



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL:
ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA Y
ACTUAL REGULACIÓN.**

Autora: Lucía Gil Vizcaíno

5º E-3 B

Tutor: Borja Almodóvar Puig

Madrid

Abril 2023

ÍNDICE

RESUMEN	4
ABSTRACT.....	4
GLOSARIO DE SIGLAS.....	5
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DELITOS SEXUALES.....	7
1. Del Código Penal de 1848 a la LO 3/1989.....	7
2. Código Penal de 1995 y algunas de sus reformas	8
CAPÍTULO III: CONFIGURACIÓN DEL TÍTULO PREVIO A LA NUEVA LEY ORGÁNICA 10/2022 DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL.....	9
1. Bien jurídico protegido.	9
2. Agresiones sexuales.....	11
2.1. Tipo básico	11
2.2. La violación	11
2.3. Tipo cualificado	12
3. Abusos sexuales.....	12
3.1. Tipo básico	12
3.2. Tipos agravados	15
3.3. El abuso sexual con engaño. El esturpo	15
CAPÍTULO IV: SIGNIFICADO Y DIFERENCIA DE ALGUNAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS	16
1. El concepto de violencia.	16
2. La intimidación.....	17
3. Prevalimiento.	18
CAPÍTULO V: LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL DERECHO COMPARADO.	21
1. Francia.....	21

2. Portugal	22
3. Finlandia.....	22
CAPÍTULO VI: LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL	23
1. Unificación de los delitos de abuso y agresión sexual.....	23
2. El consentimiento: solo sí es sí. Evolución jurisprudencial y eficacia probatoria.....	25
3. Consecuencias. Principio de proporcionalidad, eficacia y revisión de condenas.	30
4. Análisis de las propuestas de las modificaciones de la ley en tramitación. .	34
CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES	36
CAPÍTULO VIII: REFERENCIAS.....	39
1. LEGISLACIÓN:.....	39
2. JURISPRUDENCIA:	39
3. OBRAS DOCTRINALES:.....	41
4. OTROS:.....	42

RESUMEN

Este trabajo contiene un análisis de la evolución de la tipificación de los delitos sexuales en el Código Penal español. Incluye un análisis jurisprudencial de algunas cuestiones esenciales para esta clase de delitos que han evolucionado a lo largo de estos años, como son la violencia, la intimidación, el prevalimiento y el consentimiento. Además, analiza igualmente el Derecho comparado en tres países europeos distintos. Finalmente, el trabajo concluye con una descripción y valoración jurídica de la nueva LO 10/2022 de 6 de septiembre que unifica los tipos penales de agresión sexual y abuso sexual, bajo una misma figura: la agresión sexual.

PALABRAS CLAVE

Libertad sexual, agresión sexual, abuso sexual, violencia, intimidación, prevalimiento, consentimiento, proporcionalidad, reforma penal y Convenio de Estambul.

ABSTRACT

This work contains an analysis of the evolution of the typification of sexual crimes in the Spanish Penal Code. It includes a jurisprudential analysis of some essential issues for this class of crimes that have evolved over the years, such as violence, intimidation, prevalence and consent. In addition, comparative law in three different European countries is mentioned. Finally, the work concludes with a description and legal assessment of the new LO 10/2022 of September 6, which unifies the criminal types of sexual aggression and sexual abuse, under the same figure: sexual aggression.

KEYWORDS

Sexual freedom, sexual assault, sexual abuse, violence, intimidation, prevalence, consent, proportionality, penal reform and Istanbul Convention.

GLOSARIO DE SIGLAS

AP Audiencia Provincial

Art Artículo

BJP Bien Jurídico Protegido

BOE Boletín Oficial del Estado

CGPJ Consejo General del Poder Judicial

CP Código Penal

FJ Fundamento jurídico

LO Ley Orgánica

P. Página

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TS Tribunal Supremo

TSJN Tribunal Superior de Justicia de Navarra

Vol Volumen

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

En la actualidad, los delitos contra la libertad sexual son un tema de gran relevancia jurídica y social, ya que son considerados uno de los delitos más lesivos para la libertad y dignidad humana.

En los últimos meses, los delitos sexuales han sido objeto de mayor atención por la reciente reforma en España de la LO 10/2022 de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual. La exposición de motivos de dicha ley se aleja de una descripción de la norma, para hacer un reproche social y feminista, como si de un ideario se tratara y ha puesto de relieve una situación preocupante: la utilización del Código Penal a los intereses de una fracción política.

Este tipo de delitos ha sufrido una compleja evolución y transformación, pues comenzaron por considerarse delitos contra la honestidad sancionando cuestiones como el matrimonio forzoso, al objeto de salvaguardar el honor de la víctima (junto con sus familiares). Más adelante, el bien jurídico protegido evolucionó y se tipificó tal y como lo conocemos en la actualidad: la libertad e indemnidad sexual. Sin embargo, esta evolución no ha finalizado en nuestros días, ya que los delitos sexuales han sido objeto de constantes reformas, así como de debates jurídicos y parlamentarios a lo largo de los años. Todos estos cambios, tratan de dar respuesta a las nuevas tendencias y reivindicaciones sociales como pueden ser, según las referidas exposiciones de motivos así como las manifestaciones públicas ofrecidas por los distintos grupos parlamentarios: la influencia de la normativa internacional, el movimiento feminista, la erradicación del patriarcado, o la mediatización de ciertos casos, como el de la Manada.

El objetivo principal de este trabajo es analizar el estado de la jurisprudencia y la regulación en materia de delitos contra la libertad sexual en el contexto legal actual. Para ello, es importante entender el contexto histórico y su evolución. A continuación, se analizarán algunas cuestiones claves como son: la distinción entre el abuso sexual y la agresión sexual; así como el concepto de violencia, intimidación y prevalimiento. Sin embargo, el eje central del trabajo pivotará sobre el consentimiento y su papel en este tipo de delitos penales. Para entender la concepción del consentimiento se realizará un recorrido por la evolución de la jurisprudencia de los tribunales españoles en los últimos años, y se mencionará la opinión de una gran parte de la doctrina. Además, se destacará

la importancia y la dificultad del contenido de la voluntad en la prueba durante el proceso penal, ya que la forma en la que se prueba el consentimiento constituye uno de los aspectos más relevantes del debate actual.

Por último, se llevará a cabo un análisis de la Ley Orgánica 10/2022, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, su origen, principales cambios, así como una revisión crítica de las consecuencias jurídicas que ha producido.

CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DELITOS SEXUALES

1. Del Código Penal de 1848 a la LO 3/1989

En el título X del CP de 1848 se recogían los **delitos contra la honestidad** entre los que encontramos: la violación, los abusos deshonestos, el estupro o el adulterio. El primero de ellos, **la violación**, venía recogido en el art. 354 CP 1848 que establecía: *“La violación de una mujer será castigada con la pena de cadena temporal. Se comete violación yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos siguientes:*

1º Cuando se usa de fuerza o intimidación

2º Cuando la mujer se halle privada de razón o de sentido por cualquiera causa”

Por tanto, el sujeto activo debía ser un hombre y el sujeto pasivo una mujer. Esta categoría es a lo que actualmente conocemos como agresión sexual con penetración.

