y, además, asesino es un sujeto peligroso, tampoco esta supuesta peligrosidad parece ser la causa de la circunstancia 4.<sup>a</sup>, pues el legislador solo vincula la prisión permanente revisable al que mate de manera subsiguiente al delito sexual.

Siguiendo con nuestro análisis de la naturaleza de la circunstancia 2.<sup>a</sup> del artículo 140, de acuerdo con la redacción del precepto («hecho subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiere cometido contra la

8 Desde el ámbito de la criminología, se define la violencia de carácter sexual como un comportamiento desviado que se explica acudiendo a diversos factores personales, sociales y ambientales. GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. / GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L.: *Investigación criminal. Principios, técnicas y aplicaciones*, LID, 2015, pp. 57 y ss.: REDONDO ILLESCAS, S.: «Delincuencia sexual: mitos y realidades», p. 43.

9 Según PEÑARANDA RAMOS, el imaginario colectivo y los medios de comunicación presentan como «crímenes especialmente odiosos: las muertes de niños, de ancianos o de otras personas especialmente desvalidas; las que se producen en el contexto de la comisión de delitos contra la libertad sexual; las relacionadas con el crimen organizado; o las cometidas por asesinos en serie». PEÑARANDA RAMOS, E.: «Las nuevas modalidades...», *op. cit.*, pp. 36 y 37.

10 Una posición similar mantiene, SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, J. L.: «Delito contra la libertad sexual y muerte dolosa «subsiguiente» agravada», en *InDret*, 2022, p. 49.



víctima»), estamos ante una circunstancia referida a un hecho objetivo donde los móviles o intenciones del autor no son tenidos en consideración de cara a apreciar la concurrencia de dicha circunstancia. De este modo, pueden encontrarse englobados en este supuesto casos en los que el delincuente sexual mata a su víctima para culminar su satisfacción sexual<sup>11</sup>, casos en los que mata a su víctima sexual para evitar que lo denuncie (este caso presenta problemas de *non bis in idem* al solaparse parcialmente con la circunstancia 4.ª del artículo 139.1), casos en los que el sujeto mata posteriormente a la víctima en un ataque de ira... En definitiva, el legislador no exige una conexión finalista entre un delito y otro. Como se puede extraer de la lectura del texto legal, todo gira en torno al elemento temporal, que se convierte en una de las llaves para dar entrada a la circunstancia: la inmediatez en la comisión del asesinato. Y este elemento no encuentra mucha explicación, pues podríamos pensar que más peligroso para otros bienes jurídicos puede ser dejar transcurrir un periodo prolongado de tiempo entre la comisión de los dos delitos, ya que ello podría propiciar la comisión de más delitos sobre la víctima (detención ilegal, delito contra la integridad moral, comisión de otros delitos sexuales...).

Tampoco la presencia de esta circunstancia supone una mayor culpabilidad en el autor, porque el que mata después de la comisión de otro delito distinto al sexual merece el mismo reproche, pues ¿dónde está la mayor culpabilidad al matar después de cometer un delito sexual que después de cometer un robo? Si la culpabilidad está referida, entre otras cosas, a la capacidad motivacional de la persona, ello no explica por qué tiene que motivarse más o por qué se le castiga más gravemente a quien mata después de la comisión de un delito sexual.

La razón de ser tampoco parece que radique en desmotivar al delincuente para no matar a la víctima con el fin de que no lo descubra, porque esto es lo que justifica la circunstancia 4.ª del artículo 139.1 CP<sup>12</sup>. Además, la circunstancia 2.ª del artículo 140 implicaría que la desmotivación fuera referida a no matar de manera inmediata a la víctima. Tampoco parece que la razón se encuentre en haber sido víctima de un delito previo, pues no explicaría el excluir los demás casos en donde se mata después de la comisión de cualquier otro delito. No obstante, para nuestro Tribunal Supremo la justificación de esta circunstancia se encontraría aquí: en «[...] la mayor reprochabilidad que representa la convergencia de un ataque prácticamente simultáneo a bienes jurídicos del máximo rango axiológico, la libertad sexual y la vida»<sup>13</sup>.

---

11 Quedarían fuera de dicha circunstancia casos en los que primero mata a la víctima y posteriormente la agrede sexualmente o casos en los que la víctima muere como consecuencia de la violencia cometida para agredirla sexualmente.

12 PEÑARANDA RAMOS, E.: «Las nuevas modalidades...», *op. cit.*, p. 22.

13 STS n.º 418/2020, de 21 de julio [ECLI:ES:TS:2020:2481].

Desde mi punto de vista, la mayor desaprobación que para el legislador tiene matar después de la comisión de un delito sexual no tiene más razón de ser que la presencia de una pluralidad de delitos (aunque no tengan entre ellos el mismo grado de relevancia) y de bienes jurídicos afectados<sup>14</sup>, concretamente el binomio «libertad sexual / vida» (aquí coincido con la postura del Tribunal supremo). Pero esta pluralidad de actos criminales determina un mayor desvalor del resultado (varios delitos / varios bienes jurídicos afectados). Ello vendría respaldado por el hecho de que la circunstancia no exige una relación final entre ambos delitos, ni una concreta motivación que suponga un mayor reproche del autor, sino solo exige la pluralidad de delitos que lesionan bienes jurídicos de máxima importancia social como son la libertad sexual y la vida<sup>15</sup>.

No obstante, esta circunstancia presenta una débil justificación que respalda su presencia únicamente como cobertura a una pena de las dimensiones de la prisión permanente revisable<sup>16</sup>. Y tan endeble justificación (basada en una pluralidad de delitos), a su vez, puede dar pie en el futuro a una ampliación de los casos en los que se puede apreciar esta pena.

Una prueba de ello la tenemos en el hecho de que en el año 2018 el Gobierno<sup>17</sup> impulsara un anteproyecto de ley para ampliar los supuestos en

14 En parecidos términos la explica, SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, y matiza el autor que esta agravación «es posible explicarla y entenderla, más no justificarla». «Los nuevos tipos de muerte dolosa agravada por ser subsiguiente a delito contra la libertad sexual» en CANCIO MELIÁ, M. Y OTROS (eds.): *Libro Homenaje al prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. 2, UAM, 2019, p. 1.246.

15 Coincido en este sentido con ALONSO ÁLAMO, M.: «La reforma del homicidio doloso y el asesinato por LO 1/2015», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 117, 2015, pp. 24 y 25. Precisamente respaldando esta interpretación se encuentra la Memoria de Análisis de impacto del anteproyecto de 7 de febrero de 2018, en materia de prisión permanente revisable (memoria de 9 de febrero de 2018), que justifica la ampliación de los supuestos a los que aplicar la prisión permanente revisable en el dato de ser «casos de concurrencia de actos plurales de criminalidad, de gravísima trascendencia, sobre la misma o distintas víctimas, y cuya sanción en régimen concursal no genera, por efectos de los límites máximos de cumplimiento efectivo de las penas, una respuesta proporcionada a su comisión».

16 Nuestro Tribunal Supremo coincide en entender que la justificación de esta circunstancia es claramente muy endeble. Por ejemplo, véase la STS n.º 418/2020, de 21 de julio [ECLI:ES:TS:2020:2481], en cuyo F. J. Sexto se expresa: «La agravación no obedecería a un mayor contenido de injusto, ni a un juicio de reproche formulado en estrictos términos jurídicos. Se trataría, por el contrario, de abrir la puerta al derecho penal de autor que convierte el reproche moral en el débil sostén de una injustificada agravación».

17 *Vid.* el anteproyecto de 7 de febrero de 2018, en materia de prisión permanente revisable. En su exposición de motivos justifica la ampliación de los supuestos en lo que procedería imponer la prisión permanente revisable en atención a criterios de necesidad y proporcionalidad reclamados por parte de la sociedad. Además, atendiendo a los fines de la pena, concretamente de prevención general y especial, se prevé «también la posibilidad de aplicar esta sanción en casos de concurrencia de actos plurales de criminalidad, de gravísima trascendencia, sobre la misma o distintas víctimas, y cuya sanción en régimen concursal

los que aplicar prisión permanente revisable en relación a la circunstancia 2.ª del art. 140.1, que quedaría redactada de la siguiente manera: «2.ª Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual o de secuestro, que el autor hubiera cometido sobre la víctima». E igualmente se añaden en el citado anteproyecto otras situaciones con pluralidad de actos criminales: que el autor del delito, una vez descubierto este, impida u obstruya la recuperación y entrega del cadáver a los familiares directos de la víctima, provocándoles un especial sufrimiento, físico o mental, o una situación de grave humillación; la agresión sexual a cualquier persona, en su forma más grave de violación, cuando el autor ha sido condenado con anterioridad por al menos otros dos delitos de la misma naturaleza; la agresión sexual a menores de dieciséis años que el autor mantiene en situación de privación prolongada de libertad o con imposición reiterada de graves sufrimientos físicos o ataques a su integridad moral; y los delitos de estragos, de incendios (entre ellos los forestales) y de liberación de energía nuclear o elementos radiactivos que generen resultados de muerte a más de dos personas<sup>18</sup>. Esta línea político-criminal respaldaría que el mayor desvalor del resultado (pluralidad de delitos y de bienes jurídicos) sea la base de la hiperagravación.

