



Trabajo Fin de Grado

El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual con especial referencia a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual

Autora

Victoria Claudia Gómez Alfonso

Director

Dr. Miguel Ángel Boldova Pasam

Facultad de Derecho

Curso 2023-2024

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
I. INTRODUCCIÓN	6
1. Cuestión tratada en el trabajo de fin de grado	6
2. Razón de la elección del tema y justificación de su interés.....	6
3. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo.....	7
II. CONSENTIMIENTO.....	7
1. Definición del consentimiento y su contextualización .	7
2. Teorías monista y dualista	8
2.1. Consentimiento como causa de justificación	9
2.2. Consentimiento como causa de atipicidad. Teoría dominante.....	9
2.3 Requisitos esenciales del consentimiento válido..	10
2.4 Efectos jurídicos del consentimiento	12
2.5 Análisis doctrinal y jurisprudencial del consentimiento	14
A) Intimidación o prevalimiento.....	15
B) El caso de La Manada	15
C) Otros casos destacables	17
D) Doctrinas del consentimiento negativo y afirmativo.....	18
III. LEY ORGÁNICA 10/2022, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL.....	20
1. Presupuestos.....	20
A) Adecuación de la legislación española al Convenio de Estambul.....	20
B) Evitar los riesgos por victimización secundaria o Revictimización	21
2. Diferencias con la regulación anterior	21
A) Equiparación legal de los medios comisivos: subsunción del abuso sexual en el tipo de la agresión sexual.....	21
B) Novedades en los tipos agravados de agresión sexual	23

3. Consecuencias de su aplicación y contrarreforma.....	26
A) Excepción al principio de irretroactividad penal. ..	26
B) La retroactividad de la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual	26
C) Declaración de la víctima como única prueba de cargo	28
D) Contrarreforma del delito de agresión sexual por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril	31
VI. CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO	34
1. Portugal.....	34
2. Italia	34
3. Francia	35
4. Alemania.....	35
V.CONCLUSIONES	36
VI. BIBLIOGRAFÍA	38
VII. WEBGRAFÍA.....	41
VIII. LEGISLACIÓN.....	42
XI. JURISPRUDENCIA	43

LISTADO DE ABREVIATURAS:

1. Art. (artículo)
2. AP (audiencia provincial)
3. CP (Código Penal)
4. CGPJ (consejo general del poder judicial)
5. CE (constitución española)
6. DT (disposición transitoria)
7. L (ley)
8. LO (ley orgánica)
9. LECrim (ley de enjuiciamiento criminal)
10. S (sentencia)
11. TC (tribunal constitucional)
12. TS (tribunal supremo)

RESUMEN

En el presente Trabajo de fin de Grado se muestra un análisis de la regulación de los delitos de violencia sexual. El mismo incluye el examen detallado de la regulación vigente en atención a las últimas reformas, destacando la forma de entender el consentimiento en estos delitos y la eliminación de la figura del abuso sexual. Para ello, se expone un análisis del caso de “La Manada” y el estudio de la LO de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Con este análisis se pretenden dos objetivos. Por un lado, adoptar una perspectiva crítica y argumentada sobre la reforma penal pretendida. Por otro lado, concluir cuáles son los aspectos que, efectivamente, podrían ser modificados en la regulación para paliar el problema de la violencia sexual.

PALABRAS CLAVE

Agresión sexual, consentimiento, reforma, Código Penal, violencia, intimidación, víctima, inocencia.

ABSTRACT

This end-of-degree project shows an analysis of the sexual violence crimes regulation. It includes the detailed examination of the actual regulation in accordance with the last reforms and the exposition of the existent discussion about how to understand the consent in these crimes and the elimination of the legal figure of sexual abuse. This aim is accomplished through a thorough study of “La Manada” case and of the “LO de Garantía Integral de la Libertad Sexual”. By doing so, two proposes are tried to be achieved. On the one hand, to take a critical and thoughtful stand about the pretended penal reform. On the other hand, to conclude which of the aspects that could be indeed modified in the regulation to lessen the sexual violence problem.

KEY WORDS

Sexual aggression, consent, reform, Criminal Code, violence

I. INTRODUCCIÓN

1. Cuestión tratada en el trabajo de fin de grado

En la actualidad se puede observar un gran crecimiento en la participación de la ciudadanía sobre cuestiones jurídicas, así como en el interés que algunos asuntos, relativos al Derecho Penal y su regulación, han suscitado. Esto es, como consecuencia del papel que los medios de comunicación han desempeñado en algunos procesos judiciales bastante polémicos que se han politizado. Este es el caso de los delitos contra la libertad sexual, pues, como causa del impuso feminista que se ha producido, así como por la incesante mención que han realizado ciertos partidos políticos, se ha terminado reformando el CP en este sentido. Me estoy refiriendo, sobre todo, al caso La Manada, pero también a algunos otros más recientes todavía como el caso Rubiales o el caso Vermut.

El título del trabajo ya incita a comprender la base sobre la que va a girar en todo momento, el consentimiento. Este controvertido concepto va a ser desarrollado de manera amplia al entender que es justamente el elemento sobre el que gira la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual que reforma el CP.

El consentimiento como concepto no puede entenderse sin un aspecto procesal relevante: la prueba. La forma en la que se prueba el consentimiento puede marcar un punto de inflexión en el debate actual.

Finalmente, estudiaré la redacción de la LO 10/2022 por su estrecha relación con sus implicaciones en la forma de entender el consentimiento.

2. Razón de la elección del tema y justificación de su interés

El Derecho penal es uno de los cuerpos normativos que más relevancia ostenta frente al resto, como consecuencia de su incidencia en la sociedad. Este Derecho, y, en concreto, el ámbito Penal, está directamente relacionado con el orden y el control de la sociedad, al evitar en gran magnitud, el ejercicio de la violencia privada.

Al mismo tiempo, y en relación con lo anterior, los Delitos contra la Libertad Sexual han suscitado un gran interés en la población estos últimos años que han dado lugar a diversas críticas contra el modelo normativo actual. De esta manera, se ha llegado a aprobar la LO

10/2022 que ha modificado la redacción del CP en consonancia con las reivindicaciones que una parte de la sociedad lleva exigiendo desde hace un tiempo. Sin embargo, otros sectores, contrarios a la reforma, entendían que los anteriores preceptos se ajustaban a la realidad social. Los detractores de la reforma hacían referencia al hecho de que la tasa de criminalidad en torno a estos delitos sexuales no representa un problema estructural que deba alarmar de tal forma como para llevar a cabo una reforma sustancial del CP referente a este tipo de delitos.

3. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo

El presente trabajo se ha desarrollado mediante distintas pautas que han permitido llegar a un conocimiento pormenorizado de la materia sobre la que se realiza.

En primer lugar, el aspecto clave, he realizado un estudio sobre la normativa que regula este tipo de delitos, así como sobre aquellas normas que desarrollan delitos semejantes. Su comparación puede ser positiva para comprender de manera más amplia el modelo normativo común a todos los delitos contra la libertad sexual.

En segundo lugar, he llevado a cabo un proceso de búsqueda de información, empezando por sentencias cuyo tema central tiene relación con la materia elegida. Expongo a modo de ejemplo algunas de interés que, más adelante, procederé a analizar, como la STS, (Sala Segunda), del 4 de julio de 2019 (caso La Manada), la STS, (Sala Segunda), del 30 de noviembre de 2022 (caso Arandina), la SAP de Castellón, (en adelante SAP), (Sección Segunda), del 22 de marzo de 2002, la STS, (Sala Segunda), del 14 de junio de 2004, y la SAP de Córdoba, (Sección Segunda), del 16 de abril de 1996.

Para acabar, he leído diversos escritos publicados en diferentes periódicos y revistas, así como libros publicados por profesionales del Derecho, tanto a nivel estatal, como a nivel de la Unión Europea, permitiendo un estudio de Derecho Comparado. He examinado el conjunto de la información realizando una reestructuración y posterior elección de la que guarda relación en torno al estudio para proceder a la redacción del Trabajo de Fin de Grado.

II. CONSENTIMIENTO

1. Definición del consentimiento y su contextualización

Las modificaciones de los delitos sexuales en Europa se van sucediendo, a raíz de la celebración del Convenio de Estambul. Parece evidente que nuestro legislador ha tenido muy en cuenta el modelo belga. En junio de 2022, se introdujo el consentimiento, en este modelo, de la siguiente manera “todo acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza y por cualquier medio, cometido sobre una persona que no da su consentimiento sería un delito de violación, además, no se considerará que ha habido consentimiento, en particular, cuando el acto haya sido impuesto mediante violencia, coacción o engaño (...)”.

En el anteproyecto de LO que propuso el Gobierno, la redacción del consentimiento está en negativo en el Art. 178.1 CP. “Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes, inequívocos, conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”. Según PUIG PEÑA, F.¹, se basa en “el consentimiento por el sujeto pasivo a que el sujeto activo realice un acto que daña los bienes del primero y puede ser incardinado en un tipo delictivo”.

2. Teorías monista y dualista

Como bien analiza LUZÓN PEÑA, D.M.², actualmente podemos distinguir dos teorías acerca del consentimiento, una teoría monista y otra dualista. La teoría monista considera el consentimiento siempre como causa de justificación. Mientras que, la dualista distingue entre causa de justificación o atipicidad, en función del tipo penal y sus requisitos típicos.

¹ PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal III. Parte Especial*, 4º edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 65. “(...) consiste en la aceptación por el sujeto pasivo de la realización por el sujeto activo de un acto lesivo en bienes del primero susceptible de ser incardinado en un tipo de delito.”

² LUZÓN PEÑA, D.M., *El Anteproyecto de CP 1992: Observaciones de urgencia*, 5º edición, ARANZADI, Madrid, 1991, p. 25. “El acuerdo existe en los delitos que describen una acción contra la voluntad del afectado. El acuerdo del afectado excluye el delito.”

Según LUZÓN PEÑA, D.M.³, “el acuerdo opera en aquellos tipos que describen una actuación contra la voluntad del afectado, el acuerdo de éste excluye la tipicidad”. En el resto de delitos contra bienes personales, el consentimiento opera como causa de justificación. En nuestra doctrina, no se hace distinción entre acuerdo o consentimiento, se utiliza únicamente éste último término.