Por otro lado, en el art. 355 de ese mismo Código se recogían los **abusos deshonestos**, que consistían en ataques que vulneraban la honestidad, sin que se diera penetración. En este caso, el sujeto pasivo podía ser tanto hombre como mujer y es la categoría que posteriormente se conocería como abuso sexual.

Tanto el delito de violación como el de abuso deshonesto no mantienen cambios significativos tras la aprobación del CP de 1850 ni del CP 1870, donde el bien jurídico protegido seguía siendo la honestidad.

Más adelante se configura el Código Penal de 1928 que fue aprobado durante la dictadura de Primo de Rivera y que tuvo una vigencia de tan sólo tres años. En esta nueva regulación, tanto la violación como los abusos deshonestos seguían recogidos en los delitos contra la honestidad. Sin embargo, se tipificó una nueva agravante que consistía

en la modalidad de comisión de la violación en grupo y que sigue presente en nuestros días. Tras el comienzo de la dictadura franquista, el CP de 1928 queda derogado y se vuelve al Código penal de 1870.

El **Código Penal** franquista de **1945**, tipificaba la violación y los abusos deshonestos en el Título IX “De los delitos contra la honestidad”. En su artículo 429, se tipificaba la violación de una mujer **mediante uso de fuerza o intimidación o privación de razón o sentido o mujer menor de 12 años.**¹ A diferencia de lo que ocurre actualmente, el tipo penal no diferenciaba entre si existía acceso carnal o no, así como tampoco si existía violencia o intimidación. Tampoco se hacía referencia a la falta de consentimiento como elemento del tipo, aunque sí que lo consideraba de manera implícita en los elementos descritos en el tipo, ya que el uso de fuerza, intimidación o privación de sentido, implicaban ausencia de consentimiento o consentimiento viciado.

En los inicios de la democracia y con la promulgación de la **Constitución** de 1978 se realizaron importantes reformas en lo que respecta a la libertad sexual. Con la **LO 3/1989**² se despenaliza el adulterio y el bien jurídico protegido no es la honestidad sino “**libertad sexual**”, ya que se redacta el título como “delitos contra la libertad sexual”. Además, la nueva regulación lleva a cabo una definición de violación en su artículo 429 que consistía en tener **acceso carnal con otra persona por vía vaginal, anal o bucal, bajo las circunstancias de la anterior regulación**, acercándose a un concepto de violación más acorde a nuestros tiempos. Estas circunstancias consistían en fuerza o intimidación, privación de sentido o el hecho de que el sujeto pasivo sea menor de doce años. Por último, el art. 430 tipificaba el resto de agresiones sexuales que no implicasen acceso carnal como podían ser la introducción de objetos o el uso de medios o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios.

2. Código Penal de 1995 y algunas de sus reformas

A través de la **LO 10/1995**³, se introdujeron varios cambios importantes en la regulación de los delitos sexuales en España con el objetivo de adaptar el nuevo CP, nuevamente, al modelo social y jurídico del momento. Sin embargo, el cambio más significativo es que estos delitos comenzaron a dividirse entre **agresión sexual y abuso sexual** con la

¹ Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y se promulga el “Código Penal, texto refundido de 1944”, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944.

² LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (BOE 22 junio de 1989).

³ LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

intención de graduar la pena en atención a la existencia de la violencia o intimidación. Además, el término fuerza, que exigía la necesidad de resistencia física en el sujeto pasivo, y que se empleaba en la anterior regulación, fue sustituido por el de **violencia**.

Tras la LO 11/1999, de 30 de abril⁴, se introdujo una nueva mención, de tal manera que el bien jurídico protegido además de ser la libertad sexual, también era la **indemnidad sexual**, con el objetivo de dar un mayor amparo a los menores e incapaces cuestión que explicaré en el siguiente capítulo. Además, se introducen nuevos agravantes como la especial vulnerabilidad de la víctima o el abuso de la relación de parentesco o superioridad. En 2003 se introdujo en el artículo 179, la mención de “**miembros corporales**”, pues existían problemas de interpretación cuando en ocasiones se introducían partes del cuerpo en lugar de objetos. Por tanto, la redacción incluía acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, y la introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías.

Finalmente, en 2010 se introdujo una nueva mención a la modalidad de abuso sexual denominada “**sumisión química**” que consistía en el uso de fármacos, drogas u otras sustancias análogas que también analizaré a lo largo del presente trabajo.

En cualquier caso, como he mencionado anteriormente el cambio más importante es la distinción entre agresiones y abusos sexuales, que ha estado presente hasta la reciente reforma con la nueva LO 10/2022 de 6 de septiembre⁵ como se expondrá más adelante.

CAPÍTULO III: CONFIGURACIÓN DEL TÍTULO PREVIO A LA NUEVA LEY ORGÁNICA 10/2022 DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

1. Bien jurídico protegido.

El bien jurídico protegido en el Título VIII de la LO 1/2015, de 30 de marzo no ha variado tras la aprobación de la LO 10/2022, de Garantía Integral de la libertad sexual, que es el de la **libertad e indemnidad sexual**. Como sostiene Muñoz Conde, estos dos conceptos

⁴ LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por la LO10/1995, de 23 de noviembre (BOE 1 de mayo de 1999)

⁵ LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, del Código Penal (BOE 7 de septiembre de 2022).

no son los únicos que protege el Título VIII puesto que en los delitos de “exhibicionismo” o “prostitución”⁶ existen otras connotaciones como la moral sexual.⁷

Así, se entiende la **libertad sexual** como la libre determinación de la persona, a consentir actos de naturaleza sexual, cosa que en estos delitos se protege esencialmente en su vertiente negativa, pues se pretende que nadie se vea involucrado en una práctica sexual no aceptada libremente, en la que su cuerpo o una parte de él sea utilizado por otra persona.⁸

Se distingue la libertad sexual, de la **indemnidad sexual**, porque la libertad no es suficiente para amparar a aquellas personas que, por ser menores o incapaces, no se encuentran en situación de mantener relaciones sexuales. Esto no significa que estos sujetos no dispongan de libertad sexual, sino que debido a su “especialidad”, su consentimiento no se reconoce de la misma manera que al resto.⁹ Es decir, en estos delitos, el sujeto pasivo, carece técnicamente de “libertad sexual”, como bien jurídicamente a proteger, pues el legislador considera que **no tiene autonomía** para regir su comportamiento en la esfera sexual.¹⁰ Así pues, lo que se protege en estos casos no es el derecho a decidir cuándo, mantener relaciones, sino el derecho a no ser perjudicado mediante actos de naturaleza sexual, aun consentidos, que puedan perjudicar su formación y libre desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor como se ha proclamado entre varias sentencias por ejemplo, en la STS de 16 de octubre de 2020¹¹. Por tanto, estos delitos protegen a las personas frente a las relaciones sexuales **indeseadas por ellas o indeseables** junto con el **adecuado proceso de formación de menores e incapaces**.