### 3. Hecho «subsiguiente»: cuestiones de espacio y tiempo

Determinada la justificación de la circunstancia 2.ª del artículo 140.1, a continuación procedemos a analizar la «peculiar» redacción empleada por nuestro legislador. El artículo 140. 1 CP establece: «*El asesinato será casti-*

---

no genera, por efectos de los límites máximos de cumplimiento efectivo de las penas, una respuesta proporcionada a su comisión. En este ámbito se extiende dicha pena a otros tipos delictivos, entre los que se incluyen la desaparición forzada de personas en su régimen más grave de secuestro con posterior asesinato; el asesinato con posterior ocultación del cadáver cometido por el autor, cuando haya provocado un especial sufrimiento físico o mental, o humillación en los familiares en tanto que asimismo víctimas del delito; la agresión sexual a cualquier persona, en su forma más grave de violación, cuando el autor ha sido condenado con anterioridad por al menos otros dos delitos de la misma naturaleza; la agresión sexual a menores de dieciséis años que el autor mantiene en situación de privación prolongada de libertad, o con imposición reiterada de graves sufrimientos físicos o ataques a su integridad moral; y los delitos de estragos, de incendios (entre ellos los forestales) y de liberación de energía nuclear o elementos radiactivos que generen resultados de muerte a más de dos personas». <https://servicios.mpr.es/transparencia/VisorDocTransparencia.ashx?data=EF5zYno%2bjbVaaLwMtNY1d8t2A9v%2fR7NAf3PwXSNqyVTf%2bYHrVy0v0dZGLZahltm4rCM0drWPbqCfVfo4NudBFzGhERnqS2wl0%2b1r1V3lc%2b3uFHq0xNt8t2cxTtcXH2IVJ%2f5eB4fCx%2bjRxoO6qNBqBg%3d> [consultado: 05/12/2022].

18 <https://servicios.mpr.es/transparencia/VisorDocTransparencia.ashx?data=EF5zYno%2bjbVaaLwMtNY1d8t2A9v%2fR7NAf3PwXSNqyVTf%2bYHrVy0v0dZGLZahltm4rCM0drWPbqCfVfo4NudBFzGhERnqS2wl0%2b1r1V3lc%2b3uFHq0xNt8t2cxTtcXH2IVJ%2f5eB4fCx%2bjRxoO6qNBqBg%3d> [consultado: 05/12/2022].

gado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: [...] 2.<sup>a</sup> Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima». La redacción es de lo más abigarrada. Como ya se ha puesto de manifiesto por la doctrina<sup>19</sup>, esta es quizás la hipercualificación más compleja y la que mayores problemas interpretativos suscita.

El legislador comienza exigiendo que «el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual». Comenzamos analizando el término «subsiguiente», pues parece ser una de las claves interpretativas. De acuerdo con la definición ofrecida por el Diccionario de la Real Academia, es un adjetivo con una única acepción: «*que subsigue*». Y «subseguir» se define como: «*dicho de una cosa: seguir inmediatamente a otra*», lo que exige que sea ahora, al instante. De la definición se puede extraer como consecuencia que la inminencia exige una unidad espaciotemporal: no solo matar al momento siguiente del delito sexual, sino también inmediatez espacial. Es decir, que los supuestos en donde el sujeto comete el ataque sexual en un lugar y mata en otro, sin inmediatez temporal, no entrarían dentro de la hipercualificación. Tampoco el legislador exige algún tipo de conexión entre ambos delitos (causal, final...) <sup>20</sup>. Por tanto, no será necesaria una relación finalista entre el delito sexual y la muerte, bastando únicamente su comisión posterior, y, por tanto, permitiéndose la total desconexión entre ambas figuras delictivas. En este sentido, esta fórmula parece respaldar la tesis del mayor desvalor del resultado como justificación de la hiperagravación, al exigir la pluralidad de actos delictivos.

Para nuestro legislador, el papel principal entre ambos delitos lo jugará únicamente el tiempo, el momento y la consecución, pudiéndose dar el sinsentido de que en quien espera horas hasta matar a la víctima del delito sexual no se aprecie la circunstancia, mientras que en quien mata de manera inmediata se aprecie esta y, con ella, prisión permanente revisable. El sufri-

19 PEÑARANDA RAMOS, E.: «Delito de asesinato: arts. 139, 140 y 140 bis CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 485 y ss.; SIERRA LÓPEZ, M. V.: «Homicidio y asesinato: las modificaciones previstas en las últimas reformas legislativas (El Proyecto de Reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013)», en *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 33, 2014, pp. 127-164; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: «Del homicidio y sus formas (Arts. 138 y ss.)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 439 y ss.; MUÑOZ RUIZ, J.: «Capítulo undécimo. Delitos contra la vida y la integridad física», en MORILLAS CUEVAS, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, 2015, pp. 335 y ss.; ALONSO ÁLAMO, M.: «La reforma del homicidio doloso...», *op. cit.*, pp. 5 y ss.; CUENCA GARCÍA, M. J.: «Problemas interpretativos y de «non bis in idem» suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 118, 2016, pp. 115 y ss.

20 ALONSO ÁLAMO, M.: «La reforma del homicidio doloso...», *op. cit.*, p. 25.

miento para la víctima puede ser mayor en el primer caso que en el segundo, lo que puede acarrear un mayor grado de injusto del hecho al poder verse afectados nuevos bienes jurídicos.

Conforme al significado del término, los hechos, además de inmediatos, deben ser sucesivos. Es decir, la muerte no puede producirse durante la ejecución del delito sexual ni como consecuencia de la violencia sexual (por ejemplo, si la víctima muere debido a las heridas ocasionadas por la propia dinámica comisiva del delito sexual o si el sujeto lleva a cabo una acción sádica sobre su víctima por placer sexual causando tales heridas que provoquen la muerte muchas horas más tarde, en ninguno de estos supuestos entraría en juego la cualificación 2.ª del artículo 140 CP)<sup>21</sup>.

En todo caso, la dificultad se encuentra en determinar el grado de inmediatez que daría lugar a la aplicación de la hipercualificación. En nuestra jurisprudencia no hay una posición unánime. Así, en una de las primeras sentencias en donde se analiza la posibilidad de aplicar esta circunstancia, el tribunal negó su apreciación al producirse la muerte entre dos y tres horas después del ataque sexual<sup>22</sup>. En sentido contrario a esta interpretación, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva n.º 135/2021, de 9 de diciembre [ECLI:ES:APH:2021:518], apreció la hipercualificación en un caso en donde la víctima habría fallecido más de 24 horas después de producidas las lesiones mortales. En definitiva, ¿sobre qué aspecto del hecho quiere hacer hincapié el legislador? ¿Sobre la acción o sobre el resultado?

Desde mi punto de vista, y para evitar situaciones injustas en donde, por ejemplo, la agresión homicida se lleva a cabo en un momento y la víctima fallece después de varios días, podríamos interpretar la redacción de la circunstancia partiendo de que el legislador utiliza la expresión «que el hecho fuera subsiguiente» y no que «la muerte» sea subsiguiente. Lo que ha de ser inmediato es el hecho delictivo (el asesinato). A partir de aquí, se pueden mantener dos posiciones: una, que coloca el acento en el resultado (la muerte de la víctima ha de ser la inmediata) y otra que entiende que en el hecho lo

21 En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 24.ª ed., Tirant lo Blanch, 2022, p. 58.

22 SAP de Sevilla de 6 de junio de 2017. Según los hechos probados, el sujeto, agrediendo sexualmente a la víctima, le introdujo en la cavidad anal un instrumento romo de grandes dimensiones, abandonándola posteriormente en una zona escondida del parque, con lo cual la víctima murió como consecuencia de las heridas varias horas después. Esta sentencia también resulta interesante porque admitía la compatibilidad del dolo eventual con el elemento subjetivo de matar para evitar que se descubra el delito anterior (circunstancia 4.ª del artículo 139.1 CP). La Audiencia apreció dolo eventual respecto de la producción del resultado de muerte, entendiendo que el acusado eligió el instrumento con absoluta despreocupación sobre las heridas que la introducción de un objeto romo de grandes dimensiones en la cavidad anal de una joven delgada seguro produciría, e incluso, antes de marcharse del escenario del crimen, pudo advertir la hemorragia que las lesiones causadas le produjeron y que provocaron su muerte.

significativo es la acción de matar, y sería esta la que tuviera que ser consecutiva, no el resultado mortal. Y de la misma manera que, entiendo, no habría objeción respecto de aplicar en grado de tentativa<sup>23</sup> esta hipercualificación cuando la muerte de la víctima no se ha logrado, tampoco debería haberla en el caso de que el resultado de muerte no se produzca de manera inmediata a la acción de matar, que sí es inmediata respecto del delito sexual<sup>24</sup>. El «hecho» se inicia con la acción de matar y, siendo esta subsiguiente, debería determinar la apreciación de la circunstancia: no debe ser el resultado de muerte el que determine la aplicación de la hipercualificación.

Soy consciente de que esta interpretación amplía el campo de actuación de la circunstancia, pero a la vez responde a la finalidad perseguida por el legislador: castigar más severamente los supuestos en donde concurren el binomio delictivo y el de bienes jurídicos afectados. Creo que debe ser la realización de la acción de matar la que decida la aplicación de la circunstancia, pues en la gran mayoría de las ocasiones el resultado de muerte será producto diversos factores, como la naturaleza de la víctima, las heridas causadas, etc. El ataque al bien jurídico debe ser el punto de referencia para determinar la inminencia del hecho posterior. De acuerdo con esta interpretación, y volviendo a la cuestión espacial (la inmediatez espaciotemporal), he de precisar que, si lo que debe ser subsiguiente es la acción de matar y no el resultado de muerte, entre la agresión sexual y la acción de matar debe haber una sucesión concatenada no solo temporal sino también espacial, aunque el resultado de muerte podrá producirse en otro lugar distinto al de la realización de la acción. Por ejemplo, la agresión sexual y la acción de matar (un fuerte golpe en la cabeza) se producen en un lugar, y el resultado final de muerte de la víctima se produce en otro.

#### 4. «Delito contra la libertad sexual»

Como sabemos, la redacción ofrecida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, fue muy criticada<sup>25</sup> por aludir exclusivamente a que el delito precedente fuese

23 Admite también la posibilidad de tentativa SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, J. L.: «Delito contra la libertad sexual y muerte...», p. 54.