2.1 Consentimiento como causa de justificación

En contraposición a la teoría del consentimiento como causa de atipicidad, se da otra corriente que considera el consentimiento como causa de justificación. El tipo penal ha nacido, pero el sujeto pasivo tolera el ataque al bien jurídico protegido del que es titular y renuncia a su protección jurídico penal.

Su fundamento se encuentra en la prelación de la libertad de actuación de la voluntad frente al desvalor de la acción y del resultado de la puesta en peligro o lesión de los bienes jurídicos implicados en estas situaciones.

Para la aplicación de las causas de justificación es elemento subjetivo esencial que el sujeto actúe con consciencia y voluntad de estar amparado por la misma. El Art. 155 CP contempla la atenuante si el sujeto pasivo es mayor de edad y capaz.

2.2 Consentimiento como causa de atipicidad. Teoría dominante

El delito de agresión sexual necesita de la oposición de la víctima al mismo para que el ilícito pueda constituirse. El consentimiento de la víctima neutraliza la esencia misma del delito, y, por tanto, no se produce el hecho típico. Como afirma DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.⁴, entiende la doctrina dominante que en los delitos en que el bien jurídico protegido es la libertad individual en sus diversas vertientes (como en los delitos contra la libertad sexual) la presencia de consentimiento excluye la concurrencia del injusto específico del tipo al exigir como elemento negativo la ausencia del mismo. Existen tipos especiales en los que

³ LUZÓN PEÑA, D.M., *El Anteproyecto de CP 1992...* cit., p. 25. “El acuerdo existe en los delitos que describen una acción contra la voluntad del afectado. El acuerdo del afectado excluye el delito”.

⁴ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *Delitos contra...* cit., pp. 20-80

el ordenamiento jurídico reconoce al titular una facultad dispositiva sobre el bien jurídico. Así ocurre, por ejemplo, en los delitos de agresión sexual (Arts. 178 y ss. CP). Esta referencia en algunos tipos penales al consentimiento hace que se le considere como causa de exclusión de la tipicidad.

Enmarcado el consentimiento como elemento integrante de la tipicidad, el mismo se puede definir. Según ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, B.⁵, “el consentimiento constituye un elemento negativo del tipo”.

Se define el consentimiento como la expresión de la voluntad de participar en una relación sexual, expresión que puede adoptar formas muy variadas y puede ser un comportamiento verbal o no verbal. El “American Law Institute” rechazó esta definición por resultar demasiado cercana al modelo del consentimiento afirmativo, de forma que el mismo terminó por definirse como la voluntad de una persona de participar en un acto sexual específico, y que puede ser expreso o inferido de la conducta de la persona.

Por último, quiero destacar que, en la regulación española previa a la reforma del CP no había una definición de consentimiento. Pero, con la entrada en vigor de la LO 10/2022, se reforma el CP, pasándose a incluir la definición del consentimiento, a la que he hecho referencia, en el Art. 178.1 CP. Apunta MALÓN MARCO, A.⁶, que dicha definición se diferencia fundamentalmente de las anteriores en que solo en ésta última aparece la idea de un consentimiento inequívoco.

2.3 Requisitos esenciales del consentimiento válido

Los requisitos de validez y eficacia del consentimiento según PUIG PEÑA, F.⁷, son objetivos y los subjetivos.

Desde un punto de vista objetivo:

⁵ ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, B., *El consentimiento en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 30. “La voluntad del titular de un bien jurídico de permitir que un tercero afecte al bien jurídico que le pertenece, bien si el titular se limita a soportar esa injerencia, o bien si es el propio titular el que desea que la misma tenga lugar”.

⁶ MALÓN MARCO, A., *La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 200-220

⁷ PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal III...* cit. p. 65.

En primer lugar, como señala DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.⁸, es necesario para considerar la existencia de un consentimiento válido que la persona otorgante goce de capacidad natural de juicio y de comprensión suficiente para conocer en el caso concreto trascendencia que para el bien jurídico supone la prestación del consentimiento.

En segundo lugar, es necesario que el consentimiento se manifieste de forma libre y voluntaria, sin que se induzca a error a la víctima o se otorgue mediante engaños o coacciones. Como afirma DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.⁹, se entiende que hay vicio cuando el consentimiento se ha obtenido con violencia, intimidación o prevalimiento. También señala dicho autor que se entiende viciado si se basa en error, tanto si el mismo afecta a la conciencia de disposición del propio bien jurídico, como si afecta a los motivos que llevan a consentir. ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, B.¹⁰, va más allá afirmando que “todos los vicios que hayan concurrido al tiempo de prestar el consentimiento afectarán a su eficacia dependiendo de si han motivado o no el otorgamiento”.

En tercer lugar, el hecho delictivo tiene su razón de ser en la negación de la víctima al hecho que se produce. Este elemento plantea problemas en los casos donde no ha existido una oposición expresa por parte de la víctima al acto sexual. (caso La Manada, caso Rubiales).

En cuarto lugar, el bien jurídico lesionado debe ser individual y de libre disposición de la víctima. Como señala PUIG PEÑA, F.¹¹, el consentimiento puede verse como un acto del libre desarrollo de la personalidad y estar tutelado por el Art. 10.1 de la CE.

En quinto lugar, se pronuncia DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.¹² en el sentido de que el consentimiento debe ser otorgado anterior o simultáneamente a la ejecución de la

⁸ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *Delitos contra...* cit., pp. 20-80

⁹ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *Delitos contra...* cit., pp. 20-80

¹⁰ ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, B., *El consentimiento en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 30-40. “(...) cuando el consentimiento se ha obtenido con violencia, intimidación o prevalimiento, está viciado. También está viciado si se ha obtenido mediante error que afecta, bien a la conciencia de disposición del bien jurídico, bien a las razones que llevan a consentir. Además, se considera viciado si se ha obtenido mediante coacción o engaño”.

¹¹ PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal III...* cit., pp. 60-80

¹² DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *Delitos contra...* cit., pp. 20-80

conducta sexual. Si el consentimiento es expresado con posterioridad a la injerencia, se trata de un posible perdón del ofendido. Perdón que como afirma DÍAZ MORGADO¹³, C.¹⁴, pues no impide la continuación del procedimiento penal ni la actuación acusatoria del Ministerio Fiscal.

Desde un punto de vista subjetivo:

En primer lugar, el consentimiento debe concederlo la víctima. Como recuerda ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, B.¹⁵, es menester destacar que en ocasiones la voluntad del titular del bien existe, pero no puede considerarse eficaz, como ocurre en el delito de agresiones sexuales contra menores de dieciséis años (Art. 181.1 CP).

En segundo lugar, el consentimiento puede concederlo la víctima en persona o por medio de un representante legal. Lo esencial en el consentimiento penal, como asegura PUIG PEÑA, F.¹⁶, es que la víctima manifieste voluntariamente su conformidad con los actos del agresor. Por lo que dicha manifestación debe ser expresa y no caben interpretaciones sobre la misma.

Como señala MUÑOZ CONDE, F.¹⁷, también cabe el consentimiento tácito. Según LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.¹⁸, se admite por la mayoría de la doctrina la validez y eficacia del consentimiento tácito a través de actos concluyentes. Esta posibilidad de otorgamiento de un consentimiento tácito cobra gran importancia en los delitos contra la libertad sexual, porque la voluntad o el deseo de los participantes suele exteriorizarse mediante actos concluyentes.

¹³ DÍAZ MORGADO, C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1º edición, ARANZADI, Madrid, 2021, p. 326. “(...) el consentimiento prestado tras la realización de la conducta sexual opera como un perdón que no impide la acción acusatoria del Ministerio Fiscal”.

¹⁵ ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, B., *El consentimiento...* cit., p. 42. “El consentimiento de un menor de dieciséis años, aunque exista, se considera ineficaz”.

¹⁶ PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal III...* cit., pp. 60-80

¹⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 40-50

¹⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El consentimiento en el Derecho Penal*, 2º edición, Dykinson, Madrid, 1999, p. 54. “la teoría dominante es la intermedia, que requiere que el consentimiento haya sido reconocible externamente de algún modo, pero sin la necesidad de exigir una declaración de voluntad”.

Respecto del consentimiento presunto, señala ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, B.¹⁹, que despliega sus efectos en casos en que un tercero realiza una injerencia sabiendo que no cuenta con el consentimiento eficaz del titular, pero existe una situación de urgencia que le impide esperar a obtenerlo sin que exista un elevado riesgo. En este sentido, no puede entenderse que quepa el consentimiento presunto en los delitos contra la libertad sexual, pues en estos casos no concurre el elemento objetivo de existencia de un riesgo de lesión del bien jurídico de la libertad sexual. En esto coincide ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, B.²⁰, que, como DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.²¹, también entiende que el consentimiento puede ser revocable en cualquier momento.

2.4 Efectos jurídicos del consentimiento

El momento de prestar el consentimiento tiene consecuencias diversas en función de cuando se haya otorgado para que efectivamente dote de validez al mismo. Este puede haber sido prestado *ex ante facto*- es decir, antes de que tenga lugar la acción típica-, *in facto*- que el consentimiento tenga lugar durante el desarrollo de la acción típica-, o *post facto*- es decir, una vez la acción típica se ha llevado a cabo- siendo estos dos últimos los que más controversia generan a la hora de realizar la pertinente valoración.

Parte de la doctrina, entre los que se encuentra CASAS BARQUERO, E.²², entiende que “el consentimiento ha de ser prestado antes de la realización del acto que se autoriza y ha de persistir su validez cuando comienza la acción”. Pero esto no obsta a que el consentimiento, una vez prestado *ex ante* y con total validez, pueda ser anulado o revocado en cualquier momento por el sujeto pasivo. El problema que se produce en este momento es que, al entenderse el asentimiento de la voluntad por el sujeto pasivo desde

¹⁹ ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, B., *El consentimiento...* cit., pp. 5-30

²⁰ ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, B., *El consentimiento...* cit., pp. 5-30

²¹ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *Delitos contra...* cit., pp. 20-80

²² CASAS BARQUERO, E., *El consentimiento en el Derecho Penal*, Bosh, Barcelona, 1987, pp. 31 y 32

que se otorga el consentimiento- desde un momento presente hacia un momento futuro-, el sujeto pasivo no podrá proteger el bien jurídico con efecto de regreso, si no revocó el consentimiento antes de que se iniciara la realización del hecho en cuestión- manteniendo la conducta realizada por el autor o autores, una configuración atípica para la teoría del delito-.