⁶ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 1667/2002, de 16 de octubre de 2002, FJ décimo: “*que la imposición violenta del acto carnal a una persona que ejerce la prostitución constituye el delito de violación, hoy agresión sexual, ya que la persona afectada, con independencia del modo que vive su sexualidad, conserva la autonomía de su voluntad en orden a disponer libremente de su cuerpo y de la sexualidad que le es propia.*”

⁷ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.187.

⁸ Orts Berenguer, E., y Suarez-Mira Rodríguez, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.17.

⁹ *Ibid*, p.19.

¹⁰ Martos Nuñez, J.A., “Mujer y Derecho Penal. Naturaleza, Fundamento y Bienes Jurídicos Protegidos” en “Mujer y Derecho Penal”, *1º edic.*, J.B. Bosh, Barcelona, 2019, pp.79-89.

¹¹ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 3808/2020, de 16 de octubre de 2020. FJ sexto.

2. Agresiones sexuales.

El Capítulo I del Título VIII del CP previo a la reforma, tipificaba las agresiones sexuales en los artículos 178, en su modalidad básica, 179 en la agravada de violación, mientras que adicionalmente 180 que contenía varios subtipos agravados de los dos anteriores.

2.1. Tipo básico

Venía recogido en el art. **178 del CP**: *“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, **utilizando violencia o intimidación**, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”*.

Como se puede apreciar, **la violencia o intimidación** en este artículo, son el elemento diferenciador frente a la figura delictiva del abuso sexual. Ambos métodos se consideran herramientas para **superar la resistencia** de la víctima y **doblegar así su voluntad**. Más adelante me centraré en el desarrollo de estos conceptos jurídicos, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia han ido acotando y clarificándolos a lo largo de los años. Además, para apreciar este delito el sujeto pasivo debe ser mayor de 16 años; debe existir una acción lúbrica y de manera implícita se entiende que hay **ausencia de consentimiento**, pues la violencia e intimidación implican una anulación de la voluntad del sujeto pasivo que **equivale a la falta de consentimiento**.

2.2. La violación

Venía recogido en el art 179 CP: *“(…) cuando la agresión sexual consista en **acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías**, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años.”*

Este tipo castigaba de un modo agravado la agresión sexual cuando consistía en acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las vías mencionadas en el artículo.

Respecto al acceso carnal, “acceder” es equivalente a “hacerse acceder”, según el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS el 25 de mayo de 2005¹². Por tanto, el sujeto activo y el sujeto pasivo podían ser tanto hombre, como mujer.

2.3. Tipo cualificado

Venía recogido en el artículo 180 del CP e incluía agravantes que se aplicaban a los dos delitos anteriores agravando la pena de 5 a 10 años en el caso de las agresiones del 178 y de 12 a 15 años en el caso de violación; y se aplicaban en la mitad superior si concurrían dos o más circunstancias.

Entre las circunstancias podemos encontrar: carácter degradante o vejatorio, actuación conjunta de dos o más personas, situación especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad, superioridad o parentesco o el uso de armas u otros medios igualmente peligrosos.

La jurisprudencia ha venido aclarando, que para que concurra la circunstancia de carácter degradante o vejatorio es necesario que **la humillación, exceda de lo consustancial al delito**, y que no sea por el propio acto sexual, pues en estos delitos y siempre que haya violencia o intimidación existe un componente derivado de su naturaleza que implica degradación, humillación y vejación en las víctimas.¹³

3. Abusos sexuales.

Los abusos sexuales venían recogidos en el artículo 181 y 182 del Capítulo II del Título VIII del Código Penal.

3.1. Tipo básico

El apartado primero del art. 181 del CP disponía: “(...) *el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento realizare actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexual de otra persona será castigado (...)*”. En el abuso sexual se castigaban conductas que atentaban contra la libertad sexual, pero la gravedad y

¹² Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, adoptado en su reunión del día 25 de mayo de 2005.

¹³ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 1868/2005 de 28 de marzo de 2005.

punibilidad eran menores debido a ciertos elementos negativos del tipo. En este caso el elemento clave y diferenciador de la agresión sexual consistía en la **ausencia de violencia e intimidación**, aunque seguía siendo necesario la no presencia del consentimiento válido prestado por el sujeto pasivo. Normalmente esta modalidad se daba en actuaciones sorpresivas de carácter sexual, sin que mediara consentimiento.

Los siguientes apartados consistían en modalidades y agravantes del art.181 CP. El **apartado segundo** se refería a “*abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas:*

A. que se hallen privadas de sentido

Algunos supuestos concretos de privación de sentido son el estado de coma, el sueño, siempre y cuando sea tan profundo que impida al sujeto pasivo aperebirse del acto; desmayo, sustancias depresoras, epilepsia o incluso sonambulismo.

B. o de cuyo trastorno mental se abusare,

En relación con el **trastorno mental**, debe tener cierta entidad, la suficiente como para que el afectado no pueda comprender adecuadamente el significado del acto sexual realizado por una afectación de las capacidades intelectivas y volitivas, que no tiene por qué ser permanente, puede ser pasajero y obedecer a causas temporales como la ingesta de bebidas alcohólicas. Además, ha de probarse que el sujeto activo conocía esa circunstancia y que se ha aprovechado especialmente de ella para llevar la acción a cabo, pues de lo contrario, no lo habría conseguido.¹⁴

C. así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.

La modalidad de abusos sexuales cometidos anulando la voluntad de la víctima mediante el **uso de drogas, fármacos o sustancias similares**, se introdujo en el CP a través de la reforma llevado a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio. La problemática de esta modalidad está en tanto en la necesidad de una prueba de detección de las sustancias tóxicas, como en la de determinar cuál deber ser el grado

¹⁴ Orts Berenguer, E. y Suarez-Mira Rodríguez, C., *ibid.*, p.133

o intensidad que ha de alcanzar la anulación, así como la relación de finalidad entre ambas. Adicionalmente, existen opiniones dentro de la doctrina que no están de acuerdo con equiparar en el mismo artículo, **aprovechar una situación** de indefensión causada por sustancias, con **provocarla**. Consideran que esta modalidad debería equipararse a las **agresiones sexuales**, ya que se utiliza un medio deshonesto y perjudicial para la salud de la víctima que garantiza la comisión del delito, disminuyendo o eliminando la capacidad de defensa de la víctima.¹⁵ Por mi parte, entiendo y comparto la opinión de este sector de la doctrina, ya que administrar dolosamente dichas sustancias es una manera indirecta de violencia, pues se está atacando a la salud física y mental de la víctima. Sin embargo, podríamos encontrar ciertos problemas a la hora de distinguir si el sujeto las consumió voluntariamente y sin su consentimiento, ya que es necesario una prueba que demuestre tal hecho.