24 No se ha encontrado jurisprudencia en donde se enjuicie un caso de tentativa de asesinato hipercualificado por ser el hecho subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, pero sí una sentencia en donde se plantea la posibilidad de apreciar el asesinato en grado de tentativa concurriendo la hipercualificación 1.º del art. 140.1 CP, aunque finalmente esta no se aplica al haberse apreciado ya la minoría de edad de la víctima para apreciar alevosía por desvalimiento. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid n.º 237/2018, de 28 de marzo [ECLI:ES:APM:2018:5117].

25 ALONSO ÁLAMO, M.: «La reforma del homicidio doloso...», *op. cit.*, p. 28; SANZ MORÁN, A.: «La reforma de los delitos contra la vida», en MAQUEDA ABREU, M. L. / MARTÍN LORENZO, M. / VENTURA PÜSCHEL, A. (coords.); DE TOLEDO Y UBIETO, E. O. (hom.), *Derecho Penal para un Estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la

un delito contra la libertad sexual sin incluir también la referencia a la indemnidad sexual, tal y como aparecía redactado en el título VIII del Código Penal. Dicho título agrupaba los delitos sexuales en torno a dos bienes jurídicos claramente diferenciados: la libertad y la indemnidad sexual. Con ello se estaba protegiendo intereses diversos: libertad sexual como referida al ejercicio de la propia sexualidad y a la disposición del propio cuerpo, y la indemnidad o intangibilidad de la sexualidad de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección<sup>26</sup>. La ausencia de referencia en la redacción de la circunstancia 2.<sup>a</sup> del artículo 140.1 planteaba dudas acerca de si los delitos contra la indemnidad sexual como hecho precedente al asesinato de la víctima estaban incluidos en la hipergravación<sup>27</sup>.

Esta polémica queda cerrada con la L.O. 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que, entre otras, modifica el título VIII del Código Penal, pasando este a tener la rúbrica de «Delitos contra la libertad sexual». Esta redacción no es novedosa porque, como sabemos, el legislador la había utilizado en la reforma de 1989 y en la redacción inicial del Código Penal de 1995. Este bien jurídico no solo pretende garantizar a aquellas personas con capacidad de autodeterminación sexual su efectivo ejercicio, sino también que las personas ejerzan la actividad sexual en libertad<sup>28</sup>. Con la referencia a la libertad sexual el bien jurídico era entendido en un sen-

---

Universidad Complutense de Madrid, 2016, p. 833; ESQUINAS VALVERDE, P.: «La regulación del homicidio doloso y el asesinato tras la reforma del CP por la LO 1/2015: análisis de su aplicación en la jurisprudencia más reciente», en *La Ley Penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 149, 2021, p. 4; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial...*, *op. cit.*, p. 58.

26 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, pp. 223 a 225. Para DÍAZ GÓMEZ, la indemnidad sexual incluiría otros intereses como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y la integridad sexual. DÍAZ GÓMEZ, A.: «Delitos sexuales y menores de edad: Una aproximación basada en las personas privadas de libertad en la isla de Gran Canarias», en *RECPC*, n.º 19, 2017, p. 7. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-11.pdf> [consultado 05/12/2022].

27 Por ejemplo, para ALONSO ÁLAMO no estarían incluidos en la circunstancia hiperqualificante al oponerse la redacción literal del precepto, «por lo que el sentido inmanente de la ley pudiera ser aplicar en tales casos la circunstancia 1.<sup>a</sup> del artículo 140.1, la de que la víctima sea menor de dieciséis años». ALONSO ÁLAMO, M.: «La reforma del homicidio doloso...», *op. cit.*, p. 28.

28 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: «Libertad sexual y Ley Penal», en REDONDO ILLESCAS, S. (coord.): *Delincuencia sexual y sociedad*, Ariel, 2002, pp. 107 y 108. Antes de la introducción de la indemnidad sexual como el otro bien jurídico a proteger en el título VIII del C.P., Díez Ripollés defendió la protección de la libertad sexual como único bien jurídico sobre la base de entender que la libertad sexual se «configura como una concreción de la libertad personal», referida a la parcela sexual, al igual que ocurre en otros sectores del Código Penal en donde se protege la libertad ambulatoria o la libertad religiosa. En relación al concepto de libertad e indemnidad sexuales como bienes jurídicos protegidos en la evolución legislativa, *vid.* MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 21.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, 2017, pp. 223 y ss.

tido amplio, de manera que incluyera también en su ámbito de protección a menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección<sup>29</sup>.

La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, por la que se modificaba la rúbrica del título VIII, estableció como bienes jurídicos a proteger en este título la libertad y la indemnidad sexual, y, como ya se ponía de manifiesto en su exposición de motivos, esta inclusión expresa de la indemnidad sexual pretendía ofrecer una regulación más precisa del título<sup>30</sup>. Con la reforma de 2022 se vuelve a modificar la rúbrica, poniendo de manifiesto la complejidad de los delitos que allí se comprenden y de los intereses que están en juego.

La L.O. 10/2022, de 6 de septiembre, abre el debate sobre la redefinición de la libertad sexual no solo como bien jurídico capaz de abarcar a la indemnidad sexual de menores y personas con discapacidad necesitadas de protección, sino como un interés más amplio capaz de aglutinar otros intereses que, en muchas ocasiones, se ven afectados con estos delitos<sup>31</sup>. En este sentido, como afirma Díez Ripollés, «este derecho a la libertad sexual implica garantizar un derecho a la seguridad personal al elegir las experiencias sexuales de las que se quiere gozar sin injerencias coactivas, discriminatorias o violentas

29 No obstante, la rúbrica no estaba exenta de polémica porque en algunas figuras delictivas se hacía difícil afirmar que el bien jurídico fuera la libertad sexual en los casos de menores, por ejemplo, en delitos de exhibicionismo o de estupro.

30 En la exposición de motivos el legislador manifestaba que «también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos». *Vid.* <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-9744#:~:text=El%20que%2C%20sin%20violencia%20o,2>. [consultado 05/12/2022].

31 Por ejemplo, para ACALE SÁNCHEZ las nuevas modalidades de conductas que atentan «contra la libertad e indemnidad sexual (como las agresiones sexuales colectivas, en la que los autores se valen de la disparidad de fuerza física entre su grupo y la víctima, así como las condiciones de espacio y tiempo en las que se llevan a cabo; el suministro de sustancias tóxicas a la víctima, que le impide *a posteriori* poder tomar decisiones en cualquier materia, o la distribución a través de las redes sociales de imágenes sexuadas que fueron grabadas en su momento con consentimiento de la víctima y que posteriormente se hacen circular con la finalidad de dañar su imagen) evidencian que la «libertad sexual» como bien jurídico puede resultar pequeño, pues más allá de ella y vistos los daños que esas conductas causan a la víctima debe añadirse un referente jurídico más o definirse la propia libertad sexual como una libertad sexual segura». ACALE SÁNCHEZ, M.: «Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.): *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022, p. 55.

Para Muñoz Conde, en algunos de los delitos del título VIII no es solo la libertad sexual el bien jurídico protegido: existen otros intereses que es necesario tener en cuenta para comprender e interpretar las peculiaridades de las figuras delictivas. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 21.ª ed., 2017, p. 223.



de terceros, así como salvaguardar el libre desarrollo de la formación de la propia sexualidad»<sup>32</sup>. En definitiva, la libertad sexual es entendida en un sentido unicomprendivo de los intereses que aquí estarían en juego.

Finalmente, y por lo que se refiere a la circunstancia que hiperagrava el asesinato, se logra una relación concordante entre esta y la rúbrica del título VIII, no planteando ya problemas de interpretación respecto a qué delitos sexuales estarían aquí comprendidos, pues sin duda están todos los del citado título.

## 5. «Que el autor hubiere cometido sobre la víctima»

Otra de las expresiones que resulta singular es la referencia a que el autor del delito contra la libertad sexual sea también el autor del delito de asesinato, pues puede provocar importantes problemas interpretativos. En principio y de acuerdo a la literalidad de la circunstancia, esta solo podrá ser aplicada en los casos en los que el autor del delito sexual haya sido también autor del delito de asesinato. Siendo así, la circunstancia se encuentra muy acotada, ya que el sujeto debe cumplir el doble requisito: ser autor de los dos delitos. *A contrario sensu*, si el sujeto es autor del delito sexual pero no del asesinato, no se apreciará la hipercualificación. Del mismo modo, si el sujeto no ha sido autor del delito sexual pero sí del delito de asesinato, tampoco cabe apreciar la circunstancia.

Queda claro, por tanto, que el sujeto deberá ser autor de ambos hechos delictivos. La cuestión inmediata sería la de a quiénes vamos a considerar autores. Dicho de otro modo, ¿podemos castigar por la circunstancia 2.<sup>a</sup> al inductor de un asesinato cometido inmediatamente después del delito sexual que él mismo ha cometido?

Si acudimos a nuestro texto legislativo, los artículos 27 y 28 utilizan un concepto amplio de autor (comprendiendo tanto a los autores en sentido estricto como a los cooperadores necesarios e inductores). Pero este concepto solamente se establece a efectos de pena y no puede ser trasladado aquí para determinar el ámbito de la circunstancia, pues no toda intervención en el delito puede considerarse como autoría del mismo. Es más, entiendo que el legislador, cuando ha llevado a cabo la redacción de la circunstancia, ha querido restringir su ámbito de aplicación, refiriéndose expresamente a los autores entendidos en sentido estricto<sup>33</sup>. Esta alusión expresa parece

32 Díez RIPOLLÉS, J. L.: «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», en *RECPC*, n.º 21, 2019, p. 3.

33 En el mismo sentido SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, J. L.: «Delito contra la libertad sexual y muerte...», *op. cit.*, p. 54.

que implica la idea de un perfil determinado de sujeto: aquel que es capaz de llevar a cabo un delito sexual y posteriormente asesinar a la víctima. En definitiva, esta redacción nos lleva a que el legislador pretende castigar una tipología determinada de delincuentes: aquellos que por las características de los hechos se convierten en especialmente perversos o peligrosos.