Autores como ROXIN C.²³ creen que, si el consentimiento ha sido prestado con posterioridad al comienzo del hecho, pero antes de que éste haya sido consumado, estaríamos ante un caso de tentativa- ya que se produce efectivamente la realización típica del hecho.

En todo caso, el consentimiento otorgado con posterioridad a la acción podrá ser considerado como circunstancia judicial favorable para el autor, llegando *-ad casum-* a poder suponer una reducción proporcional de la pena para éste.

En cuanto a los modos de prestación de consentimiento se refiere, el consentimiento expreso o explícito puede otorgarse a través de tres formas jurídicas básicas- escrito, verbal y mecánico o gestual-.

El consentimiento escrito es más formalista y su validez y análisis resultan mucho más sencillos dadas las características intrínsecas de su forma. Pero, es preciso matizar que es muy poco frecuente que, en el contexto de los actos sexuales, se produzca un consentimiento escrito al acto sexual.

El consentimiento verbal se caracteriza por ser mucho más informal e interpretativo sobre las ideas de los individuos. Este tipo de consentimiento resulta ser más complicado de interpretar, dada la dificultad probatoria en algunos casos, y el contexto en el que se haya otorgado en otros. De esta manera, podemos decir que, para que este modo de prestación de consentimiento pueda tener validez, es necesario, de forma indispensable, que se haya producido el consentimiento *strictu sensu* y que su manifestación pueda ser entendida de forma clara y concisa.

²³ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos La estructura de la teoría del delito*, 5ª edición, Aranzadi, Madrid, 1997, p. 517. “Si el consentimiento se presta durante el acto sexual, pero antes de que sea consumado, se comete un delito de agresión sexual en grado de tentativa”.

En relación con el consentimiento manifestado de forma mecánica o gestual, esta forma de expresión genera multitud de problemas debido a las diferentes connotaciones que puede derivar su interpretación. Resultará realmente complicado probar que efectivamente dicha actuación mecánica tuvo lugar.

2.5 Análisis doctrinal y jurisprudencial del consentimiento

Para abordar esta cuestión considero necesario señalar que entro de los delitos contra la libertad sexual existe el tipo básico de agresión sexual, ex Art. 178 CP, la violación como tipo agravado de agresión sexual, ex Art. 179 CP, y los demás tipos agravados de agresión sexual del Art. 180 CP.

Como aprecia LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.²⁴, entre una agresión sexual y un acto sexual atípico, media únicamente el consentimiento de la víctima. Por lo tanto, la ausencia del mismo da lugar al delito. En la regulación actual, explícitamente se hace referencia a la voluntad del sujeto pasivo en el Art. 178 CP. Como señala BOLDOVA PASAMAR²⁵, M.Á., el Art. 178 CP recoge el tipo básico del delito de agresión sexual. Consiste en la existencia de una acción sexual realizada sin el consentimiento del sujeto pasivo y cuyos sujetos activo y pasivo pueden ser cualquier persona.

A) Intimidación o prevalimiento

El principal dilema doctrinal que se ha paliado con la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual era la complicada diferenciación entre el delito de agresión sexual con intimidación, antes tipificado en el Art. 178.1 CP, y el delito de abuso sexual con prevalimiento, antes tipificado en el Art. 181.3 CP. La figura del prevalimiento en los

²⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El consentimiento...* cit., pp. 30-50

²⁵ BOLDOVA PASAMAR, M.Á., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I, Derecho Penal, Parte Especial conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, ROMEO CASABONA (coord.), SOLA RECHE (coord.), BOLDOVA PASAMAR (coord.), Comares, Granada, 2016, pp. 30-55

anteriores delitos de abusos sexuales era de vital importancia, porque determinaba que el consentimiento otorgado por la víctima no era jurídico – penalmente válido.

En este sentido, quiero referirme a una reciente STS, (Sala Segunda), del 29 de abril de 2021, que destaca el criterio del TS ya enunciado en la STS, (Sala Segunda), del 11 de enero de 2020, “El Código Penal define el prevalimiento con una nota positiva, como aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, con lo que se está expresando la doble exigencia de que exista una situación de superioridad y que ésta sea evidente y, por tanto, eficaz, porque debe coartar efectivamente la libertad de la víctima, y como nota negativa, que lo separa de la intimidación, no tiene que haber un comportamiento coactivo que anule el consentimiento (...)”. Es patente la situación fronteriza con la intimidación sobre todo en el análisis de las concretas situaciones que puedan darse. Esta situación de privilegio o superioridad en la posición de una de las partes frente a la otra en la acción sexual que es aprovechada para coartar la voluntad de la víctima suscitaba cierta problemática. Por lo tanto, cabe concluir en la línea de que, en el delito de abuso sexual por prevalimiento, existe un consentimiento de la víctima, pero está viciado, y, por tanto, no es jurídicamente válido. Mientras que, en el delito de agresión sexual con intimidación, no existe consentimiento alguno por parte de la víctima.

B) Caso de La Manada

El caso que originó la LO 10/2022, conocida como la ley del solo sí es sí, el Caso de La Manada, que dio lugar a la SAP, (Sección Segunda), de Navarra, de 20 de marzo de 2018, después corregida por la STS, (Sala Segunda), de 4 de julio de 2019. La Manada es cómo se conoce al grupo de cinco varones que agredieron sexualmente a una joven en las fiestas populares celebradas en la capital de Navarra en el año 2016.

Lo primero que quiero destacar sobre este caso es el daño que han causado los medios de comunicación al sobreexplotar de una forma abrupta y sin escrúpulos lo acontecido, prolongando en el tiempo, caso de modo obsesivo, el tratamiento informativo del suceso.

Es curioso y triste, como bien relata ACALE SÁNCHEZ, M.²⁶, cómo, en un ejercicio de sátira y puesta en evidencia del cuarto poder por el tratamiento otorgado al caso que nos ocupa, un grupo de artistas- en su sentido amplio de la palabra- terminó siendo enjuiciado por lo que grandilocuentemente los medios informativos, con tal de seguir enganchados al “share” que la manada suponía, anunciaban como El tour de La Manada; tour que nunca existió, pero que los medios informativos nunca se molestaron en constatar.

La AP entendió que se trataba de cinco delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento, *ex* Art. 181.4 CP, en relación con el Art. 74 CP. Esto es, debido a que el delito de agresión sexual, tipificado en aquel momento en el Art. 178 CP- tipo básico- y posteriores Arts. 179 y 180 CP- tipo agravado e hiperagravado respectivamente- en los que se fundamentan las acusaciones, reclaman medios violentos o intimidatorios. Además, a uno de los procesados, se le condenó como autor de un delito leve de hurto, *ex* Art. 234.2 CP.

Estimó el tribunal que los procesados configuraron una situación de preeminencia basada en la superioridad manifiesta sobre la víctima para llevar a cabo los actos de índole sexual, concurriendo un consentimiento viciado al respecto. Según doctrina jurisprudencial, la aludida superioridad debe concurrir en una doble vertiente: por un lado, debe ser notoria y evidente, apreciable desde un plano objetivo; por otro, debe ser eficaz, de forma que tenga una relevancia suficiente para condicionar la voluntad de la persona sobre la que se ejerce. El sujeto activo, consciente de dicha situación de superioridad, se prevale de la misma para conseguir el consentimiento de la víctima. Siendo en cualquier caso ajeno a la descripción típica un comportamiento activo que evidencie oposición por parte de la víctima (caso Nagore Laffage).

La argumentación del tribunal para estimar la concurrencia de superioridad se fundamentó en tres pilares; la entrada súbita y repentina al portal y la conducción de la víctima al habitáculo de escasas dimensiones donde fue rodeada, la diferencia de edad y de condición física de procesados y víctima, y la desigualdad en experiencias sexuales.

²⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas*, 2ª edición, Reus, Madrid, 2019, p. 13. “Es devastador saber hasta dónde llegan los medios de comunicación para exagerar sin miramientos los acontecidos en el caso la manada”.

Sería el TS el que estimaría el primer motivo de recurso del Ministerio Fiscal por inaplicación indebida de los entonces Arts. 178, 179 y 74 CP, y, por ende, los motivos de recurso de la acusación particular a este respecto. El fallo del Alto Tribunal condenó a cada uno de los acusados como autores de un delito continuado de violación, *ex* Arts. 178 y 179 CP, con las agravantes del Art. 180.1 1º y 2º CP. Este fallo es resultado de la interpretación de la intimidación en el caso concreto, y su diferenciación con respecto al prevalimiento.

C)Otros casos destacables

En conexión con el caso La Manada, cabe destacar otros donde también se discutió sobre la existencia o no de consentimiento.

Primero, está la SAP, (Sección Segunda), de Córdoba, de 16 de abril de 1996. Se condenó a los dos hombres como autores de un delito de agresión sexual y cooperadores necesarios en los delitos de su compañero, *ex* Art. 178.1 CP. En este caso, se desestimó claramente la tipificación de los delitos como abusos sexuales. Se consideraba que se había producido un ambiente de intimidación que generó miedo en la víctima, porque los autores del hecho delictivo decidieron cometer el delito de noche, en un descampado, donde transitaba muy poca gente. Así, la víctima decidió no resistirse y colaborar con los agresores para evitar males mayores.

Segundo, está la STS, (Sala Segunda), del 30 de noviembre de 2022 (caso Arandina). El TS condenó a dos de ellos, los más mayores, como autores de dos delitos de abuso sexual, *ex* Art. 181.1, 3 y 4 a) CP. Entendía que no concurría en este caso la intimidación ambiental. Esto es, porque, del interrogatorio de la testigo-víctima no se deducía que la presencia de los tres acusados mientras tenía lugar los atentados sexuales hubiera determinado un vencimiento de su capacidad decisoria para poder apartarse en su caso de ellos y abandonar el inmueble. Absolvió al más joven, porque la diferencia de edad entre éste y la víctima era escasa y su madurez era similar a la de la víctima, con base en el Art. 183 *bis* CP (Cláusula Romeo y Julieta). En este caso no concurría intimidación, pues es necesario tener en cuenta que la víctima conocía a uno de los agresores y había mantenido conversaciones con él.