Por tanto, en este **segundo apartado** se apreciaban tres modalidades: ausencia de sentido momentánea; imposibilidad de prestar un consentimiento válido por situación de trastorno mental; y anulación de la voluntad mediante el suministro de fármacos o drogas por el autor.

El **apartado tercero** regulaba la agresión sexual con **prevalimiento**: “(...) *la misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga **prevaliéndose el responsable, de una situación de superioridad manifiesta, que coarte la libertad de la víctima***”.

Cierta parte de la doctrina establece que para que se dé el **prevalimiento**, es necesario una relación desnivelada entre autor y víctima, de tal manera que **exista superioridad** del primero respecto al segundo, **coartando** así la libertad de la víctima. Además, el autor debe aprovecharse de esa situación para inclinar la voluntad del sujeto pasivo a complacer su deseo. Por último, la situación de superioridad debe ser manifiesta, real y evidente.¹⁶

Más adelante me centraré en explicar las diferencias, y la estrecha línea que separaba esta figura, abuso sexual con prevalimiento, de la agresión sexual con intimidación.

¹⁵ Sanchez-Moraleda Vilches, N., “El concepto de violencia y problema de la “sumisión química” en los delitos sexuales”, Editorial Jurídica Continental. *Revista electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2019. ISSN: 2531-1565 (disponible en: <http://hdl.handle.net/10045/101972>).

¹⁶ Orts Berenguer, E. y Suarez-Mira Rodríguez, C., *ibid.*, p.136.

3.2. Tipos agravados

Por último, en el art.181.4 y 181.5 se recogían los tipos agravados de abusos sexuales. En el apartado cuatro aparecía el tipo básico en las modalidades anteriormente vistas cuando concurría además acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. Por último, el apartado cinco indicaba que las penas se impondrían en la mitad superior si concurrese la circunstancia tercera y cuarto del art.180 del CP. Estas circunstancias eran situación de vulnerabilidad, por razón de edad, enfermedad, discapacidad o situación de superioridad o parentesco.

Sin embargo, la apreciación de estas circunstancias no podía ni puede violar el principio de *ne bis in idem* que prohíbe la imposición de una dualidad de sanciones. Nadie puede ser sancionado dos veces por la misma conducta que infringe la misma prohibición. Por ejemplo, en un abuso sexual con prevalimiento no podría apreciarse la circunstancia agravante de superioridad o parentesco, pues estaríamos juzgando y castigando dos veces una misma circunstancia.

3.3. El abuso sexual con engaño. El esturpo

El Art. 182 CP recogía en su apartado primero: *“(...) el que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años”*.

Su apartado segundo contenía el tipo agravado *“cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, y el hiperagravado si concurriera la circunstancia 3.a, o la 4.a, de las previstas en el artículo 180.1 del CP.”*

En estos casos nos encontrábamos con supuestos donde el consentimiento se otorgaba, pero estaba **viciado por el engaño** o por una posición de prevalencia. El sujeto pasivo, en este tipo específico, debía ser una víctima de 16 a 18 años.

Este tipo delictivo fue conocido como **estupro fraudulento**, cuando el engaño consistía en una promesa de matrimonio en la que el sujeto no tenía intención de cumplirla.

Se trata de un tipo considerado por algunos autores como obsoleto y anticuado pues actualmente el tipo ha quedado relativamente vaciado de contenido y estas acciones son incorporadas en otros tipos más apropiados.

CAPÍTULO IV: SIGNIFICADO Y DIFERENCIA DE ALGUNAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

1. El concepto de violencia.

La expresión “**violencia**” ha sustituido al término tradicional “fuerza” y se puede definir, según nuestro Tribunal Supremo como: *“toda energía física exterior a la víctima que, proyectada inmediatamente sobre ésta, la determina por haber vencido su resistencia seria y continuada, a realizar o padecer un determinado acto sexual”*.¹⁷ La inmensa mayoría de la doctrina y el TS exigen una acción material con un mínimo de energía para realizar el acto sexual, no siendo válida una fuerza de índole moral, pues ésta se integra en el término “intimidación”, que explicaré a continuación. Como expone la STS de 13 de marzo de 2000¹⁸: *“la violencia resulta patente cuando se dan comportamientos físicos dirigidos a **doblegar a la víctima** a las que sujetó (hecho B); **forcejeó** (hecho C); la **apartó a la fuerza** (hecho D); **se abalanzó** y a la fuerza llevó a su víctima, de doce años de edad hasta un muro próximo (hecho F); pretendió a la fuerza **apartarla hacia un lado** (hecho G)”*.

La mayoría de los autores coinciden en rechazar la idea de carácter irresistible o desproporcionado de la misma y acuden al concepto de “**idoneidad**”. El TS tampoco exige la irresistibilidad de la violencia, conformándose con que sea adecuada y suficiente: *“no se precisa un grado de **irresistibilidad o invencibilidad que haga imposible en términos absolutos cualquier intento de oposición o de freno**”*¹⁹.

Ahora bien, como sostiene Orts Berenguer: *“aquella que sea insignificante, fácilmente vencible o consustancial al propio acto sexual practicado, no puede en absoluto cumplir la función que normativamente se le asigna”*.²⁰ Por todo ello, es necesario: una

¹⁷ *Ibid*, p.31.

¹⁸ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 409/2000, de 13 de marzo de 2000.

¹⁹ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 625/2010, de 6 de julio de 2010 FJ: séptimo.

²⁰ Orts Berenguer, E. y Suarez-Mira Rodríguez, C., *ibid.*, p.39

resistencia física por parte del sujeto pasivo, no puede ser únicamente con palabras; **seria; continuada**, durante un lapso de tiempo; y **no desesperada**, es decir no **se le puede exigir un comportamiento heroico** para defender su libertad sexual.

2. La intimidación.

Para entender el concepto de intimidación y su diferencia con la violencia, conviene tener en cuenta determinadas sentencias en las que el Alto Tribunal se ha ido pronunciado al respecto. Así, la STS núm. 720/2007, de 14 septiembre, señala que *“la intimidación implica el uso de amenaza de un mal con entidad suficiente para eliminar su posible resistencia. La jurisprudencia de esta Sala (cfr., entre otras, la Sentencia de 16 de febrero de 1998) ha señalado que la intimidación, a efectos de integrar el tipo de agresión sexual, debe ser seria, inmediata y grave, y si ello no se produjera, integraría el delito de abuso sexual cuando el consentimiento está ausente”*.²¹

Mientras que la violencia es de naturaleza física, la intimidación es de naturaleza psíquica, y requiere alguna coacción, amenaza o amedrantamiento.²² Por tanto el tipo de agresión sexual abarca distintas modalidades y supuestos, desde la fuerza física a la amenaza.