Por tanto, la alusión que el legislador hace al autor ha de entenderse referida el autor en sentido estricto, es decir, autor directo o inmediato, autor mediato y coautores. Esta parece ser también la posición que se deduce de los argumentos que mantiene nuestra jurisprudencia, aunque directamente no se ha planteado esta cuestión, Concretamente, me refiero a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid n.º 137/2019, de 4 de junio [ECLI:ES: APVA:2019:528]. Según los hechos probados, la pareja de la mujer agredía habitualmente a la hija de esta, que tenía cuatro años, teniendo conocimiento de ello la madre y habiéndose probado el maltrato en cuatro ocasiones. La última vez que la agrede, el hombre penetró sexualmente a la niña para inmediatamente después golpearla brutalmente, muriendo esta como consecuencia de la paliza. Estos últimos hechos ocurrieron estando la madre en su lugar de trabajo. El hombre fue condenado como autor de cuatro delitos de maltrato a persona especialmente vulnerable que convive con el autor, un delito de maltrato habitual en domicilio común, un delito de agresión sexual a menor de 16 años y, finalmente, por un delito de asesinato hipercualificado. La madre fue condenada como autora en comisión por omisión de tres delitos de maltrato, un delito de maltrato habitual en domicilio común y un delito de asesinato. En relación a esta última figura delictiva, la Audiencia estimó que no procedía aplicar la hipercualificación 2.ª del art. 140. 1 porque ni fue autora material ni se probó su autoría en el delito de agresión sexual a la menor en comisión por omisión<sup>34</sup>. De aquí parece deducirse que para nuestra jurisprudencia la aplicación de la circunstancia también exige la doble autoría en sentido estricto, con lo que coincidiría con nuestra posición.

## 6. La especial vulnerabilidad de la víctima

La circunstancia 2.ª del artículo 140.1 alude únicamente a la víctima, sin más exigencia. De esta forma, podrá concurrir sin problemas de incompatibilidad junto con la circunstancia 1.ª de dicho artículo<sup>35</sup>. En este apartado resulta especialmente interesante las características de la víctima en relación con la circunstancia primera del artículo 140.1.

---

34 F. J. PRIMERO: «Tampoco concurre en Estrella la circunstancia 2.ª del n.º 1.º del art. 140 del Código Penal, pues Estrella no fue autora material del delito contra la libertad sexual y el jurado la declaró inocente de dicho delito entendiendo que respecto a la violación no existía comisión por omisión».

35 Podemos encontrar sentencias en donde se han apreciado conjuntamente ambas circunstancias. *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid n.º 137/2019, de 4 de junio [ECLI:ES: APVA:2019:528].

Con la introducción de los llamados asesinatos hipercualificados del número 1 del artículo 140 del CP, se ha producido un intenso debate jurisprudencial sobre el ámbito de actuación de la alevosía y su compatibilidad con la circunstancia primera del art. 140.1 («*que la víctima sea menor de dieciséis años o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad*»). Como sabemos, de acuerdo con el concepto de alevosía (art. 22.1.<sup>a</sup> CP), es necesario que el sujeto utilice en la ejecución del delito medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin riesgos para su persona que pudieran proceder de la defensa por parte del ofendido. Ya el Consejo General del Poder Judicial, en su informe al anteproyecto de Código Penal de 2012<sup>36</sup>, ponía de manifiesto que las circunstancias de ser menor de edad o persona especialmente vulnerable «terminarán en la alevosía en atención a la consideración judicial de la misma» (alevosía por desvalimiento). En definitiva, el problema de esta hiperagravación era y es su deslinde de la alevosía como elemento configurador del asesinato para evitar posibles solapamientos entre ambas. La enorme complejidad del tema se comprueba en el hecho de que el propio Tribunal Supremo mantengan dos líneas interpretativas distintas, aunque el propio Tribunal ha mantenido que no se trata de replantearse el concepto de alevosía o un replanteamiento de sus fronteras o perfiles, ni de vaciar de contenido en la práctica el artículo 140. 1.1.<sup>a</sup> (STS n.º 520/2018, de 31 de octubre [ECLI:ES:TS:2018:3687], F. J. Primero).

Según la primera de esas interpretaciones (para la que resulta significativa la sentencia anteriormente mencionada), en los casos en los que la edad de la víctima (niños de poca edad, ancianos), enfermedad o discapacidad determinen por sí solas la alevosía, no podrá apreciarse el asesinato hiperaagravado del artículo 140.1.1.<sup>a</sup>, pues se produciría una conculcación del principio *non bis in idem*<sup>37</sup>. El razonamiento carece de fisuras porque claramente,

36 <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/20130116%20Informe%20Anteproyecto%20de%20modificaci%C3%B3n%20CP.pdf> [consultado 05/12/2022].

37 En la STS n.º 520/2018, de 31 de octubre, el tribunal añadía a su argumentación en el F. J. Primero lo siguiente:

«Pero cuando a la alevosía, basada en otros elementos, se superpongan circunstancias del apartado 1.<sup>o</sup> del art. 140.1 no contempladas para calificar el ataque como alevoso, será posible la compatibilidad. Así, el acometimiento por la espalda de un menor de 15 años se calificará de asesinato alevoso del art. 138 .1 CP (el ataque por la espalda integra la alevosía) y especialmente grave del art. 140.1. 1.<sup>a</sup> (por ser la víctima un menor) (*vid.* STS 80/2017, de 10 de febrero (RJ 2017,473)).

La muerte de un ser desvalido que suponga por sí sola alevosía habrá de resolverse a través de la herramienta del concurso de normas, otorgando preferencia al asesinato alevoso (139.1. 1.<sup>a</sup> CP, con prisión de 15 a 25 años) frente al homicidio agravado por las circunstancias de la víctima (138.2.a) con prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses), por aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad (art. 8. reglas 1 y 4 CP).

Pero cuando, como sucede aquí, el ataque se concreta en una modalidad alevosa, totalmente independiente de la condición de la víctima, su avanzada edad o su enfermedad o discapacidad pueden operar con nueva agravación a través del art. 140.1.1.<sup>a</sup>».

de no ser así, se estaría valorando dos veces la especial vulnerabilidad de la víctima: una para convertir el homicidio en asesinato y otra para aplicar la hipercualificación. La segunda interpretación<sup>38</sup>, más extensiva, parte de la consideración de la primera circunstancia del art. 140.1 como el producto de «una política criminal orientada a la protección de menores de edad y de las personas más vulnerables por padecer alguna discapacidad física o mental», considerando nuestros tribunales que es algo más que una simple protección a las personas a las que el autor mata prevaliéndose de su imposibilidad de defensa. Según esta posición, el legislador ha seleccionado entre todas las modalidades del asesinato «en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección»<sup>39</sup>. El Tribunal Supremo parece considerar dentro del grupo genérico de «personas en situación de desvalimiento» a un subgrupo de personas que van a tener una mayor protección (las personas con mayor vulnerabilidad: niños, ancianos...) precisamente por este rasgo intrínseco que sería lo que fundamentaría el mayor desvalor de la conducta frente a los restantes casos de desvalimiento de la víctima<sup>40</sup>. A pesar de ello,

---

Muchas han sido las sentencias que han seguido esta línea, entre ellas, la STS n.º 716/2018, de 16 de enero de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:82].

38 STS n.º 701/2020, de 16 de diciembre [ECLI:ES:TS:2020:4181]; STS n.º 367/2021, de 30 de abril [ECLI:ES:TS:2021:2177]; STS n.º 719/2021, de 23 de septiembre [ECLI:ES:TS:2021:3489]; SAP de La Rioja n.º 29/2022, de 11 de marzo [ECLI:ES:APLO:2022:8].

39 «De acuerdo con esta idea, el art. 140.1.1 del CP (RCL 1995,3170 y RCL 1996, 777) no agrava lo que ya ha sido objeto de agravación en el art. 139.1, esto es, la muerte de un menor, ejecutada con alevosía por desvalimiento. El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección. Conforme a la interpretación que ahora postulamos, la muerte alevosa de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad que es asesinado mientras duerme o se encuentra bajo los efectos de sustancias que le obnubilan. Y siempre será más grave porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso, sin que lo impida la regla prohibitiva de inherencia que proclama el art. 67 del CP (RCL 1995,3170 y RCL 1996, 777)». STS n.º 701/2020, de 16 de diciembre [ECLI:ES:TS:2020:4181], F. J. Segundo. Igualmente, siguiendo esta línea interpretativa, STS n.º 585/2022, de 14 de junio [ECLI:ES:TS:2022:2351].

40 STS n.º 585/2022, de 14 de junio [ECLI:ES:TS:2022:2351], F. J. Cuarto: «La reforma que incorpora la prisión permanente revisable es consecuencia de una decisión de política criminal, así como, está basada en principios de oportunidad, siendo la principal razón de la introducción de esta pena de considerable gravedad, la percepción social de la existencia de una delincuencia especialmente grave por razón de las víctimas del delito, personas desvalidas, como son los niños y los ancianos, lo que sin duda implica un mayor desvalor de la acción, un plus de antijuridicidad en la misma. El legislador penal, en distintos supuestos, ha ideado diversas fórmulas de agravación para la parte especial del Código Penal fundadas en la necesidad de una tutela cualificada a favor de determinados sectores

no parece que sortee la infracción al principio *non bis in ídem* pues se utiliza la especial vulnerabilidad doblemente para castigar de forma más severa. En conclusión, creo más acertada la primera de las interpretaciones del Tribunal Supremo.