D) Doctrinas del consentimiento negativo y afirmativo

A día de hoy, sostienen diversos autores, como MALÓN MARCO, A.²⁷, que “el cambio principal en la concepción del consentimiento que se observa en un amplio sector de la doctrina se debió a los defectos que dejaba entrever la regulación previa”. El objetivo principal se dirigía a la unificación y la ordenación de las conductas constitutivas de agresiones sexuales y de abusos sexuales bajo una denominación única, poniendo el acento no ya en las conductas de contenido sexual, sino en los medios comisivos que evidencien la falta de consentimiento de la víctima para la práctica de esas relaciones.

Respecto al delito de agresión sexual, señala ASÚA BATARRITA, A.²⁸, que, a través del tipo básico del Art. 178 CP, el legislador opta por una definición general amplia. Ésta admite, además de los ataques a la libertad sexual de la víctima efectuados por el agresor, otros actos como obligar a ésta a realizar determinadas manipulaciones de contenido sexual sobre sí misma o sobre un tercero. En este sentido, destaca la autora que hay acuerdo de la doctrina en que las conductas incluidas en las agresiones sexuales son aquellas que suponen un ataque a la libertad negativa de la víctima, que se traduce en su derecho a negarse ante una relación sexual no querida.

En la anterior regulación, el Art. 181 CP, al regular el delito de abuso sexual, no recogía una definición de consentimiento, sino que solo incorporaba como elemento del tipo la ausencia del mismo. Pues bien, ante esta falta de definición expresa del concepto, en un primer momento, a raíz del descontento social que tuvo lugar respecto de la SAP, (Sección Segunda), de Navarra, de 20 de marzo de 2018, en el mencionado caso La manada, se optó por demandar la incorporación en las leyes penales del consentimiento sexual

negativo. Se entendía bajo la máxima del no es no, expresión que se popularizó entre las masas y es conocida a nivel mundial. Se entiende que cuando la víctima dice que no ante

²⁷ MALÓN MARCO, A., *La doctrina del consentimiento afirmativo...* cit., pp. 200-220

²⁸ ASÚA 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*, Rincón (coord.), Instituto Vasco de la Mujer, Victoria-Gasteiz, 1998

una relación sexual, significa que está expresando su voluntad contraria ante dicho acto sexual, incluso si la misma no opone resistencia al agresor, que, de consumir el acto sexual, estaría cometiendo el delito.

Sin embargo, dos son los principales problemas que surgen de esta doctrina del consentimiento negativo, según MALÓN MARCO, A.²⁹

En primer lugar, este planteamiento supone que el consentimiento en los delitos contra la libertad sexual no recibe el mismo tratamiento que en otros delitos como el robo o la extorsión, donde no se presume el consentimiento de las víctimas.

En segundo lugar, a través de esta consideración, se produce un fenómeno de revictimización que deriva de la dificultad de probar ante los órganos judiciales la falta de consentimiento. Esta victimización secundaria tiene lugar cuando la prueba sobre la falta de consentimiento se trata de hallar en el comportamiento de la víctima, en lugar de buscarla en el comportamiento del autor o en la objetividad de los hechos.

Por ello, posteriormente, el debate fue más allá, y se centró en la posible exigencia de un consentimiento afirmativo en la relación sexual. De esta forma, la falta de un sí explícitamente emitido por la víctima podría suponer la inexistencia de consentimiento y, por tanto, se estaría consumando el delito. De este punto parte la teoría de VIDU AFLOAREI, A. y TOMÁS MARTÍNEZ, G., que plantea la idea de un consentimiento afirmativo como pilar básico del CP en los delitos sexuales, consentimiento que además prevalecería sobre otras circunstancias (edad, intimidación, ...). La postura parte de la consideración de que, en muchas ocasiones, las víctimas de este tipo de delitos no son capaces de emitir un no explícito, ya sea por razones de miedo, incapacidad; pero, aunque no lo hagan, no están consintiendo la acción sexual. Algunas de estas situaciones se producen en el seno de las relaciones afectivas, relaciones de poder, también cuando la víctima se halla bajo los efectos del alcohol o las drogas, por causa de estados de temor, miedo o pánico, o por influencia de la intimidación, entre otras.

²⁹ MALÓN MARCO, A., *La doctrina del...* cit., pp. - 5-30

³⁰ VIDU AFLOAREI, A., y TOMÁS MARTÍNEZ, G., *El "Sí" afirmativo. Delito sexual basado en el consentimiento*, Revista Consent, n.º.23, Madrid, 2019, p. 80-90

Como entiende MALÓN MARCO, A.,³¹ este modelo se da en aquellas normas que hablan de una mera ausencia de consentimiento. Esta opción legislativa encontraría su razón de ser en que no es posible cerrar una definición normativa de consentimiento que abarque la compleja variedad de posibilidades que se pueden dar en la realidad. Como señala el autor, si la reforma es jurídica, el debate debe ser jurídico, de manera que no se puede (ni se debe) mezclar lo estrictamente legal con las aspiraciones de cambios culturales.

III. LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

1. Presupuestos

A) Adecuación de la legislación española al Convenio de Estambul

La LO 10/2022 señala como uno de sus objetivos fundamentales actualizar la tipificación de los delitos sexuales para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales que asumió España al ratificar el Convenio de Estambul de 2014. Si bien es cierto que la LO 10/2022 contiene una regulación que abarca muchas ramas del derecho, nos centramos en las modificaciones que afectan al CP, y, en concreto, al Título VIII.

El Art. 36 señala la obligación de la tipificación de la violencia sexual. A estos efectos, define como violencia sexual en su Art. 36 “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”. Así, en la definición de estos conceptos, no se hace referencia alguna a la utilización de violencia e intimidación en la comisión del delito, como hacía la anterior tipificación de estos delitos, y se pone el énfasis en la falta de consentimiento por parte del sujeto pasivo del delito. Pese a que en nuestro ordenamiento jurídico-penal la tipificación anterior de las agresiones sexuales no orbitaba directamente en torno a la falta de consentimiento, sí que podíamos considerar que todas las acciones descritas en el Art. 36 se encontraban de alguna forma tipificadas en nuestro CP; pues, la utilización de

³¹ MALÓN MARCO, A., *La doctrina del...* cit., pp. - 5-30

violencia o intimidación supone, de facto, una falta de consentimiento. El párrafo segundo del Art. 36 contiene una definición del consentimiento, entendiéndose que éste, debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.

B) Evitar los riesgos por victimización secundaria o revictimización

La LO 10/2022 señala como otra de las razones para la promulgación de la ley evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. Se entiende por ésta el conjunto de traumas psicológicos que para la víctima supone el proceso judicial encaminado a penar a los sujetos activos de un delito. Lo cierto es que los procesos penales muchas veces obligan a la víctima a revivir situaciones muy traumáticas, relatando detalles sobre cuestiones íntimas y respondiendo a cuestiones que podrían llegar a considerarse perniciosas. Pese a ser un objetivo loable el de evitar la revictimización, el principio de presunción de inocencia obliga al juzgador a recabar toda la información posible relativa a la comisión de un delito. Esto es, porque la enervación de dicha presunción no puede realizarse sin que se llegue a probar la culpabilidad del reo.

2. Diferencias con la regulación anterior

A) Equiparación legal de los tipos penales: subsunción del delito de abuso sexual en el de agresión sexual

Con la subsunción del delito de abuso sexual en el de agresión sexual, el legislador deja en un segundo plano la valoración de los medios e instrumentos de los que se pueda valer el sujeto activo para la consumación del delito. Erradica con ello la tan sonada problemática de probar si concurre violencia y/o intimidación o no, pues los tribunales sólo habrán de centrar la actividad probatoria en verificar si ha existido o no consentimiento, y de qué manera. De este modo, el nuevo delito de agresión sexual equipara valorativamente el reproche penal de los distintos medios comisivos. En concreto, la LO 10/2022 establece que merecen el mismo tratamiento las conductas que se han servido de violencia o intimidación para influir sobre el consentimiento de la víctima, así como las ejecutadas sobre personas que se hallen privadas de sentido o de

cuya situación mental se abusare y las realizadas cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad, *ex* Art. 178.2 CP. Así, tal y como señala la Magistrada COMAS D'AGEMIR, M.D.³², la reforma que se propone, se formula bajo un nuevo paradigma: la agresión sexual no ha de ser en puridad un delito de medios determinados, sino que integra un ataque a la libre voluntad de la víctima.

Al respecto, ha de destacarse que, tal y como indica JERICÓ OJER, L.³³, “esta equiparación legal de las distintas modalidades comisivas puede tener como efecto la disminución de los problemas probatorios que presenta la tipificación actual, sobre todo, a la hora de acreditar la presencia de violencia o intimidación en las agresiones sexuales”. En la misma línea se sitúa el Consejo fiscal, al entender adecuada la unificación de las figuras de abuso y agresión sexual en la medida que pueden contribuir a evitar o reducir la victimización secundaria.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, en cierto modo, tal equiparación podría llegar a calificarse como una medida injusta por el trato idéntico que recibirían supuestos totalmente desiguales. Pues, como apunta GIMBERNAT ORDEIG, E.³⁴, no es equiparable que el autor consiga tener acceso carnal con una mujer en un descampado, después de agredirla físicamente, o bajo amenaza de que, si se niega, la estrangulará. De hecho, si no se tiene en cuenta el medio comisivo empleado, y la graduación de la pena se efectúa, simplemente, en función de la naturaleza del comportamiento sexual no consentido, se está trasladando el objeto de protección de la norma del ámbito de la libertad sexual a la moral sexual, lo cual resulta incongruente con la CE.

Asimismo, numerosas descalificaciones provienen del hecho de que tal equiparación puede suponer la vulneración del principio de proporcionalidad. Sobre ello se ha

³² COMAS D'AGEMIR, M.D., *Necesidad de una ley integral para combatir las violencias sexuales*, Boletín Comisión penal, por Juezas y Jueces para la Democracia, Vol. 1, n.º 12, 2021. “La agresión sexual atenta contra la libre voluntad de la víctima”.