Además, la Sentencia del Tribunal Supremo 102/2006, de 6 de febrero, afirma *“que la intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima para lesionar, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado, constituido por la libertad o indemnidad sexuales en los delitos de agresión sexual”*.²³

En ambos casos no es necesario que la violencia o intimidación sean irresistibles o invencibles, ni que la víctima llegue al extremo de enfrentarse poniendo en peligro su integridad física, pero sí es preciso que la víctima manifieste **su negativa de tal modo que sea percibida por el sujeto activo**, y éste se aproveche de la situación, salvo que la misma sea suficientemente patente y clara. Es decir, es necesario verificar una situación intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar la voluntad de la víctima,

²¹ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm.720/2007, del 14 de septiembre de 2007.

²² Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 1583/2002, del 3 de octubre de 2002.

²³ Sentencia de lo Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 102/2006, del 6 de febrero de 2006.

frente a la cual podrá ser necesario mostrar algún tipo de resistencia, excepto en aquellos casos en los que no exista duda de ningún tipo sobre la situación a la que nos enfrentamos. Y para ello, es necesario atender a las circunstancias personales de la víctima desde un punto de vista objetivo y subjetivo: *“el miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene alcance objetivamente”*,²⁴ de tal modo que, *“si el sujeto activo ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta”*²⁵.

Por tanto, en una situación en la que la víctima se queda paralizada y en silencio, ante la actitud del autor, **también puede dar lugar a una agresión sexual al entenderse que concurre intimidación**, siempre y cuando la actitud del sujeto sea una intimidación clara y suficiente. Un ejemplo de ello sería el caso de “la Manada” donde el TS apreció la existencia de intimidación ambiental, modificando las calificaciones -y consecuentes las condenas- de abusos sexuales por agresiones sexuales. Nos encontramos así ante un ejemplo muy claro sobre cómo la jurisprudencia se está volviendo cada vez más amplia y flexible, para ser aplicada a una gran variedad de casos.

3. Prevalimiento.

Esta figura aparecía cuando se cometía algunas de las conductas citadas en los artículos 181 y 182 del CP y como consecuencia se producía un delito de abuso sexual, que se diferenciaba de la agresión porque a pesar de que el sujeto activo actuaba con ausencia de consentimiento, el acto no se había producido de forma violenta o intimidatoria. En el caso del prevalimiento, **el consentimiento está viciado** por una relación de superioridad frente a la víctima. Como sostiene Liñán Lafuente²⁶: *“El prevalimiento no tiene porqué ir acompañado de una amenaza, pero sí provocar la limitación de la capacidad de autodeterminación sexual del sujeto pasivo, debido al **temor, la confianza o la sumisión** que la víctima mantiene respecto al sujeto activo”*. De tal manera que existe prevalimiento, cuando el sujeto activo se aprovecha de una situación privilegiada o de superioridad y siendo consciente de ello, abusa del sujeto pasivo. En este caso el

²⁴ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 609/2013 de 10 de julio de 2013.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Liñán Lafuente, A., *Trazos de derecho penal. Parte Especial*, 4º Ed., UNED, versión actualizada con las últimas reformas del Código Penal a fecha 7 de octubre de 2022.

consentimiento está viciado, pues de no darse esa situación de superioridad los actos de carácter sexual, no se hubieran dado.

La STS de 24 de junio de 2004²⁷, concretó los requisitos legales para el tipo de prevalimiento típico en el abuso sexual: “*Los requisitos legales que el texto establece son los siguientes:*

*1º) situación de **superioridad**, que ha de ser manifiesta,*

*2º) que esa situación influya, **coartándola**, en la libertad de la víctima, y*

*3º) que el agente del hecho, **consciente** de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual...”*

Por tanto, el prevalimiento es una coacción **psicológica** que produce que el consentimiento así prestado se encuentre **viciado** o presionado por tal situación.

Un ejemplo de esta situación se encuentra en la STS de 11 de junio de 2014,²⁸ en la que se condenó, a un ginecólogo por varios delitos de abusos sexuales con prevalimiento, al aprovecharse de las exploraciones médicas que realizaba a sus pacientes para llevar a cabo movimientos masturbatorios, como acariciar el clítoris, o introducir sus dedos por la vagina mientras decía “tranquila, cariño”.

Pudiera parecer que haya una línea fina entre la agresión sexual con intimidación o el abuso sexual con prevalimiento. Hasta tal punto que, en la actualidad, el tratamiento de ambas figuradas han quedado equiparadas y unificadas en un mismo tipo penal como veremos más adelante. Sin embargo, conviene aclarar que no es lo mismo acorralar a una mujer en el portal de una casa, golpearla y arrojarla al suelo dejándola semi inconsciente -**violencia**- que amenazarla con estrangularla -**amenaza**-, arrancarle la ropa y penetrarla vaginalmente, que el caso del ginecólogo que se aprovecha de la situación de su profesión -**prevalimiento**- para realizar movimientos masturbatorios a la paciente. En el primero

²⁷ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 658/2004, de 24 de junio de 2004.

²⁸ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 488/2014, del 11 de junio de 2014.

de los casos, el consentimiento está anulado por violencia e intimidación y en el segundo está viciado por la situación de superioridad.

En el caso de “La Manada” La AP de Navarra condenó a los cinco acusados por abuso sexual del tipo agravado del art.181.4, considerando ante la prueba de los hechos, que no existía violencia o intimidación. El resultado de la sentencia indignó a una gran parte del movimiento feminista, bajo algunos lemas como el de: “no es abuso, es violación”, o “Sólo sí es sí”. Ahora bien, el TS²⁹ corrigió la anterior sentencia, tras haber sido confirmada por el TSJN (30 de noviembre de 2018), mediante la apreciación de una **intimidación ambiental y trato especialmente degradante**, así como una actuación **conjunta**, condenando a los sujetos al delito de **agresión sexual cualificada**: *“En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental”*.

Este es el claro ejemplo que comentaba anteriormente, en el que no ha existido oposición expresa de la víctima al acto, ya que debido a su estado de “shock” se quedó en silencio. Sin embargo, la actitud conjunta de cinco agresores y el hecho de apartarla a lugar sigiloso, un portal sin salida, así como el trato degradante, fueron condiciones suficientes para modificar la condenada y ser castigados por delito de agresión sexual. La corrección de la sentencia por parte del TS demuestra cómo la regulación anterior no deja impunes a este tipo de agresores sexuales, ya que a través de nuestro sistema jurídico procesal cualquier calificación jurídica puede ser revisada y modificada.

Este polémico caso ha sido el principal origen para impulsar la creación de la nueva ley³⁰, que ha llevado a unificar ambas figuras en un solo tipo penal, como se va exponer en el Capítulo VI.

Antes de pasar a analizar la reforma penal, me gustaría puntualizar de forma breve cómo se encuentra la regulación europea y cómo ha afectado el Convenio de Estambul al resto de Estados en Europa.

²⁹ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, del 4 de julio de 2019, nº de recuso: 369/2019.