Una segunda cuestión a abordar en este apartado es la compatibilidad de la cualificación 3.<sup>a</sup> del artículo 180.1 con la hiperagravación primera del artículo 140. 1. Como sabemos, la circunstancia 3.<sup>a</sup> del art. 180 ha sufrido varias modificaciones<sup>41</sup>, la última por la L.O. 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que modifica la referencia final que el legislador hace al precepto que recoge los delitos de agresión sexual a menores de dieciséis años, antes recogidos en el artículo 183 y que ahora pasa a ser el artículo 181 CP. Quizás la modificación más significativa fuera la anterior: la llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que modificó la expresión «especialmente vulnerable» por la de «situación de especial vulnerabilidad», aunque considero que no ha afectado al contenido de la misma, o incluso pareciera que el contenido actual pueda ser más abierto con este cambio.

---

sociales, expuestos a un riesgo especialmente elevado de sufrir daño en sus bienes más esenciales —vida, salud, libertad, dignidad, integridad corporal— siendo los niños, ancianos y demás personas vulnerables por razón de enfermedad o discapacidad, ese tipo de víctimas que justifican esa punición especialmente grave acordada por el legislador».

- 41 La primera modificación tuvo lugar a través de la L. O. 5/2010, de 22 de junio, y la segunda por la L.O. 8/2021, de 4 de junio. A través de la primera se introduce la discapacidad de la víctima como causa para apreciar la cualificación de especial vulnerabilidad. A estos efectos, una referencia obligada para interpretar el término es la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España el 23 de noviembre de 2007. Además, se introduce la excepción a la aplicación de esta circunstancia al artículo 183, referencia obligada, ya que en él se encontraban recogidas entonces todas las agresiones sexuales a menores de trece años (que posteriormente serían dieciséis). La segunda modificación, llevada a cabo en junio de 2021, suprime el término «situación» de la redacción del precepto, es decir, la referencia expresa a la situación de la víctima como causa de la especial vulnerabilidad y se añade la expresión «o por cualquier otra circunstancia». Además, se modifica la expresión «cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de...» para pasar a ser «cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de...». Personalmente, considero que esta última modificación es una cuestión de forma: «especialmente vulnerable» y «situación de especial vulnerabilidad» no afectan al contenido. El cambio de expresión vendría motivado por la necesidad de mantener una redacción similar con otras cualificaciones por razón de la especial vulnerabilidad de la persona.

*Vid.* SÁNCHEZ DAFUACE, M.: «Libertad e indemnidad sexuales: arts. 178 y 180», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 220 y ss.; GARCÍA ÁLVAREZ, P.: «La repercusión de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio (de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia), en la protección reforzada de los menores de edad en el Código Penal», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 37, 2022, pp. 39 y ss.

Nos encontramos ante un supuesto en el que la vulnerabilidad de la víctima es el elemento sobre el que recae el especial desvalor de esta cualificación. Dicha vulnerabilidad puede ser consecuencia de la enfermedad, edad o cualquier otra circunstancia de la persona e implicará unas mayores dificultades en el sujeto para poder defenderse de la agresión; en definitiva, una clara situación de indefensión similar a la desproporción de fuerzas establecida en la agravante de abuso de superioridad<sup>42</sup>. Además, para poder aplicar esta cualificación, el sujeto activo deberá aprovechar esta situación en la que la víctima se halla, lo que supondrá una clara desventaja frente al agresor<sup>43</sup>. En esta línea interpretativa, nuestra jurisprudencia ha establecido que «la vulnerabilidad [...] equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y poder oponerse» (STS n.º 886/2021, de 17 noviembre [ECLI:ES:TS:2021:4213]). Es más, nuestro Tribunal Supremo reconoce su gran proximidad a la agravante genérica de abuso de superioridad.

El campo de actuación de la cualificación 3.ª del art. 180 es más amplio que el de la hiperagravación 1.ª del art. 140. 1. Este último precepto recoge supuestos en los que la víctima es menor de 16 años o se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de la edad, enfermedad o discapacidad. En el ámbito de los delitos sexuales, la cualificación comprende supuestos de especial vulnerabilidad por razón de la edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181, es decir, que, de acuerdo a los delitos sexuales recogidos en el art. 181 (delitos sexuales a menores de dieciséis años), estos menores no estarían comprendidos en la cualificación 3.ª del art. 180.1. Dejando aparte esta

---

42 En el mismo sentido se pronuncia la STS n.º 886/2021, de 17 noviembre [ECLI:ES:TS:2021:4213], que en su F. J. Segundo establece: «El artículo 180 CP define unos subtipos agravados del delito de agresión sexual que en su apartado 3.º contempla la especial vulnerabilidad de la víctima, entre otras circunstancias, por razón de discapacidad. En relación a este supuesto hemos señalado que, mientras que la intimidación como medio comisivo de la agresión se dirige a vencer la voluntad, la especial vulnerabilidad del párrafo 3.º del artículo 180.1, opera en relación con una situación acotada por factores que dificultan la defensa. En definitiva, esta especial vulnerabilidad no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad adecuada al concreto escenario donde se desarrolla la agresión sexual. El concepto de vulnerabilidad equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para oponerse a lo que de él se pretende, lo que le coloca en una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor. Como exponíamos en la sentencia 709/2020, de 18 de diciembre (RJ 2020, 5071), reiterada doctrina de esta Sala viene señalando cómo el fundamento de dicha agravación no está en la falta o limitación del consentimiento de la persona ofendida, sino en la reducción o eliminación de su mecanismo de autodefensa frente al ataque sexual».

43 MORALES HERNÁNDEZ, M. A.: «Análisis de los tipos penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidos en el artículo 180 del Código Penal», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.): *Los delitos contra la libertad e indemnidad a examen: propuestas de reforma*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 110.

excepción, la mayor extensión de la cualificación proviene de la referencia legislativa a «por cualquier otra circunstancia»<sup>44</sup>. De este modo, parece que el legislador abre una puerta a extender la agravación más allá y sin necesidad de que dichas circunstancias sean similares a la edad, enfermedad o discapacidad<sup>45</sup>. No obstante, en los casos en los que el campo de actuación de ambas circunstancias sea coincidente, para eludir posibles problemas de *non bis in ídem* no podrán apreciarse conjuntamente ambas cualificaciones (en el delito sexual y en el asesinato)— En otros casos, al no tener exactamente el mismo ámbito de aplicación, podrá haber supuestos en donde en el delito sexual se aprecie la cualificación y no la hipercualificación 1.ª del art. 140.1.

## **7. Relación entre la circunstancia 4.ª del artículo 139.1 (Matar para facilitar o para evitar que se descubra) y la 2.ª del artículo 140.1 (Muerte subsiguiente a un delito contra la libertad sexual)**

Queda, por último, el análisis de la relación concursal entre la circunstancia 4.ª del art. 139.1 y la 2.ª del art. 140.1, cuestión esta especialmente significativa dado que, en gran parte de las ocasiones de muerte posterior a la comisión de un delito sexual, esta se llevará a cabo con la intención de encubrir el delito anteriormente cometido. Nuestra jurisprudencia ha ido adquiriendo una posición desde la introducción de estas modalidades del delito de asesinato. Así, de las primeras sentencias en donde no se entraba directamente al fondo del asunto<sup>46</sup> se ha llegado a los pronunciamientos que de forma directa abordan esta cuestión. En este sentido se encuentra la SAP de Sevilla n.º 6/2019,

44 Antes de ser reformado por la LO 8/2021, de 4 de junio, la redacción del precepto refería la especial vulnerabilidad a cuatro ámbitos: «por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, [...]». En su día se entendió que con el término «situación» se solucionaba el problema que se planteaba en el anterior Código Penal respecto de personas que no podían rechazar ni ofrecer resistencia por estar incapacitadas para ello como consecuencia de una enfermedad o por hallarse inmovilizadas por medios mecánicos. En todo caso, se entendió que solo cabían situaciones que pudieran ser asimiladas a la edad o la enfermedad. *Vid.* ORTS BERENGUER, E.: *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, 1995, p. 933.

45 De la misma opinión MORALES HERNÁNDEZ, M. A.: «Análisis de los tipos penales...», *op. cit.*, pp. 115 y 116.

46 Por ejemplo, una de las primeras sentencias es la SAP de Sevilla n.º 759/2017, de 6 de junio, que en su F. J. Décimo recogía que la ambigua expresión «subsiguiente» y la deficiente técnica legislativa del precepto impedían al Tribunal encuadrar los hechos en el subtipo agravado del 140.1 2.ª Tampoco lo abordó la instancia superior en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía n.º 26/2017 de 12 de diciembre [ECLI:ES:TS-JAND:2017:15146], al entender que la muerte de la víctima no fue «subsiguiente».