³³ JERICÓ OJER, L., *Perspectiva de género, violencia sexual y derecho penal*, en *Mujer y Derecho Penal*, Monge Fernández (coord.) y Parrilla Vergara (coord.), J.B. Bosch, Barcelona, 2019, pp. 285-337

³⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Contra la nueva regulación de los delitos sexuales*, Diario del Derecho, n.º27, Madrid, 2022. “No debería recibir el mismo tratamiento penal el sujeto que agrede sexualmente a una mujer previa amenaza que el que consigue agredirla sexualmente después de lesionarla físicamente”.

pronunciado el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto de la LO 10/2022, al incluir ciertas consideraciones al respecto, a mi juicio, bastante acertadas.

Por un lado, el nuevo Art. 178 CP podría incurrir en una prohibición de defecto de protección, ya que quitarle relevancia al medio comisivo empleado para atentar contra la libertad sexual supone optar por un tratamiento unitario de todos los actos de ataque sexual. Esto, evidentemente, puede traer como resultado la desprotección de las víctimas, pues, para el sujeto activo del delito, no tendrá mayores consecuencias el utilizar un medio comisivo más lesivo que otro de menor intensidad. Por otro lado, también podría incurrirse en una prohibición de exceso, al castigarse con gran severidad conductas que presentan un menor grado de lesividad, como dice ACALE SÁNCHEZ, M.³⁵

En definitiva, como indica JERICÓ OJER, L.³⁶, una cosa es el aspecto comunicativo positivo que implica la unificación conceptual y otra muy distinta equiparar jurídicamente el tratamiento dispensado a las relaciones sexuales no consentidas.

B) Novedades de los tipos agravados de agresión sexual

En este apartado, primero, hemos de hacer alusión al Art. 179 CP, que se refería al tipo cualificado de agresión sexual, comúnmente conocido como delito de violación, término que reintrodujo la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del CP, aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre. Su configuración únicamente difería en un aspecto de la redacción prevista en su regulación predecesora, y es que la pena mínima de prisión se vio reducida en cuantía de dos años.

Segundo, he de referirme al Art. 180 CP, que presentaba una serie de novedades con respecto a su anterior regulación.

La primera de ellas era la relativa a la horquilla penológica prevista, que establecía, en caso de concurrir alguno de los agravantes dispuestos, una pena de prisión de dos a ocho años para las agresiones previstas en el Art. 178.1 CP y de siete a quince años para las previstas en el Art. 179 CP, a la luz de la LO 10/2022. Esto supuso una minoración de tres

³⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual*, ... cit., pp. 5-40

³⁶ JERICÓ OJER, L., *Perspectiva de género*, ... cit., pp. 285-337

años en la pena mínima y de dos años en la máxima respecto del primer supuesto, y una minoración de cinco años en la pena mínima prevista para el segundo supuesto respecto a su anterior regulación.

La segunda novedad que se introdujo se encontraba en el párrafo segundo del apartado primero, que hacía referencia al hecho de concurrir una violencia de extrema gravedad, pudiendo ser esta concurrencia coetánea o previa a la comisión del hecho. Parecía resultar lógica la introducción de esta circunstancia agravante, porque el Convenio de Estambul y su Art. 46 f), que prevé como circunstancia agravante que “el delito haya sido precedido o se haya acompañado de una violencia de extrema gravedad”. Como es evidente que la naturaleza de estos delitos reviste ese carácter degradante de por sí, a ello debía añadirse la potencial concurrencia de una extrema gravedad. Esto conllevaría una labor de graduación o apreciación completamente subjetiva por parte del enjuiciador de ese plus de antijuridicidad, puesto que el concepto de gravedad extrema no presentaba un significado pautado ni absoluto; apreciación que, además, debería realizarse sin incurrir en *bis in idem*, estableciendo pautas interpretativas de cara a salvaguardar el principio de igualdad.

La tercera novedad que se introdujo fue la prevista en el párrafo cuarto del apartado primero del artículo, que supuso la introducción de la perspectiva de género en los delitos contra la libertad sexual. Así, se prevé, una vez más, en el Convenio de Estambul, concretamente, en el Art. 46 a), que establece como consecuencia agravante que “el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo (...)”. La implementación de una circunstancia agravante con perspectiva de género supuso una novedad únicamente en lo que a la redacción del precepto se refiere. *Strictu sensu*, no supuso una nueva realidad jurídica a ser tomada en cuenta, ya que la propia jurisprudencia ha apreciado circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por discriminación de género previstas en el Art. 22 CP en supuestos de agresión sexual. Tampoco implicaba una técnica legislativa distinta a la que puede apreciarse en preceptos como el Art. 148 CP, que también prevé circunstancias agravantes por razón de género.

Entiende LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J³⁷., que esta circunstancia agravante solo debía concurrir cuando el autor fuera un varón y hubiera establecido un contexto de dominación, o lo pretendiera; al no especificar tales cuestiones, no resulta tan evidente que debiera considerarse más grave la agresión sexual de la pareja o expareja que la de un tercero, siendo más flexible el régimen previsto en el Art. 22.4 CP.

La cuarta novedad es la que introdujo el Art. 180 CP fue la contenida en el párrafo séptimo en su apartado primero, relativa a la conocida como sumisión química, prevista bajo la anterior regulación en el Art. 181.2 CP como una modalidad de abuso sexual no consentido. En cualquier caso, la sumisión química puede ser definida como la administración de sustancias psicoactivas a una persona con fines criminales o delictivos. A este respecto, se plantean diversas cuestiones. El Art. 178.2 CP establecía que se consideran en todo caso agresión sexual “los actos de contenido sexual que se ejecutan sobre personas que se hallen privadas de sentido y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”. Mientras que, por su parte, el Art. 180.1. 7º CP hacía alusión a que el autor hubiera anulado la voluntad de la víctima por medio de sustancias químicas o naturales. A priori, podría entenderse que concurría una suerte de duplicidad en lo dispuesto por estos artículos.

En primer lugar, la cuestión determinante resulta de esclarecer si es equiparable el hecho de anular la voluntad de una persona con la finalidad de realizar actos de índole sexual sobre la misma, al hecho de ejecutar dichos actos aprovechando una anulación sobrevenida- o quizá más bien una ausencia- de la voluntad de ésta, como podría suceder en supuestos de vulnerabilidad química. Esta parecía ser la perspectiva del legislador, al entender que es más reprobable la primera conducta que la segunda por tratarse de una acción directa del autor que, además, es potencialmente peligrosa para la víctima. La doctrina entiende que la anulación de la voluntad, que se conforma por tres elementos- capacidad, decisión y ejecución- La Audiencia Nacional ha expuesto que debe tratarse un estado de notable alteración de su capacidad para decidir libremente sobre la relación sexual, de tal manera que se encuentre en una situación de no poder oponerse a los deseos del asaltante. De igual forma, debe existir una relación de finalidad entre el suministro de

³⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El consentimiento en el Derecho Penal*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 90-120

la sustancia en cuestión y la concurrente anulación de la voluntad, debiendo ésta ser provocada dolosamente por el actor o un partícipe.

Por otro lado, el Art. 178.2 CP aludía a que esa anulación de voluntad derivase de cualquier causa. Para resolver esta cuestión, quizá lo apropiado sea entender que el Art. 180, en su parte relativa a la sumisión química, velaba por un criterio de especialidad. Esto es, porque, cuando el Art. 178.2 CP refería a cualquier causa, podría entenderse incluido el hecho de que el autor se valiese de sustancias químicas o naturales para anular la voluntad de la víctima. De esta forma, el autor evitaba tener que concurrir en el empleo de medios agravantes como pudiera ser la violencia- que afecta al aspecto de la ejecución de la voluntad- o a la intimidación- que afecta a la decisión- para la comisión del delito.

No obstante, la decisión del legislador podía ser cuestionable, ya que, si bien la anterior regulación de la sumisión química en el ámbito de los delitos sexuales pudiera ser demasiado benévola, considerar esta modalidad de comisión como una conducta más grave o reprochable que el empleo de violencia pueda ser excesivo.

3. Consecuencias de su aplicación y contrarreforma

A) Excepción al principio de irretroactividad penal. La retroactividad de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual

Si bien ha sido referido el principio de irretroactividad de la norma penal como un principio garantista de nuestro ordenamiento jurídico, cabe plantearse qué debe suceder cuando la norma penal posterior es favorable con respecto a su predecesora. Esta situación se encuentra regulada en el Art. 2.2 CP y se infiere, igualmente, del Art. 9.3 CE, y supone una excepción al principio de irretroactividad de la norma penal.

Esta idea es la respaldada por autores como PUIG PEÑA, F.,³⁸ y DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.³⁹. El primero expone que sería injusta la continuidad en la aplicación de una ley que el propio legislador ha considerado debe ser sustituida por otra más beneficiosa; por su

³⁸ PUIG PEÑA, DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *Delitos contra...* cit., pp. 20-80

³⁹ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *Delitos contra...* cit., pp. 20-80

parte, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.⁴⁰, entiende que estos supuestos de retroactividad imperan como preceptos de estricta justicia, no siendo posible suponer que un legislador se encuentre facultado para infringir o desconocer el principio de retroactividad al que nos referimos.

Por su parte, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.⁴¹, y MUÑOZ CONDE, F.⁴², entienden que “el principal fundamento de esta excepción es el principio de proporcionalidad, dado que el legislador ha considerado bien excesiva o prescindible la aplicación de la anterior norma”.

De la misa opinión es CANCIO MELIÁ, M.⁴³, al exponer que, en caso de no existir necesidades preventivas o ser éstas de menor entidad, será preceptiva la aplicación de la norma que menos lesione los derechos fundamentales del ciudadano.

Como se ha expuesto anteriormente, algunas de las novedades introducidas por la ley del solo sí es sí consistieron en una aminoración de las penas previstas para los delitos tipificados en los Arts. 178, 179 y 180 CP. Ello ha conllevado la aplicación retroactiva de la LO 10/2022, lo que ha traducido en más de un millar de rebajas de condenas por delitos de esta índole.