³⁰ LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, del Código Penal (BOE 7 de septiembre de 2022).

CAPÍTULO V: LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL DERECHO COMPARADO.

En algunos países como Italia, Suecia o Islandia, existe el delito de violación cuando la víctima no preste su consentimiento, independientemente de que éste haya sido otorgado de manera consciente y válida. Esta concepción es la que se acerca a la reforma actual en España, bajo el eslogan del “solo sí es sí”. Sin embargo, en otros países europeos, el delito de violación se da cuando existe violencia o intimidación, distinguiendo la agresión y el abuso sexual **en función de los medios comisivos**. A continuación, se enumeran tres ejemplos donde los medios comisivos, como la violencia juegan un papel esencial en la calificación jurídica, ya sea para diferenciar abuso de agresión o para distinguir en la agresión, el tipo básico, del atenuado o agravado.

1. Francia

El Código Penal francés de 1994 regula los delitos contra la libertad sexual en dos tipos penales; uno referente a la agresión sexual, cuando se da violencia, coacción, amenaza o sorpresa; y otro, a la violación, cuando, además, hay penetración sexual. Por tanto, se trata de una regulación que diferencia agresión de violación en función de los concretos actos realizados y no por los medios comisivos, que son idénticos (violencia, coacción, amenaza o sorpresa).

Respecto al consentimiento, siempre se presupone la ausencia del mismo, no distinguiéndose los modos de vencerlo, siempre y cuando se cumplan alguno de los medios comisivos descritos en el tipo penal. En virtud de la ley 212/2010 de 8 de febrero, se introdujo una aclaración en la que se especificó que la coacción podía ser, tanto coacción física como moral³¹, pues podían quedar impunes algunas actuaciones sexuales.

Sin embargo, para diferenciar el tipo básico de violación del tipo agravado o hiperagravado, si son relevantes los medios coercitivos y no la mera ausencia de consentimiento de la víctima como puede ser: la edad, enfermedad, actos barbarie o la muerte.

³¹ Vallejo Torres, C., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”, *Diario La Ley*, nº 9263, Wolter Kluwer, 2018.

2. Portugal

La regulación actual del CP portugués de 1982 es fruto de la reforma llevada a cabo por la ley 83/2015 de 5 de agosto y el tipo básico viene regulado en el artículo 163, que castiga a quien, por medio de violencia, amenaza grave o tras llevar a la persona a un estado de inconsciencia o que le coloque en una situación de imposibilidad de resistir la constraña a realizar o soportar actos sexuales sobre sí misma o a un tercero.

Con la reforma de la ley 83/2015 se introdujo una nueva modalidad comisiva castigando a quien, con medios no comprendidos en el artículo anterior, constraña a la víctima, a realizar o tolerar un acto de naturaleza sexual, pero con una pena de hasta cinco años, con el objetivo de introducir el delito de coacción sexual basado, únicamente, en la ausencia de consentimiento para cumplir con lo establecido en el Convenio de Estambul.³² Por tanto, nos encontramos ante una regulación que distingue dos modalidades y penalidades distintas, una consistente en cometer el delito por **medios violentos** y otra en la que **no hay violencia**, pero se objetiva una falta de consentimiento.

3. Finlandia

El Código Penal Finés, el Rikoslaki, regula los delitos sexuales en su Capítulo 20 y establece dos conductas típicas diferenciadas. Por un lado, tipifica aquellas conductas que consisten en acceso carnal en cualquiera de sus formas **-violación-** y por otro, el resto de conductas de carácter sexual no consentidas **-coacción-**.

Existe **violación** cuando el sujeto activo obliga al pasivo a mantener relaciones sexuales, utilizando violencia o amenazando con la misma. También existe violación cuando el que atente contra el sujeto pasivo aprovechándose que no está en *“condiciones de defenderse o de formar o expresar su voluntad a causa de la ignorancia, la enfermedad, la incapacidad, el medio o cualquier otra condición de indefensión para mantener relaciones sexuales con ella”*. Para este delito se prevé un **tipo atenuado, en función del contenido de la amenaza, todas aquellas que no empleen violencia**, o por las circunstancias del delito. También se prevé un tipo agravado cuando se produzca una

³² *Ibid.*

especial gravedad de los hechos como puede ser: actuación conjunta de varias personas, menor de edad, trato degradante o cuando se cause una lesión corporal grave.³³

El resto de conductas no consistentes en violación, se encuentran bajo la nomenclatura de **coacción** y son todos aquellos actos sexuales que no consistan en acceso carnal.

Esta regulación considera violación cualquier acceso carnal no consentido, pero establece varios tipos, **en función de los medios comisivos**, como la violencia, ya que la intimidación que no verse de emplear violencia contra la víctima, queda bajo el tipo penal atenuado.

En definitiva, mientras que Portugal pone especialmente atención a la forma de cometer el delito sexual, y no solo a la ausencia de consentimiento, para distinguir dos tipos penales considerando factores como la violencia o la intimidación; otros países como Francia o Finlandia presumen siempre la ausencia de consentimiento, castigando con un solo tipo penal, agresión sexual. Sin embargo, tienen en cuenta los medios comisivos a la hora de distinguir el tipo básico del atenuado o el agravado, con el objetivo de modular las penas en función de la gravedad del hecho, y es en este caso donde la violencia juega un papel clave.

CAPÍTULO VI: LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

1. Unificación de los delitos de abuso y agresión sexual.

La nueva LO 10/2022 vino motivada por la iniciativa del Gobierno ante la campaña del “solo sí es sí”, que se originó a raíz del caso de La Manada, (“no es abuso es violación”). En el preámbulo se puede apreciar un componente altamente político pues tiene por objeto la “*erradicación de la violencia sexual*”, la “*discriminación de género*” y la erradicación de “*sistemas patriarcales*” contra las mujeres.³⁴

En cuanto a la acogida que tuvo, la LO 10/2022 que fue aprobada el 25 de agosto de 2022, con 205 votos a favor, 141 en contra y 3 abstenciones, puede destacarse cierta falta

³³ Olalde García, A., “A propósito del proyecto de reforma de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Perspectiva de Derecho Comparado”, *Diario La Ley* nº 154, Wolter Kluwer, 2022.