de 22 de abril [ECLI:ES:APSE:2019:23], en la que el sujeto fue condenado por un delito de agresión sexual en grado de tentativa y un delito de asesinato concurriendo las circunstancias 1.<sup>a</sup> (alevosía), 3.<sup>a</sup> (ensañamiento) y 4.<sup>a</sup> (para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra) y la hipercualificación del art. 140.1. 2.<sup>a</sup>; también se apreció la atenuante analógica de actuar con su capacidad para controlar sus impulsos levemente mermada por padecer un retraso mental ligero y haber consumido alcohol y cocaína antes de la ejecución de los hechos. Aunque en el F. J. quinto el tribunal admitió, en principio, la circunstancia 4.<sup>a</sup> del art. 139.1 (matar para evitar que se descubra el delito anterior), en el siguiente fundamento se plantea una posible conculcación del principio *non bis in ídem*<sup>47</sup> si se apreciaban la circunstancia 4.<sup>a</sup> del artículo 139.1 y la 2.<sup>a</sup> del artículo 140.1. En este sentido, mantenía el tribunal que, al haber quedado ya cualificada la muerte de la víctima con la alevosía y el ensañamiento, la relación concursal entre la circunstancia 4.<sup>a</sup> del art. 139 y la 2.<sup>a</sup> del 140.1 debía de resolverse a través del art. 8.4, es decir, aplicando el principio de alternatividad, que nos llevaría a aplicar la hipercualificación al tener prevista la pena de prisión permanente revisable. En el F. J. noveno, el tribunal desarrolla con mayor profundidad esta interpretación al entender que en el caso enjuiciado, al haberse calificado como asesinato por la vía de las dos circunstancias anteriormente referidas (alevosía y ensañamiento), la muerte subsiguiente al delito contra la libertad sexual con la finalidad de evitar su descubrimiento debía dar lugar a la hipercualificación recogida en el 140.1 (art. 8.4), resultando innecesaria la apreciación de la circunstancia 4.<sup>a</sup> del art. 139.1 para la calificación de asesinato y para la aplicación de la pena de prisión permanente revisable. Y añade el tribunal: «Por lo demás, de considerar que sería aplicable el art 139,1.4.º en lugar del 140.1.2.º CP, es decir, que el artículo 139.1.4.º desplazaría al 140.1.2.º CP, en el supuesto de autos se produciría el absurdo de que en tal caso no se podría imponer pena de prisión permanente

---

47 F. J. SEXTO: «Podría argumentarse que apreciar en este caso la circunstancia 4.<sup>a</sup> del art 139. 1 del CP, por intentar evitar el autor el descubrimiento de la comisión de un precedente delito contra la libertad sexual y al mismo tiempo el subtipo hipercualificado del art. 140. 1, 2º del CP consistente en ser el asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual cometido por el autor, vulneraría el principio *non bis ídem*, ya que la misma circunstancia, agravaría dos veces los hechos. No obstante ello, —teniendo en cuenta que al haberse apreciado la concurrencia de las circunstancias 1.<sup>a</sup> (alevosía) y 3.<sup>a</sup> (ensañamiento) del artículo 139 CP, la muerte dolosa de la víctima queda ya cualificada con cualquiera de esas dos circunstancias, como asesinato—, el hecho de haber dado muerte el acusado a la víctima a continuación del delito contra la libertad sexual y como medio para evitar el descubrimiento de la comisión de tal delito contra la libertad sexual, debe determinar la apreciación del subtipo agravado del artículo 140 1 2º del CP (por aplicación del artículo 8.4.º CP), que sanciona el asesinato en este caso con la pena de prisión permanente revisable. Por lo demás, en este caso resultaría innecesario para la consideración de los hechos como asesinato (al haberse apreciado ya las circunstancias 1 y 3 del artículo 139 del CP para la conceptualización de la muerte como constitutiva de asesinato) y para la aplicación de la pena de prisión permanente revisable, la apreciación también de la circunstancia n.º 4 del artículo 139. 4º del CP».



revisable, que en cambio sí sería imponible de no concurrir tal circunstancia agravante consistente en haber cometido el asesinato el autor para evitar el descubrimiento de la previa comisión del delito contra la libertad sexual, con lo cual un hecho más grave merecería pena menor (en lugar de prisión permanente revisable, pena de 20 a 25 años de prisión)». El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (STSJ de Andalucía n.º 171/2019, de 4 de octubre [ECLI:ES:TSJAND:2019:20842]) revocó parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, estimando que en el delito de asesinato concurrían la circunstancia 1.ª y 4.ª del artículo 139 y desestimando la circunstancia 3.ª (ensañamiento). El acusado recurre en casación ante el Tribunal Supremo, que, en sentencia n.º 417/2020, de 21 de julio [ECLI:ES:TS:2020:2481], revoca parcialmente la sentencia y, al estimar uno de los motivos del recurrente, desestima la aplicación de la alevosía en el delito de asesinato. Ello implicó que este delito se apreciara exclusivamente con la circunstancia 4.ª del artículo 139.1, apareciendo entonces en su total plenitud el problema de la compatibilidad entre esta circunstancia y la 2.ª del art. 140.1. El Tribunal Supremo en su F. J. Sexto, apartado 2<sup>48</sup> pone de manifiesto una situación que ocurrirá en la mayoría de las ocasiones: si la muerte es subsiguiente a un delito sexual, lo normal es que pretenda evitar su descubrimiento (circunstancia esta que convierte el homicidio en asesinato). Para solucionar este problema de concurrencia, el Tribunal supremo parte de la justificación de las dos circunstancias y entiende que, en la circunstancia 4.ª se encuentra en la «insostenible» banalización de la vida humana cuando se trata de facilitar la comisión de otro delito o de evitar que se descubra el que ya ha sido cometido. La circunstancia 2.ª del art. 140.1 se justifica en la mayor reprochabilidad que representa la convergencia de un

48 F. J. SEXTO, apartado 2: «En el presente caso, de lo que se trata es de dar respuesta al interrogante acerca de si la intencionalidad reduplicada que anima al autor puede justificar la imposición de la más grave de las penas previstas en nuestro sistema. Y hacerlo sin erosionar los principios que informan la aplicación del derecho penal.

El legislador convierte el homicidio en asesinato y lo castiga con la pena de prisión de 15 a 25 años cuando la muerte se ejecuta para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra (arts. 138.1 y 139.1.4 CP). Pero impone la pena de prisión permanente revisable cuando la muerte fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima (art. 140.1.2 CP).

La controversia, desde luego, está presente en el análisis de una reforma que aborda con trazo grueso la regulación de uno de los delitos más graves de nuestro sistema penal. El tono crítico frente a las carencias técnicas de la reforma campea en buena parte de las aportaciones dogmáticas sobre la materia. Voces autorizadas han llamado la atención acerca de la desproporción que late en el juego combinado de esos preceptos. La agravación no obedecería a un mayor contenido de injusto, ni a un juicio de reproche formulado en estrictos términos jurídicos. Se trataría, por el contrario, de abrir la puerta al derecho penal de autor que convierte el reproche moral en el débil sostén de una injustificada agravación. Estaríamos en presencia, además, de una defectuosa técnica legislativa que manosea la prohibición del *bis in idem*, con una errónea delimitación de los tipos penales, en la medida en que, si la muerte es subsiguiente a la agresión sexual, lo normal será que busque evitar su descubrimiento, circunstancia que, por sí sola, ya convierte el homicidio en asesinato del art. 139.1.4 del CP».

ataque prácticamente simultáneo a bienes jurídicos del mismo rango axiológico, la libertad sexual y la vida. Y aunque el tribunal es consciente de que en este ámbito debe mantenerse una interpretación restrictiva de tales preceptos, entendió que ambos eran compatibles, sobre la base de considerar que «[d]e todos aquellos asesinatos cualificados por haber servido como instrumento para facilitar u ocultar un delito precedente, el legislador ha estimado que, si el delito inicial es un delito contra la libertad sexual, la respuesta penal sea la más severa». (F. J. Sexto, apartado 3). Pero esta interpretación no es compartida por todos los miembros del tribunal y los magistrados del Moral García y Palomo del Arco emiten un voto particular. En él se mantiene que la razón de ser de la agravación en ambas circunstancias sería la finalidad de ocultar el delito anterior, lo que impediría su compatibilidad, al ser la finalidad autoencubridora inherente al hecho descrito en el art. 140.1.2.<sup>a</sup> El concurso de leyes se resolvería aplicando el principio de alternatividad entre el homicidio agravado del art. 138.2.a) en relación con el art. 140.1. 2.<sup>a</sup>, o un delito de asesinato del art. 139.1. 4.<sup>a</sup> (en ambos casos castigando por separado el delito sexual).

A nivel doctrinal tampoco hay una posición clara. Las dos circunstancias no tienen la misma naturaleza ni estructura pues la circunstancia 4.<sup>a</sup> agrava, en base a la intencionalidad, el móvil del autor y en la circunstancia 2.<sup>a</sup> la hipercualificación descansa sobre varios elementos objetivos (la tipología delictiva, el elemento temporal y la autoría). Esta es la posición de un sector doctrinal<sup>49</sup> que entiende que la justificación de ambas circunstancias es diferente: la circunstancia 4.<sup>a</sup> se justifica por la finalidad perseguida por el sujeto, mientras que la circunstancia 2.<sup>a</sup> lo haría sobre la base de una mayor peligrosidad de la conducta, de tal forma que permite su imposición conjunta. Para otro sector doctrinal<sup>50</sup>, el concurso de leyes que se establece entre las dos circunstancias se resuelve por especialidad, aunque se difiere respecto de cuál de ellos es el especial y cuál el general, evidenciando con ello lo complejo del problema. Para una fracción<sup>51</sup> el concurso se resuelve a favor de la aplicación del art. 140.1.2.<sup>a</sup>, pues hace referencia a una tipología específica (los delitos contra la libertad e indemnidad sexual), mientras que el art. 139.1.4.<sup>a</sup> lleva

49 ALONSO ÁLAMO, M.: «La reforma del homicidio doloso...», *op. cit.*, p. 44; MUÑOZ RUIZ, J.: «Capítulo undécimo. Delitos contra la vida y la integridad física», en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, 2015, p. 353; MUÑOZ CUESTA, J.: «Asesinato: muerte causada para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2018, p. 3.

50 SIERRA LÓPEZ, M. V.: «Homicidio y asesinato...», *op. cit.*, pp. 156 y 157; CUENCA GARCÍA, M. J.: «Problemas interpretativos...», *op. cit.*, p. 149; FERNÁNDEZ GARCÍA, G.: «Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el derecho español contemporáneo», en *Misión Jurídica*, vol. 12, n.º 16, 2019, pp. 186 y 187.