La práctica general es la inclusión de disposiciones transitorias en aquellas leyes que modifican el CP de cara a, como su nombre indica, regular el tránsito de la ley anterior a la nueva ley. En este sentido, las disposiciones transitorias ofrecen una interpretación auténtica del principio de retroactividad de la ley penal más favorable que consagran los citados preceptos, precisando, los términos en que éstos deben ser interpretados a la hora

⁴⁰ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *Delitos contra...* cit., pp. 20-80

⁴¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El consentimiento...* cit., pp. 30-50

⁴² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 40-50

⁴³ CANCIO, M., *Psicopatías e imputabilidad. Un análisis sobre la peligrosidad criminal y los delitos sexuales*, MELO REGHELIN (coord.), ZAFARI CAVEDON (coord.), LUÍS CALLEGARI (coord.), Edisofer, Madrid, 2016, pp. 30-60

de determinar qué norma debe ser considerada más favorable para el reo en la sucesión normativa. Y suele, de igual forma, ser habitual que las disposiciones transitorias no permitan la revisión de condenas cuando la pena impuesta a tenor de la ley predecesora pudiera ser igualmente impuesta bajo la observancia de la nueva ley, como introdujo la DT 5ª del CP - lo cual podría ser constitucionalmente discutible, pero es harina de otro costal-. El problema de las rebajas de condenas- problema, porque parecía no ser la intención del legislador- deriva, efectivamente, de la no inclusión de una disposición transitoria en la ley que acotase los casos susceptibles de revisión de la pena. Así, es por ello conforme a derecho la aplicación retroactiva de la ley que, como se ha expuesto, dimana del principio de legalidad y que encuentra su correlativo en el Art. 2.2 CP.

En un intento de solventar la situación, la fiscalía general del Estado emitió una circular sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal. Expone la fiscalía general del Estado que las disposiciones transitorias ofrecen una interpretación auténtica al determinar qué norma debe ser considerada más favorable al reo. Además, no existe obstáculo alguno para que lo dispuesto en la DT 5ª del CP se aplique a las revisiones instadas en virtud de la LO 10/2022, no con fundamentación analógica, sino por tratarse de un criterio interpretativo consolidado. Y resulta llamativo que, para respaldar este razonamiento, se sirva del preámbulo de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, de trasposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad modal, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso- es decir, posterior en el tiempo a la LO 10/2022- que viene a suscribir, a modo de disposición transitoria, lo establecido en la ya más que referida DT 5ª del CP. Sirviéndose de este criterio, expone la fiscalía general del Estado que lo dispuesto en la DT 5ª del CP es perfectamente trasladable a la LO 10/2022 pese a no haber referencia alguna a ella. De lo contrario, se daría un tratamiento jurídico diferente a situaciones objetivamente equivalentes. Por consiguiente, se pauta que los fiscales informen en sus dictámenes que no será admisible la revisión de sentencias firmes cuando la pena impuesta fuera igualmente imponible con arreglo a la nueva regulación.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha confirmado los criterios de las Audiencias Provinciales en las revisiones de penas producidas tras la reforma de la LO 10/2022. De 29 recursos de casación estudiados por el Pleno monográfico, 27 han sido resueltos por unanimidad.

Es de libro la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable a los condenados con carácter previo a la entrada en vigor de la LO 10/2022, pues con dicha ley, se produce una aminoración de las penas que se impusieron antes de la reforma. No obstante, parece un tanto contradictorio que la finalidad de la ley fuera endurecer las penas de los delitos contra la libertad sexual, haciendo hincapié en el consentimiento y eliminando la figura delictual del abuso sexual, cuando, en la práctica, se ha conseguido lo contrario. La causa de la aparente contradicción es que, en la tramitación de dicha ley, se puso demasiado énfasis en alterar la tipificación de estos delitos y se dejó de prestar atención a cuestiones tan importantes como la tipificación y cuya aplicación práctica es brutal, las penas con las que castigar estos delitos.

B) La declaración de la víctima como única prueba de cargo

En el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, la declaración de la víctima se presenta como una de las pruebas más importantes a realizar, puesto que la casuística de estos delitos permite afirmar que, en la mayoría de casos, no existen otro tipo de pruebas sobre las que pueda fundamentarse una condena. Así, en muchas ocasiones nos encontraremos con la versión de la víctima frente a la versión del acusado, resultando ser éstas totalmente contradictorias.

Inicialmente, cabe afirmar la posibilidad de que la declaración de la víctima se presente como única prueba de cargo, respetando, en todo momento, las garantías y derechos que corresponden al acusado. Así, lo establece la STC, de 18 de diciembre de 2007, entre otras, al expresar lo siguiente:

“Se ha mantenido reiteradamente que la declaración de la víctima, practicada normalmente en el acto del juicio oral, con las necesarias garantías procesales, puede erigirse en prueba de cargo y que, en consecuencia, la convicción judicial sobre los hechos del caso puede basarse en ella, incluso cuando se trate del acusador. De esta forma, se consigue superar la situación que puede producirse al encontrarse el Tribunal con dos versiones completamente opuestas por parte de la víctima y el acusado. Sin embargo, la declaración de la víctima no se convierte de forma automática en una prueba de cargo como tal, sino que, como el resto de pruebas permitidas por el ordenamiento procesal, ésta se encuentra sujeta a la valoración que el tribunal realice”.

Asimismo, la doctrina ha establecido unos parámetros de actuación que permiten valorar la credibilidad del testimonio de la víctima del delito, cuando éste sea la única o principal prueba de cargo, en orden a la posibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia. Esta especie de test se encuentra en diversas sentencias, entre las que destacamos la STS, (Sala Segunda), de 31 de octubre de 2019, que indica los parámetros a los que ha de atenerse el juzgador. También hace alusión a dichos parámetros DÍEZ MORGADO, C⁴⁴.

En primer lugar, se debe realizar una comprobación de la credibilidad subjetiva, se analizan aquellos elementos que puedan influir en el testimonio de la víctima. Es decir, un análisis sobre las características físicas y psíquicas que la víctima presenta (si padece trastornos o adicciones), el grado de desarrollo y madurez personal, así como sobre las posibles motivaciones que ésta pudiera tener, en orden a evitar procesos cuya base es la venganza a través de una falsa incriminación. Esto obliga a encontrar los puntos de conexión que unen a la víctima y el agresor por los cuales puedan concurrir motivos espurios, y las posibles relaciones que existiesen en torno a éstos.

En segundo lugar, encontramos un parámetro de valoración consistente en el análisis de la credibilidad objetiva de la víctima, o, en otras palabras, la verosimilitud del testimonio, según la STS, (Sala Segunda), de 20 de octubre de 2022. Este parámetro se basa en la presentación de dos elementos: una coherencia interna relevante en relación con la lógica de la declaración, así como en una coherencia externa, que hace referencia a la capacidad de apoyar su testimonio en datos objetivos externos, además del posible concurso de elementos ajenos a la voluntad del testigo, que pudieran corroborar, al menos ciertos aspectos colaterales o periféricos del relato (parte médico de lesiones, informes psiquiátricos, el testimonio de los agentes cuando socorrieron a la víctima).

El tercer y último parámetro se encuentra relacionado con la persistencia de la víctima en la incriminación del acusado, lo cual se basa en distintas piezas. Se asienta en la constancia sustancial de las diversas declaraciones; asimismo, la declaración ha de caracterizarse por su concreción, lo que significa que ésta no puede presentar notas de generalidad ni ambigüedad. Ha de aportar la precisión y los detalles que cualquier persona en una situación semejante sabría contar; finalmente, y de forma completamente lógica,

⁴⁴ DÍAZ MORGADO, C., *Manual de Derecho Penal...* cit., pp. 265- 326

se exige la inexistencia de contradicciones, incongruencias o lagunas en las sucesivas declaraciones que la víctima presente durante el procedimiento. Siempre teniendo en cuenta que las lagunas en la declaración de la víctima, por sí solas, no tiene por qué constituir una menor credibilidad de esta o un posible otorgamiento de consentimiento por su parte.

Me gustaría señalar que el TS entiende que la deficiencia en uno de los criterios no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento de otro. Pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, un insuficiente cumplimiento de los tres módulos de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia. Además, los criterios de credibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación no constituyen requisitos de validez, sino estándares orientados a facilitar la objetivación y la expresión de la valoración del cuadro probatorio, pero que tienen un valor sólo relativo.

Un ejemplo próximo y reciente sobre la valoración de la credibilidad del testimonio de la víctima se encuentra en la STC, de 18 de marzo de 2020, en relación con el famoso Caso Arandina. Aquí se establece que la credibilidad del testimonio de la menor (...) presenta fisuras relevantes en su lógica interna y carece de elementos periféricos que le sirvan de apoyo, lo que convierte en difícilmente homologable la valoración aceptada por la Audiencia desde la lógica y la razonabilidad.

C) Contrarreforma del delito de agresión sexual por la Ley Orgánica 4/2023, del 27 de abril

Lo cierto es que ninguna de las soluciones propuestas desde el Ministerio Fiscal y desde el Gobierno consiguieron frenar las cifras de rebajas de pena, ni de excarcelaciones de presos condenados por delitos sexuales por efecto de la retroactividad. Por este motivo, desde los grupos parlamentarios se propusieron reformas del Art. 178 CP, persiguiendo que todo fuera igual que la regulación previa a la reforma. Así, a los 77 días de la entrada en vigor de la LO 10/2022, el Grupo Parlamentario Popular, en el Congreso, presentó una Proposición de Ley de modificación del CP en lo relativo a los delitos de agresiones sexuales. La pretensión de la propuesta era la de mejorar la tipificación de esas conductas y la proporcionalidad de las penas en relación con la gravedad de los delitos.

Los cambios concretos que se propusieron fueron, en primer lugar, la modificación de la rúbrica del Título VIII, según indica en la Exposición de Motivos, en consonancia con el

bien jurídico a proteger, la libertad sexual. En segundo lugar, se presenta una elevación de las penas de los Arts. 178, 179, 180 y 181 CP cuando concurra violencia e intimidación para mantener los límites correspondientes a la redacción anterior a la introducida por la LO 10/2022. Finalmente, se plantea reintroducir la agresión sexual por engaño o abuso de confianza o autoridad para menores de 18 años y mayores de 16, conducta que quedó des tipificada en el CP, mediante un nuevo Art. 180 *bis* CP.

En lo que respecta al Art. 178 CP, se mantiene el texto intacto de los tres primeros párrafos y se añade un nuevo cuarto párrafo con la siguiente redacción: “Si la agresión se cometiera empleando violencia o intimidación, se impondrá, en todo caso, la pena de uno a cinco años de prisión”.