³⁴ LO 10/2022, de 6 de septiembre de 2022, de garantía integral de la libertad sexual, del Código Penal (BOE 7 septiembre de 2022), p. 5.

de consenso íntegro que se dio, pues viniendo aparentemente de una necesidad o una demanda social, únicamente obtuvo una mayoría del 58,74%.³⁵

La Exposición de Motivos de la misma se alude, entre otras, a la normativa internacional del Convenio de Estambul que España ratificó en 2014 sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. No obstante, algunos autores como Manzanares Samaniego³⁶ critican algunos aspectos del mismo por su falta de rigor jurídico-penal. Por ejemplo, y en primer lugar, porque en su artículo 36 se exige que los hechos “se cometan intencionadamente”, algo incoherente pues nuestro código no contempla este delito por imprudencia. Y, en segundo lugar, por su artículo 27, cuando expone que **cualquier persona** testigo puede denunciar dicho delito a las autoridades. Esta redacción también se recoge en la exposición de motivos de la LO 10/2022 cuando establece: “las violencias sexuales no son una cuestión individual, sino social, estrechamente relacionada con una cultura sexual...” Este precepto sólo tendría sentido si se tratara de un delito público, cuando no lo es a la luz del art.191 CP. Adicionalmente, el objetivo principal de los convenios internacionales es fijar principios y directrices que orienten a los Estados en su actuación. Por tanto, no debemos atender a comprobar si la redacción de nuestro código redacta conductas citadas del artículo 36 al pie de la letra, sino observar si se castigan o no dichas conductas con nuestra legislación. A pesar de que nuestro ordenamiento no hacía mención directa a la falta de consentimiento en la agresión sexual, la utilización de la violencia o intimidación suponían de facto, una clara falta de consentimiento. ¿O no es que el mero hecho de que el bien jurídico sea la libertad sexual no es, implícitamente, reconocer de entrada que tanto las agresiones como los abusos sexuales pivotan en torno a la falta de consentimiento?

El principal cambio que establece la nueva ley es la eliminación del delito de abuso sexual y su **integración** en el delito de agresión sexual, **unificando** ambos delitos en una **sola categoría**, la más grave: agresión sexual. Por tanto, queda configurado artículo 178.1 del CP de tal manera: “*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*

³⁵ Rubido de la Torre, X.L., “Apuntes penales sobre la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (ley del “solo sí es sí””, *Diario La Ley* nº 159, *Sección Estudios*, 2022.

³⁶ Manzanares Samaniego, J.L., “El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, *Diario La Ley* nº 10143, *Sección Doctrina*, La Ley, 2022.

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. El consentimiento: solo sí es sí. Evolución jurisprudencial y eficacia probatoria.

Sin duda, una de las cuestiones más controvertidas de esta reforma ha sido la regulación del **consentimiento expreso**.

La cuestión del consentimiento en España ha sufrido un proceso de transformación jurisprudencial. En los años 80 y 90 el TS hacía referencia a la actitud provocativa de la víctima o su falta de resistencia. Hasta la reforma, el consentimiento expreso o tácito se presumía mientras no constara de violencia, intimidación, prevalimiento, engaño o incapacidad para prestarlo. Además, en las situaciones en las que la víctima tenía una actitud pasiva o de silencio, probar la falta de consentimiento era una cuestión más complicada, pues los signos externos de una violación sin resistencia son similares a los de una relación consentida³⁷. Sin embargo, hemos visto a lo largo de este trabajo cómo la jurisprudencia ha ido siendo cada vez más laxa, hasta el punto de, por ejemplo, afirmar en la STS 658/1999 de 3 de mayo, que establece: *“la realización del tipo se puede dar también cuando la situación de inferioridad en la que se encuentra el sujeto pasivo le permita razonablemente suponer que su resistencia podría acarrearle más perjuicios que ventajas”*.³⁸

También se ha llegado a argumentar la necesidad de esta reforma en las dificultades para probar la ausencia de consentimiento en determinadas agresiones/abusos para soportar eficazmente una eventual sentencia condenatoria. Ahora bien, frente a ello, debemos tener en cuenta que en la mayoría de ocasiones el valor y credibilidad ofrecido por la jurisprudencia a la **declaración de la víctima, especialmente cuando es el único testimonio y medio de prueba**. De este modo, el TS ha ido estableciendo unos parámetros de credibilidad y coherencia, pues es difícil resolver la problemática entre el derecho fundamental de la presunción de inocencia del investigado y el testimonio de la víctima, cuando sea esta la única prueba. Ante estos posibles riesgos, algunos de los

³⁷ Pérez del Valle, C., “La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma”, *Diario La Ley* nº 10045, *Sección Tribuna*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

³⁸ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 658/1999 del 3 de mayo de 1999.

criterios que podemos encontrar en la jurisprudencia³⁹ son: el de **credibilidad subjetiva**, que no exista relación personal entre posible autor y víctima que “dé lugar a un móvil de resentimiento o venganza”; el de **verosimilitud o credibilidad objetiva**, es decir, que el testimonio sea lógico y coherente; y el de **persistencia** en la inculpación, sin ambigüedades y vaguedades. Además, en la STS de 12 de enero de 2017,⁴⁰ se establece que la falta de uno de estos parámetros no invalida la declaración y puede compensarse con el reforzamiento de otro, pero *“cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, un insuficiente cumplimiento de los tres parámetros impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma (o lo que es lo mismo, por sí sola) para desvirtuar la presunción de inocencia como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar incertidumbre”*. Por último, respecto a la declaración de la víctima como elemento de prueba es esencial que se cumplan los elementos corroboradores externos⁴¹ y las garantías que el TS⁴² exige: juicio sobre la **validez de la prueba**, sobre su **suficiencia**, que tenga **entidad suficiente** para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y juicio sobre la **motivación y razonabilidad** de la misma. Estos criterios se han visto reflejados en recientes sentencias cuando se quiere probar la inexistencia de consentimiento tal y como reconoce el TS⁴³ cuando señala: *“no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial”*. Por todo ello, el *“Tribunal de instancia extrae su convencimiento de un conjunto de elementos probatorios”*⁴⁴ y atiende a comprobar la veracidad y coherencia que proyecta la expresión del testimonio de la víctima.

Por su parte, el Convenio de Estambul define el consentimiento y establece 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”. Ahora bien, el convenio en su artículo 36, **no impone la eliminación y la**

³⁹ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 381/2014 del 21 de mayo de 2014.

⁴⁰ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 989/2016, del 12 de enero de 2017.

⁴¹ 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”, *Diario La Ley*, nº 10154, *Sección Tribuna*, La Ley, 2022.

⁴² Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 573/2017 de 18 de julio de 2017.

⁴³ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 340/2020 del 22 de junio de 2020.

⁴⁴ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 596/2022, de 15 de junio 2022.

distinción entre abuso y agresión ni establece cuáles son los medios necesarios para manifestar esa voluntad, sino que deja un **margen de apreciación**⁴⁵. Prueba de ello, es la regulación portuguesa, que si ha mantenido la distinción, como hemos visto anteriormente. De hecho, distingue y establece que la violencia sexual puede darse con un componente físico o sin él, pudiendo ser este el motivo que llevó al legislador de 1995 a distinguir entre agresión y abuso sexual, cumpliendo así con el principio de proporcionalidad.

Con la nueva ley orgánica: *“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**”*.