51 SIERRA LÓPEZ, M. V.: «Homicidio y asesinato...», *op. cit.*, pp. 156 y 157. Esta era la posición mantenida entonces. FERNÁNDEZ GARCÍA, G.: «Régimen de hipercualificación...», *op. cit.*, pp. 186 y 187.

a cabo una referencia genérica (matar para evitar el descubrimiento de otro delito). En cambio, para CUENCA GARCÍA<sup>52</sup>, la finalidad de encubrir el delito anterior «incluye también la vinculación con el delito anterior que expresa la agravante 2.<sup>a</sup> del art. 140.1»; de esta forma, prevalece la circunstancia 4.<sup>a</sup> del art. 139.1.

Finalmente, tras descartar el principio de especialidad para la solución del concurso, SERRANO GÓMEZ DE MURILLO<sup>53</sup> considera que la interpretación más correcta de las que afirman la incompatibilidad de ambas circunstancias es aquella que reserva la aplicación de la circunstancia 2.<sup>a</sup> del art. 140 para los casos en los que la muerte no persiga ninguna finalidad o persigue una finalidad distinta a la de ocultar el delito. Considera el autor que el concurso de normas se solucionaría a través del principio de subsidiariedad (art. 8. 2.<sup>a</sup>): «en los casos de delitos sexuales previos, la agravación de la muerte (ley subsidiaria) está llamada a aplicarse solo si no es de aplicación la finalidad autoencubridora (ley principal)». La circunstancia 2.<sup>a</sup> del art. 140.1 solo entraría en juego cuando el móvil del autor fuera distinto al de encubrir el delito anterior. Dos son las razones esgrimidas por el autor: la primera, porque se respeta el orden lógico al comprobar en primer lugar si la calificación ha de ser homicidio o asesinato. Según la línea interpretativa del autor, si se da la principal (muerte para encubrir), se calificaría el hecho como asesinato; si se da la subsidiaria (muerte subsiguiente), se calificaría el hecho como homicidio cualificado. La segunda razón es porque se seguiría el orden lógico establecido por el artículo 8. Descartado el principio de especialidad para resolver la concurrencia, se acude al principio de subsidiariedad.

El término «subsidiario», según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua [RAE], significa en su segunda acepción: «Dicho de una acción o de una responsabilidad: que suple a otra principal». Por su parte, el Diccionario panhispánico del español jurídico de la misma RAE tampoco ofrece más que una remisión al « artículo 8.2.<sup>a</sup> del Código penal. Partiendo de estos antecedentes, considero que la relación entre ambas agravaciones no es de subsidiariedad (porque no se suplen la una a la otra), sino de especialidad. Desde mi punto de vista, lo complejo de este concurso de leyes es que la estructura de ambas circunstancias difiere, pues una se construye sobre un elemento subjetivo y la otra sobre elementos objetivos. La relación entre ellas se asemeja a dos círculos secantes con una intersección en donde se solapan ambos preceptos, pues, de todos los casos en los que el sujeto mate para encubrir, solo una parte reunirá todos los requisitos: será para evitar que se descubra el delito sexual, el asesinato será subsiguiente a este y el autor del delito sexual también lo será de la muerte. En conclusión, la circunstancia 2.<sup>a</sup> es más específica que la 4.<sup>a</sup> del art. 139.1, pues esta última descansa

---

52 CUENCA GARCÍA, M. J.: «Problemas interpretativos...», *op. cit.*, p. 149.

53 SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, J. L.: «Delito contra la libertad sexual...», *op. cit.*, p. 65.

solo en el móvil del autor (autoencubrimiento), mientras que la circunstancia 2.<sup>a</sup> va exigir que el asesinato posterior sea inmediato, cometido por el autor del delito precedente y que este lo sea contra la libertad sexual, pero admite tanto los casos de autoencubrimiento como otros móviles o la carencia de ellos. Luego lo significativo aquí no es el móvil, sino el bloque delictivo.

El binomio «delito sexual / delito contra la vida» presenta para el legislador y la sociedad un mayor desvalor de la conducta que cualquier otra combinación delictiva. En definitiva, en los casos en los que únicamente concurren ambas circunstancias, el hecho deberá calificarse como homicidio cualificado (art. 138.2. a): el art. 140.1.2.<sup>a</sup> entrará en juego en los casos en los que en la muerte se haya apreciado cualesquiera de las tres primeras circunstancias del art. 139.1. Finalmente, en los casos en los que concurren la circunstancia 4.<sup>a</sup> junto con otra u otras del art. 139.1, y la circunstancia 2.<sup>a</sup> del art. 140.1, de acuerdo al principio de especialidad, se apreciará esta última frente a la de autoencubrimiento, calificándose el hecho como asesinato hiperagravado.

## 8. Conclusiones

La circunstancia 2.<sup>a</sup> del artículo 140.1 recoge un gran número de cuestiones complejas cuya interpretación no es unívoca, generando dudas y, con ello, inseguridades. A pesar del tiempo transcurrido desde su introducción en el año 2015, siguen existiendo los mismos recelos ante esta hipercualificación, algunos ya apuntados anteriormente y otros provenientes de su escaso rodaje a nivel jurisprudencial.

Respecto de la justificación de esta circunstancia, rechazo que lo sea la mayor peligrosidad criminal del sujeto o el mayor reproche que merezca el autor. La primera, porque no todos los supuestos de asesinatos posteriores al delito sexual están comprendidos en la hipercualificación, ni todos los delincuentes sexuales son sujetos peligrosos criminalmente. Es más, si se admitiera esta supuesta peligrosidad, tampoco sustentaría la presencia de la circunstancia 2.<sup>a</sup>, del art. 140.1, pues la prisión permanente revisable solo se vincula al sujeto que lleve a cabo el asesinato de manera subsiguiente al delito sexual. Por su parte, basar la justificación de la hiperagravación en el mayor reproche que merece el autor no resulta tampoco convincente, ya que no explica por qué merecería mayor pena matar posteriormente a un delito sexual que a otro delito (por más que sus bienes jurídicos tengan el mayor rango). Desde mi punto de vista, la justificación parece encontrarse en el mayor desvalor del acto y, concretamente, en un mayor desvalor del resultado, basado en la pluralidad de delitos y de bienes jurídicos afectados.

En el estudio de la circunstancia, y comenzando por el término «subsiguiente», se ha partido de su significado de acuerdo al diccionario de la RAE. En este sentido, el asesinato debe ser inmediato al delito sexual, es decir, que exige una inmediatez espaciotemporal, pues resulta difícil cometer los dos

delitos en lugares diferentes e inmediatos. Por consiguiente, el papel principal lo juega únicamente el tiempo, el momento y la consecución. Esto último nos lleva a que el delito de asesinato debe ser sucesivo, es decir, que la muerte no debe producirse como consecuencia de la violencia exigida durante la comisión del delito sexual. Ahora bien, lo fundamental es determinar el grado de inmediatez. La interpretación del término «subsiguiente» debe llevarse a cabo junto con la del término «hecho». Este «hecho» es el delito posterior que se inicia con la acción de matar y, siendo esta subsiguiente, debería determinar la apreciación de la circunstancia. No debe ser el resultado de muerte el que determine la aplicación de la hipercualificación. De acuerdo con esta interpretación, la inmediatez espaciotemporal debe precisarse: si lo que debe ser subsiguiente es la acción de matar y no el resultado de muerte, entre la agresión sexual y la acción de matar debe haber una sucesión concatenada no solo temporal sino también espacial, pero el resultado de muerte podrá producirse en otro lugar al de la realización de la acción.

La circunstancia 2.<sup>a</sup> del artículo 140.1 exige que el hecho sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual. Esta referencia al delito contra la libertad sexual ha dejado de ser polémica con la modificación efectuada en la rúbrica del título VIII del Código Penal, a través de la L.O. 10/2022, de 6 de septiembre. Dicha ley modifica la rúbrica anterior, desapareciendo de la misma la referencia a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido en relación a menores y personas con discapacidad. Actualmente el título queda determinado únicamente por la libertad sexual como bien jurídico de referencia. Este hecho determina ya su concordancia con la referencia realizada en el artículo 140.1, 2.<sup>a</sup>.

La redacción de la hiperagravación requiere que el autor del delito sexual sea quien lleve a cabo el delito de asesinato, es decir, el sujeto debe ser autor de los dos delitos, entendiendo la autoría en un sentido estricto (dejando al margen la participación y comprendiendo en el concepto de autor las diversas formas de autoría).

La redacción del texto alude a la víctima sin mayores exigencias. Por tanto, las dos primeras hipercualificaciones del artículo 140.1 podrán concurrir conjuntamente (dándose los restantes requisitos de cada una de ellas). Respecto de la compatibilidad de la alevosía por desvalimiento y la apreciación de la circunstancia 1.<sup>a</sup> del artículo 140.1, de las dos líneas interpretativas del Tribunal Supremo considero más acertada la más restrictiva, que entiende que en los casos en los que la edad de la víctima (niños de poca edad, ancianos), enfermedad o discapacidad determinen por sí solas la alevosía, no podrá apreciarse el asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1.<sup>a</sup>, pues se produciría una conculcación del principio *non bis in idem*.

La cualificación 1.<sup>a</sup> del artículo 140.1 no puede concurrir con la cualificación 3.<sup>a</sup> del artículo 180 si queremos evitar un *bis in idem*; no obstante, el ámbito de actuación de esta última cualificación es más amplio que el establecido para el asesinato, ya que la situación de especial vulnerabilidad

puede establecerse por razón de la edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, sin necesidad de que esta última sea similar a la edad, enfermedad o discapacidad.