Por otro lado, en el tipo agravado del Art. 179 CP, en coherencia con los cambios propuestos al Art. 178 CP, se incorpora un nuevo párrafo para castigar con más pena los supuestos en que el medio comisivo sea violencia o intimidación, asignando un marco mínimo de pena de seis años de prisión: “Si la agresión a la que se refiere el párrafo anterior se cometiera empleando violencia e intimidación, se impondrá la pena de seis a doce años de prisión”. A su vez, el Art. 180 CP, contiene agravaciones de pena para los nuevos tipos agravados de comisión del hecho con violencia e intimidación.

Posteriormente, a los 131 días de la entrada en vigor de la ley, el Grupo Parlamentario Socialista también presentó una Proposición de Ley para reformar los delitos de agresión sexual. En particular, el Grupo Parlamentario Socialista, el 17 de febrero de 2023, presentó una Proposición de LO para la modificación del CP en los delitos contra la libertad sexual, el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la LECrim y la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. La Exposición de Motivos aclara que se ajustan las penas en los tipos agravados del Art. 180 CP, adecuando unos marcos punitivos que reflejen normativamente la mayor gravedad de algunas conductas. Además, se resuelve el problema que se ha producido en los casos agravados en los que concurran las mismas circunstancias de las modalidades típicas previstas en los Arts. 178 y 179 CP (Arts. 181.1, 2 y 3 CP, en caso de víctimas de menores de edad).

La propuesta de reforma del Art. 178 CP, realmente era muy similar a la que previamente presentó el Grupo Parlamentario del Partido Popular, pues ambas añadían en todos los preceptos un tipo para agravar la pena cuando el hecho se cometiera con violencia o

intimidación. Pero, se diferencian en que la propuesta presentada por el Grupo Parlamentario Socialista incluía, además, en ese tipo agravado, los casos en que la víctima tenga anulada la voluntad.

En definitiva, el tipo agravado del Art. 178 CP quedaría así: “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 una pena de uno a cinco años de prisión”. Además, añade un tipo agravado en el Art. 179 CP con las mismas penas que el texto derogado, pero con un mínimo de seis años de pena si concurre violencia, intimidación o la víctima tiene anulada la voluntad con esta redacción: “Si la agresión a la que se refiere el apartado anterior se cometiere empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad, se impondrá la pena de prisión de seis a doce años de prisión”.

En definitiva, se modifican las penas del tipo agravado del Art. 180 CP: “Las anteriores conductas serán castigadas, respectivamente, con las penas de prisión de dos a ocho años para las agresiones del Art. 178.1 CP, con prisión de cinco a diez años para las agresiones del Art. 178.3, con prisión de siete a quince años para las agresiones del Art. 179.1 CP y prisión de doce a quince años para las del Art. 179.2 CP, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias”.

Por otro lado, se otorga una solución concreta para resolver los problemas que representa el concurso aparente de normas: Cuando en la descripción de las modalidades típicas previstas en los Arts. 178 o 179 CP se hubieran tenido en consideración alguna de las anteriores circunstancias, el conflicto se resolverá conforme a la regla del Art. 8.4 CP.

Esta proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista finalmente prosperó, aprobándose por la LO 4/2023, de 27 de abril, para la modificación del CP, en los delitos contra la libertad sexual, la LECrim y la LO 5/2000.

La reforma indicada, como es sabido, no evita las reducciones de pena ni las excarcelaciones. Es una reforma que solo afecta a los hechos cometidos a partir del 29 de abril, fecha en que entró en vigor.

VI. CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

1. Portugal

Portugal es un país donde se contemplan diferentes penas por varios delitos contra la libertad sexual. En el CP portugués se incluyen conductas de coacción sexual, violación y abuso, explica CANCIO MELIÁ, M⁴⁵. Pero también menciona el consentimiento. El Art. 164 CP establece que la pena por violación será de uno a seis años de prisión, si falta el consentimiento y, de tres a diez años de prisión, si se usan medios coactivos, como amenazas, violencia o la víctima está inconsciente.

2. Italia

La regulación italiana parte de la reforma que se produjo como consecuencia de la Ley 66/1996, de 15 de febrero, que modificó la situación de los delitos sexuales en el CP. Anteriormente, los delitos contra la libertad sexual se encontraban en el título IX cuyo nombre era “de los delitos contra la moralidad pública y contra las buenas costumbres”. Con la reforma mencionada, todos los delitos del ámbito sexual fueron incluidos en el Título XII, integrándose dentro de los delitos contra las personas.

El tipo básico de los delitos contra la libertad sexual lo establece el Art. 609 CP, que castiga a aquél que, mediante violencia, amenaza o abusando de una posición de autoridad, obligue a otra persona a realizar o soportar un acto de carácter sexual con penas que oscilan entre seis y doce años de prisión. No se contempla de forma diferenciada la hipótesis de penetración, como en los demás ordenamientos. Como podemos observar, la regulación italiana parte del uso de violencia o amenaza, así como de la utilización de un abuso de autoridad para cometer el delito. También contempla agravantes para las penas de delitos sexuales, como, por ejemplo, que se utilice un arma,

que la víctima sea menor o que no esté en pleno uso de su libertad. En todo caso, se establece una reducción en, como máximo, dos tercios, en casos de delitos de menor gravedad.

⁴⁵ CANCIO MELIÁ, M., *Psicopatías e imputabilidad...* cit., pp. 30-60

3. Francia

Francia reformó su CP en 2021, tras un escándalo que hubo en el país.

Una de las características más relevantes sobre esta regulación radica en que el concepto del consentimiento no aparece mencionado, apareciendo, sin embargo, el término coacción o sorpresa (que se juzgado en cada caso concreto, al tratarse de un concepto difícil de definir). En torno a los agravantes que acoge el código, los cuales acarrearán 20 años de prisión, nos encontramos con la provocación de una mutilación o enfermedad permanente en la víctima, o aquellos actos cometidos contra un menor de 15 años, así como sobre una persona cuya vulnerabilidad es aparente o conocida por el autor, por ejemplo.

En todo caso, subraya CANCIO MELIÁ, M.,⁴⁶ que la comparación solo con lo que dice el respectivo Código para definir delitos y penas es solo una aproximación, porque luego la realidad depende de cómo se mida la pena en la jurisprudencia del país, y también de cómo se manejan los sustitutivos penales o la suspensión condicional.

4. Alemania

Este país prevé una legislación que tuvo que modificarse por una Ley aprobada en 2016, tras la alarma social que se produjo después del 31 de diciembre de 2015, en que una oleada de casos de agresiones sexuales golpeó el país, más concretamente el centro de Colonia. La mencionada Ley, aprobada por unanimidad, endurece las penas para este tipo de delitos en su Art. 177 CP, castigando como tipo básico a quién fuerce a una persona a mantener un acto sexual contra su voluntad manifiesta. Las penas en general, sean de abuso o de agresión, en el país europeo, pueden ir desde los tres meses a los diez años. En el caso de las violaciones, las penas no pueden bajar de los dos años, y pueden alcanzar los diez años en el caso de que se ponga en riesgo la vida de la persona atacada. Se elimina, por lo tanto, la necesidad de la existencia de violencia o amenaza, por lo que, según la ley alemana, basta con que la víctima presente manifiestamente su negativa a mantener esas relaciones sexuales. En este caso, pues, CASAS BARQUERO, E.⁴⁷, habla

⁴⁶ CANCIO MELIÁ, M., *Psicopatías e imputabilidad...* cit., pp. 30-60

⁴⁷ CASAS BARQUERO, E., *El consentimiento...* cit., pp. 31 y 32

de una voluntad perceptible por parte de la víctima, es decir, puede mostrarse, tanto a través de palabras, como con muestras de descontento o negativa. Esta voluntad perceptible o reconocible debe serlo, tanto para el autor del delito, como para un espectador completamente objetivo y externo, tanto si se manifiesta de forma explícita o verbal, como si se hace de modo implícito.

IV. CONCLUSIONES

Primero, a partir de la reforma del CP de 1995 se diferenció, de forma completamente acertada, entre dos tipos delictivos cuya línea limitativa encuentra su base en la existencia de violencia o intimidación, lo cual presenta un desvalor de lo injusto mucho más elevado, que, por lo tanto, y de forma proporcional, debe dar una respuesta punitiva de mayor magnitud. Una de las cuestiones que se suscitó como consecuencia de la sentencia del caso de La Manada y que ha adquirido gran protagonismo para exigir una reforma de la normativa que regula dichos tipos delictivos es la difícil distinción entre el abuso sexual con prevalimiento y la agresión sexual mediante intimidación. Ello culminó en la actual LO 10/2022. A mi parecer, quizás hubiera sido importante marcar una franja que delimite de una forma más acertada ambos tipos delictivos. Pero, no era necesario para ello la elaboración de una reforma en la que se elimine la distinción entre agresión y abuso sexual. La jurisprudencia es una herramienta muy útil para establecer unas pautas de actuación a las que los Tribunales puedan acogerse en este sentido.

Segundo, cabe hacer referencia a la prueba desde el punto de vista procesal, pues, en muchas ocasiones, algunos sectores apelaban a la necesidad de una reforma por entender que el problema parte de la propia regulación, sin observar, que nos encontramos ante dos cuestiones muy relacionadas: por un lado, la vinculación del juez a los hechos que se prueben mediante el proceso penal y, por otro, la sujeción del juez a la propia ley derivada del principio de legalidad.

Tercero, este tipo de delitos no cuentan con la cantidad de pruebas que pueden encontrarse en otros tipos delictivos, al producirse en lugares recónditos o en la más profunda intimidad. Esto derivaría la imposibilidad de probar determinados elementos del caso, permitiendo que hechos ilícitos concretos quedasen impunes. La respuesta al problema la encontramos en la jurisprudencia, al haber desarrollado una gran teoría en torno a la

posibilidad de valorar la declaración de la víctima como prueba de cargo, lo cual permite desvirtuar la presunción de inocencia al contar con los parámetros que ésta establece.

Asimismo, la prueba indiciaria también se presenta como una gran alternativa, pues, a través de hechos indicios, puede probarse la existencia de determinado hecho concreto, siempre que el nexo causal que los une, así como la actividad mental que ha realizado el juzgador para llegar a la conclusión final, sea conforme a la lógica humana.

Cuarto, como se ha abordado en el apartado de Derecho Comparado, son muchos los países que cuentan con sucesivas reformas con la finalidad de introducir aquellas propuestas que desde el conjunto de la sociedad se exigen.