Por último, y respecto de la relación concursal entre la circunstancia 4.<sup>a</sup> del art. 139.1 y la 2.<sup>a</sup> del artículo 140.1, hemos analizado las distintas posturas habidas hasta el momento. En relación a la mantenida por nuestra jurisprudencia y a la última sentencia en donde nuestro Tribunal se ha pronunciado al respecto, se consideran ambas circunstancias compatibles, no existiendo un problema de *bis in ídem* entre ambas sobre la base de entender que el desvalor de la primera estriba en la trivialización de la vida humana por parte del sujeto, mientras que el desvalor de la segunda descansa en el ataque simultáneo a dos bienes jurídicos de especial significación como son la libertad sexual y la vida. Y precisamente este hecho (convergencia de un ataque simultáneo a los dos bienes jurídicos) hace que, de todos los supuestos en donde el asesinato se lleve a cabo para facilitar o encubrir un delito precedente, si el delito que antecede es contra la libertad sexual, la respuesta penal debe ser la más severa.

La doctrina no mantiene una postura uniforme. Para un sector, no existen problemas de concurrencia, al carecer ambas circunstancias de una estructura y naturaleza común: mientras que la circunstancia 4.<sup>a</sup> del art. 139.1 descansa sobre el móvil del autor, la circunstancia 2.<sup>a</sup> del art. 140.1 se apoya sobre elementos objetivos. En cambio, hay otras líneas doctrinales que consideran que entre ambas se establece un concurso de leyes que debe resolverse por especialidad o subsidiariedad. Desde mi punto de vista, la aplicación del principio de especialidad es la interpretación más correcta: la circunstancia 2.<sup>a</sup> del art. 140.1 es más específica que la 4.<sup>a</sup> del art. 139.1, pues esta última descansa solo en el móvil del autor, mientras que la circunstancia 2.<sup>a</sup> va exigir que el asesinato posterior sea inmediato, cometido por el autor del delito precedente y que este lo sea contra la libertad sexual, admitiendo tanto los casos de autoencubrimiento como otros móviles o la carencia de ellos. Luego lo significativo aquí no es el móvil, sino el bloque delictivo.

La conjunción de un delito sexual y un delito contra la vida es especialmente desaprobada por el legislador, de tal modo que concurriendo únicamente ambas circunstancias el hecho deberá calificarse como homicidio cualificado (art. 138.2.<sup>a</sup>): el art. 140.1. 2.<sup>a</sup> entrará en juego en los casos en los que en la muerte se haya apreciado cualesquiera de las tres primeras circunstancias del art. 139.1. Finalmente, en los casos en los que concurren la circunstancia 4.<sup>a</sup> junto con otra u otras del art. 139.1 y la circunstancia 2.<sup>a</sup> del art. 140.1, de acuerdo al principio de especialidad, se apreciará esta última frente a la de autoencubrimiento, calificándose el hecho como asesinato hiperagravado.

En definitiva, hemos querido poner de manifiesto todos los defectos encontrados y problemas advertidos en una circunstancia cuyo origen descansa en la necesidad de encontrar acomodo a la pena de prisión permanente revi-

sable. Desde esta posición, se trataría de asignar el máximo castigo a los supuestos de mayor gravedad. Sobre tal premisa se ha llevado a cabo la interpretación de una circunstancia que, por la pena que conlleva, debería haber sido redactada de una forma mucho más precisa.

## 9. Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M.:** «Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.): *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, 2022, pp. 39-83.
- ALONSO ÁLAMO, M.:** «La reforma del homicidio doloso y el asesinato por LO 1/2015», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 117, 2015, pp. 5-50.
- ARIAS EIBE, M. J.:** «La circunstancia agravante de alevosía: estudio legal, dogmático penal y jurisprudencial», en *RECPC*, n.º 7, 2005, pp. 03:1-03:36.
- CUENCA GARCÍA, M. J.:** «Problemas interpretativos y de «non bis in idem» suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 118, 2016, pp. 115-150.
- DÍAZ GÓMEZ, A.:** «Delitos sexuales y menores de edad: Una aproximación basada en las personas privadas de libertad en la isla de Gran Canaria», en *RECPC*, n.º 19, 2017, pp. 1-51.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.:** «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», en *RECPC*, n.º 21, 2019, pp. 1-29.
- «Libertad sexual y Ley Penal», en REDONDO ILLESCAS, S. (coord.): *Delincuencia sexual y sociedad*, Ariel, 2002, pp. 107-142.
- ESQUINAS VALVERDE, P.:** «La regulación del homicidio doloso y el asesinato tras la reforma del CP por la LO 1/2015: análisis de su aplicación en la jurisprudencia más reciente», en *La Ley Penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 149, 2021.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, G.:** «Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el derecho español contemporáneo», en *Misión Jurídica*, vol. 12, n.º 16, 2019, pp. 163-195.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P.:** «La repercusión de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio (de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia), en la protección reforzada de los menores de edad en el Código Penal», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 37, 2022, pp. 1-48.

- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. / GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L.:** *Investigación criminal. Principios, técnicas y aplicaciones*, LID, 2015.
- MORALES HERNÁNDEZ, M. A.:** «Análisis de los tipos penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidos en el artículo 180 del Código Penal», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / ESQUINAS VALVERDE, P. (dir.): *Los delitos contra la libertad e indemnidad a examen: propuestas de reforma*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 89-137.
- MUÑOZ CONDE, F.:** *Derecho Penal. Parte Especial*, 21.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, 2017.
- *Derecho Penal. Parte Especial*, 24.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, 2022.
- MUÑOZ CUESTA, J.:** «Asesinato: muerte causada para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2018, pp. 9-14.
- MUÑOZ RUIZ, J.:** «Capítulo undécimo. Delitos contra la vida y la integridad física», en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, 2015, pp. 335-373.
- ORTS BERENGUER, E.:** *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, 1995.
- PEÑARANDA RAMOS, E.:** «Delito de asesinato: arts. 139, 140 y 140 bis CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 485-510.
- «Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal», en VV. AA., *Modificaciones sustantivas en el Derecho penal y el Estatuto de la víctima*, Universidad de Deusto, 2017, pp. 13-45.
- REDONDO ILLESCAS, S.:** «Delincuencia sexual: mitos y realidades», en REDONDO ILLESCAS, S. (coord.): *Delincuencia sexual y sociedad*, Ariel, 2002, pp.
- SÁNCHEZ DAFUACE, M.:** «Libertad e indemnidad sexuales: arts. 178 y 180», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, 2010.
- SANZ MORÁN, A.:** «La reforma de los delitos contra la vida», en MAQUEDA ABREU, M. L. / MARTÍN LORENZO, M. / VENTURA PÜSCHEL, A. (coords.); DE TOLEDO y UBIETO, E. O. (hom.), *Derecho Penal para un Estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 821-838.



**SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, J. L.:** «Delito contra la libertad sexual y muerte dolosa «subsiguiente» agravada», en *InDret*, 2022, pp. 43-79.

— «Los nuevos tipos de muerte dolosa agravada por ser subsiguiente a delito contra la libertad sexual» en CANCIO MELIÁ, M. y OTROS (eds.): Libro Homenaje al prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. 2, UAM, 2019, pp. 219-224.

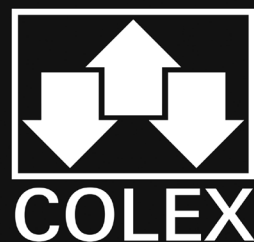
**SIERRA LÓPEZ, M. V.:** «Homicidio y asesinato: las modificaciones previstas en las últimas reformas legislativas (El Proyecto de Reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013)», en *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 33, 2014, pp. 127-164.

**SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.:** «Del homicidio y sus formas (Arts. 138 y ss.)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch





# CÓDIGOS COMENTADOS



LA  
EDITORIAL  
JURÍDICA  
DE  
REFERENCIA  
PARA LOS  
PROFESIONALES  
DEL  
DERECHO  
DESDE  
**1981**

DESCUBRA MÁS OBRAS EN:

[www.colex.es](http://www.colex.es)

Editorial Colex SL    Tel.: 910 600 164    [info@colex.es](mailto:info@colex.es)



# LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA LEY DEL «SOLO SÍ ES SÍ»

La aprobación de la *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, conocida coloquialmente como la **Ley del «solo sí es sí»**, responde, tal y como en su preámbulo se indica, a una serie de movilizaciones y acciones públicas promovidas por el movimiento feminista que, en consideración del legislador penal español, han dado mayor visibilidad a las violencias sexuales contra las mujeres. Esta ley ha supuesto una reforma en profundidad de los delitos sexuales, en la que resulta especialmente destacable la eliminación de la distinción entre abusos y agresiones sexuales.

En esta obra, especialistas en la materia abordan los aspectos más trascendentales de las modificaciones realizadas y el cambio de perspectiva que las mismas representan. Así, entre otras cuestiones, se analiza la nueva configuración del consentimiento, la creación de los tipos cualificados de utilización de psicóticos y narcóticos y por la existencia de una relación de pareja entre los sujetos implicados. También son objeto de estudio las reformas implementadas para mejorar la protección de las víctimas de los delitos sexuales y las implicaciones que todas estas cuestiones tienen en materia procesal. Finalmente, se ofrece una visión general de los puntos clave de la reforma propiciando que el lector esté en condiciones de tener una opinión propia basada en conocimientos académicos debidamente fundamentados.

---

## DIRECCIÓN

Pastora García Álvarez y Viviana Caruso Fontán.

## COORDINACIÓN

Marta Rodríguez Ramos

## AUTORES

Beatriz Escudero García-Calderón; Carmen López Peregrín; Eduardo Ramón Ribas; Jara Bocanegra Márquez; Justa Gómez Navajas; M.<sup>a</sup> del Valle Sierra López; Manuel José García Rodríguez; María Marta González Tascón; Nuria Torres Rosell; Pastora García Álvarez y Viviana Caruso Fontán.

ISBN: 978-84-1359-900-7



9 788413 599007