Quinto, las exigencias de reforma por parte de un sector de la sociedad e impulsadas por algunos partidos políticos han culminado en la aprobación de la LO 10/2022, que ha recibido numerosas críticas, a las que me sumo, en torno a su mínimo rigor técnico, así como a la poca claridad con la que se ha redactado, pero, sobre todo, por su modificación principal y estructural: la exigencia de un consentimiento expreso, libre e inequívoco a la hora de delimitar la tipicidad o no de una determinada conducta. El problema radica en una máxima muy importante conforme a la cual han de ser las normas las que se ajusten a la realidad social, y la realidad es que, habitualmente en el ámbito de las relaciones sexuales entre individuos, el consentimiento no suele ser expreso, ni mucho menos en el ámbito de las parejas sentimentales. Por otro lado, nos encontramos con una contradicción relevante al exigir, en la redacción del precepto, un consentimiento expreso y, asimismo, un consentimiento manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona, ex Art. 178.1 CP. Esta grave contradicción puede llevar a grandes problemas interpretativos, y, por ende, a grandes inconvenientes a la hora de aplicar la Ley por los Tribunales.

Sexto, hemos de tener en cuenta la supresión de la distinción entre abuso y agresión sexual que establecía la anterior redacción del CP. Pues bien, esta técnica punitiva aparece como consecuencia de la cantidad de reproche que las distintas conductas delictivas merecen, pues su regulación se encuentra justificada por el mayor o menor desvalor que presenta la acción. A mi parecer, no se puede establecer una equiparación entre un acto violento que consigue doblegar el consentimiento de la víctima y una acción que se comete mediante un consentimiento viciado o inválido. De esta forma, el principio de proporcionalidad, tan importante en la regulación penal, se ve profundamente vulnerado.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. ACALE SÁNCHEZ, M., *Interpretación judicial del Derecho penal desde la perspectiva holística del género*, Revista Jueces para la Democracia, nº.92, Madrid, 2018
2. ACALE SÁNCHEZ, M., *Tratamiento penal de la violencia sexual: la forma más primaria de violencia de género*, en *La Manada, Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Faraldo Cabana (Dir), Acale Sánchez (Dir), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018
3. ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas*, 2º edición, Reus, Madrid, 2019
4. ACALE SÁNCHEZ, M., *La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género*, en Monge Fernández (Dir.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Madrid, 2019
5. ALTUZARRA ALONSO, I., *El delito de violación en el Código Penal español: Análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión Sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a La Luz De La Normativa Internacional*, Revista Estudios de Deusto, Vol. 68, nº. 1, 2020
6. ASÚA 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*, Rincón (coord.), Instituto Vasco de la Mujer, Victoria-Gasteiz, 1998
7. BOLDOVA PASAMAR, M.Á., *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 el *Diario la Ley*, nº 9500, 2019, (consultado el 5 de abril de 2024). Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/10/17/presente-y-futuro-de-los-delitos-sexuales-a-la-luz-de-la-sts-344-2019-de-4-dejulio-en-el-conocido-como-caso-de-la-manada>
8. BOLDOVA PASAMAR, M.Á., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I, Derecho Penal, Parte Especial conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, ROMEO CASABONA (coord.), SOLA RECHE (coord.), BOLDOVA PASAMAR (coord.), 3º edición, Comares, Granada, 2016

9. CASAS BARQUERO, E., *El consentimiento en el Derecho Penal*, Bosh, Barcelona, 1987, pp. 31 y 32
10. CANCIO MELIÁ, M., *Psicopatías e imputabilidad. Un análisis sobre la peligrosidad criminal y los delitos sexuales*, MELO REGHELIN (coord.), ZAFARI CAVEDON (coord.), LUÍS CALLEGARI (coord.), Edisofer, Madrid, 2016, pp. 80-100
11. COMAS D'AGEMIR, M.D., *Necesidad de una ley integral para combatir las violencias sexuales*, Boletín Comisión penal, por Juezas y Jueces para la Democracia, Vol. 1, nº. 12, 2021
12. DÍAZ GARCÍA CONLLEDO, M., *Política criminal y reforma penal*, Mir Puig (dir.), Mirentxu (dir.) y Corcoy Bidasolo (coord.), Edisofer, Madrid, 2007, pp. 223-379.
13. DÍAZ MORGADO, C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4º edición, Aranzadi, Madrid, 2021, pp. 265- 326
14. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 20-50
15. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El no es no*, en *el País* (revista electrónica), 2018, (consultado el 7 de abril de 2024). Disponible en: https://elpais.com/elpais/2018/05/03/opinion/1525363530_373340.html
16. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., y ROMEO CASABONA, C.M., *Comentarios al Código Penal español. Parte especial II (Títulos VII-XII y faltas correspondientes)*, 2º edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 100-200
17. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual*, 3º edición, Bosch, Valencia, 1985, pp. 20-80
18. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Las últimas reformas en el Derecho penal sexual*, 6º edición, Revista de estudios penales y criminológicos, n.º 14, 1989-1990
19. ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, B., *El consentimiento en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 10-30
20. FARALDO CABANA, P., *La Manada: Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 50-100
21. GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código Penal español*, Revista Colección de estudios penales, n.º.4, Granada, 1982

22. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Contra la nueva regulación de los delitos sexuales*, Diario del Derecho, nº27, Madrid, 2022
23. JERICÓ OJER, L., *Perspectiva de género, violencia sexual y derecho penal*, en *Mujer y Derecho Penal*, Monge Fernández (coord.) y Parrilla Vergara (coord.), J.B. Bosch, Barcelona, 2019, pp. 285-337
24. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El consentimiento en el Derecho Penal*, 2º edición, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 90-120
25. LUZÓN PEÑA, D.M., *El Anteproyecto de CP 1992: Observaciones de urgencia*, 5º edición, Aranzadi, Madrid, 1991, pp. 31- 40.
26. MALÓN MARCO, A., *La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*, 3º edición, Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 200-220
27. MARTÍNEZ SANZ, A., y MAÑAS VIEJO, C.R., *La violencia sexual sobre la mujer dentro de la relación de pareja*, en MM Lafaurie y MA Sánchez (Comp.), *Salud sexual y reproductiva: nuevas tendencias*, 2º edición, Tirant Lo Blanch, Extremadura, 2020, pp. 30-50
28. MAÑAS-VIEJO, C.R., y MONTESINOS, J., *Maltrato hacia las mujeres: implicaciones de la desigualdad*, 5º edición, Universidad de Alicante, Alicante, 2004, pp. 80-100
29. MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del Delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 20-40
30. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 5º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 60-100
31. PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal III. Parte Especial*, 4º edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 60- 90.
32. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos La estructura de la teoría del delito*, 5º edición, Aranzadi, Madrid, 1997, p. 517
33. VIDU AFLOAREI, A., y TOMÁS MARTÍNEZ, G., *El “Sí” afirmativo. Delito sexual basado en el consentimiento*, Revista Consent, n.º 23, Madrid, 2019, pp. 80-90

VI. WEBGRAFÍA

1. ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, Reus, Madrid, 2006, *Ser o no ser (de la manada): esa es la*
2. *cuestión*, en Nueva Tribunal, 28 de abril de 2018, (consultado el 24 de marzo de 2024). Disponible en: [Ser o no ser \(de La Manada\): esta es la cuestión \(nuevatribuna.es\)](https://nuevatribuna.es)
3. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Alegato contra un derecho penal sexual identitario*, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología (revista electrónica) núm. 1695, 21 de octubre de 2019 (consultado el 25 de marzo de 2024). Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-10.pdf>
4. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El “no es no”*, en Diario de Derecho, núm. 1438, 10 de mayo de 2018 (consultado el 1 de abril de 2024). Disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1176924
5. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Solo sí es sí*, en Diario del Derecho, núm. 1438, 27 de abril de 2020, (consultado el 10 de marzo de 2024). Disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197551
6. 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 de La Manada*, en Revista Penal, núm. 43, 10 de abril de 2019, (consultado el 15 de abril de 2024). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/509436>
7. QUINTANO RIPOLLÉS, A. y SILVA MELERO, V., *Comentarios al Código Penal*, en Dialnet, núm. 182, 5 de noviembre de 1947, (consultado el 10 de marzo de 2024). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8575652>
8. SOTO IVARS, J., *El falso “Tour de La Manada” siempre fue una denuncia contra el sensacionalismo*, en eitb.eus, 22 de febrero de 2023, (consultado el 1 de abril de 2024). Disponible en: <https://www.eitb.eus/es/radio/radio-euskadi/programas/distrito-euskadi/detalle/9117414/juan-soto-ivars-el-juicio-a-ironia-se-produce-y-por-eso-decido-escribir-este-libro/>

VII. LEGISLACIÓN

1. Anteproyecto de Ley Orgánica 10/2022, del 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual
2. Código Penal
3. Código Penal alemán
4. Código Penal francés
5. Código Penal del Islandia
6. Código Penal Portugués
7. Código Penal Suizo
8. Constitución Española
9. 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
10. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
11. Ley Orgánica 10/2022, del 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual
12. Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre
13. Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de trasposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso
14. Ley 66/1996, del 15 de febrero
15. Ley de 2016, de modificación del Código Penal alemán
16. 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, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
17. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores
18. Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad

sexual, Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

VIII. JURISPRUDENCIA

1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, (Sección Segunda), del 20 de marzo de 2018 (CENDOJ)
2. Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala Segunda), del 4 de julio de 2019 (CENDOJ)
3. Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala Segunda), del 30 de noviembre de 2022 (CENDOJ)
4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, (Sección Segunda), del 22 de marzo de 2002 (CENDOJ)
5. Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala Segunda), del 14 de junio de 2004 (CENDOJ)
6. Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, (Sección Segunda), de 16 de abril de 1996 (CENDOJ)
7. Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala Segunda), del 6 de marzo de 2006 (CENDOJ)
8. Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala Segunda), del 29 de abril de 2021 (CENDOJ)
9. Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala Segunda), del de 2020 (CENDOJ)
10. Sentencia del Tribunal Constitucional, del 18 de diciembre de 2007 (CENDOJ)
11. Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala Segunda), del 31 de octubre de 2019 (CENDOJ)
12. Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala Segunda), del 20 de octubre de 2022 (CENDOJ)
13. Sentencia del Tribunal Constitucional, del 18 de marzo de 2020 (CENDOJ)