El objetivo de la nueva ley es erradicar la problemática de la prueba, de tal manera que, si no hay consentimiento en esas condiciones, ha de presumirse que no lo hay. Es decir, para solucionar el problema de la prueba, se establece que cuando no conste el consentimiento, se ha de entender dicha conducta como realizada en contra de la voluntad de la víctima, convirtiéndose en **regla de la prueba**⁴⁶. Por tanto, comete delito, no solo el que atenta contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento, sino también el que realice dicho acto sin que la víctima haya manifestado su consentimiento libremente en atención a las circunstancias del caso.⁴⁷ Tomé García considera que la intención que perseguía el Ministerio de Igualdad en el anteproyecto era la inversión de la carga de la prueba, siendo el acusado, quien ha de probar que hubo acto de consentimiento de la otra persona, existiendo condena en caso de duda. Esto supondría una **vulnerabilidad al principio de presunción de inocencia** y al **principio de “in dubio pro reo”**, razonamiento que se ha admitido y ha producido ciertos cambios en la definición del consentimiento entre el Anteproyecto, que consideraba que no existía consentimiento cuando no se daba una manifestación libre voluntaria expresa y consciente, y la nueva ley, que introduce “en atención a las circunstancias del caso”.

⁴⁵ Conclusión sexagésimoquinta del informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de La Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

⁴⁶ Acale Sánchez, M. y Faraldo Cabana, M., *Presentación, en las mismas (dir.), La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 109 y ss.

⁴⁷ Tomé García, J.A., “La ley del “solo sí es sí”: consentimiento sexual y carga de la prueba”, *Diario La Ley*, nº159, Sección de Estudios, La Ley, 2022.

La inversión de la carga de la prueba vulnera el principio de presunción de inocencia, uno de los pilares del sistema judicial español e internacional, pues cualquier persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario. Con este cambio, podrían condenarse a personas inocentes, en caso de duda o falta de pruebas que demuestren que el sujeto no ha cometido delito.

Algunos autores, critican la expresión tipificada en la ley de: “*actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona*”, señalando que esta nueva ley establece cuáles son los caminos de la sexualidad o cómo se debe manifestar la misma⁴⁸. En el mismo sentido, Paredes⁴⁹ recuerda que: “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 muy difícil llevar a cabo una delimitación de cómo se presta el consentimiento, ahora bien, no siempre el mismo, se da con actos expuestos, ¿qué sucede con los gestos, miradas, movimientos corporales, mensajes de texto, etc? Debe aceptarse que este sí quiero, puede manifestarse de muchas formas,⁵⁰ pero como establece Álvarez García: ¿cómo tratar esta realidad tan rica y diversa en el concepto de “acto”? Este concepto de contenido equívoco podría vulnerar el principio de legalidad, pues el ámbito de prohibición no queda claro. Por ejemplo, en el caso de una pareja, ese “acto” puede consistir en un “no acto” como establece la STS 17 de noviembre de 1995⁵¹: “*dada una determinada relación entre personas, cuando el modo corriente y usual de proceder implica el deber de hablar, si el que puede, y debe hablar no lo hace, se ha de reputar que consiente en aras de buena fe*”. Por tanto, el tratar de llevar a cabo una definición del consentimiento, como intento de **resolver anticipadamente el problema** de la prueba considero que acarrea más problemas que soluciones, pues la prueba no consiste en un solo acto, sino en un conjunto de circunstancias.⁵²

⁴⁸ Álvarez García F.J, “La libertad sexual en peligro”, *Diario La Ley* nº 10007, *Sección Tribuna*, Wolters Kluwer, 2022.

⁴⁹ Paredes Castañón, J. “La libertad sexual en peligro” *Diario La Ley* nº 10007, Wolter Kluwer, 2022

⁵⁰ De la Mata Barranco, N.J, “Aspectos penales de la nueva ley de garantía integral de la libertad sexual (II)”, *Almacén de Derecho*, 14 de octubre de 2022. Disponible en: <https://almacenederecho.org/aspectos-penales-de-la-nueva-ley-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual-i>

⁵¹ Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, Rec. 1527/1992, de 17 de noviembre de 1995.

⁵² Álvarez García F.J, “La libertad sexual en peligro”, *Diario La Ley* nº 10007, *Sección Tribuna*, Wolters Kluwer, 2022.

Por todo ello, **la verdadera complejidad y el debate está en la prueba del contenido de la voluntad** de los sujetos que mantienen la relación sexual, y no en definir el consentimiento. Así pues, el CGPJ consideró la definición del consentimiento innecesaria: *“La cuestión problemática que plantea el consentimiento no es conceptual (que deba ser consentimiento), sino probatoria (cuándo existe o no consentimiento)”*, es decir, las dificultades procesales de acreditación, no pueden trasladarse a la tipicidad.⁵³ Por todo ello, la inclusión de diversos elementos imprecisos en el tipo subjetivo, en lugar de facilitar la labor de los tribunales, en ocasiones, puede provocar un efecto contrario, desprotegiendo a la víctima⁵⁴.

Otra cuestión es la falta de rigor jurídico-penal que ha tenido el legislador, en el apartado tercero del artículo 178, con la nueva redacción que añade una **cuestión que era obvia**: *“el órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran ...”*, pues en todos los casos el juez siempre ha razonado la condena. Sin embargo, como sostiene Rubido de la Torre⁵⁵, puede ser que el legislador haya tenido sospechas de la subjetividad supuesta de algunos jueces, como sucedió con el caso de la manada, pero que en realidad **es inexistente**, pues siempre **puede ser corregido** por vía de recursos de segunda instancia.

Por último, es una cuestión claramente controvertida, desde mi punto de vista y del de otros juristas como Tomé García,⁵⁶ el entender que sólo hay consentimiento cuando el mismo se ha manifestado con **claridad**, y esta exigencia no se corresponde con la realidad, ya que **una cosa es consentir un acto sexual, y otra muy diferente, exigir que dicho consentimiento se manifieste de “manera clara”**. Podría suceder que el consentimiento **no** se haya manifestado de forma **clara** y, sin embargo, la relación sexual haya sido consentida. En consecuencia, el hecho sería punible y, por tanto, debería ser castigado, aunque realmente no se hubiera producido una lesión en el bien jurídico.

⁵³ Conclusión sexagésimosexta del informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de La Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual

⁵⁴ 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” *Diario La Ley*, nº 10154, *Sección Tribuna*, Wolters Kluwer, 2022.

⁵⁵ Rubido de la Torre, X.L., *id.*

⁵⁶ Tomé García, J.A., *id.*

Supongamos que una pareja al levantarse en el lecho conyugal comienza a tener relaciones sexuales. En un momento de la relación uno de ellos da señales de que no se siente cómodo y prefiere parar, aunque decide continuar la relación sexual. Con la actual regulación esta situación podría considerarse como una relación no consentida y, por tanto, uno de los sujetos sería condenado por agresión sexual o violación, pues se ha eliminado la figura del abuso sexual. En esta situación, el tipo penal termina atacando al mismo bien jurídico que se pretende proteger.

Por último, este caso, sería equiparable al polémico caso de la Manada o al caso del hombre que acorrala una mujer la golpea y la penetra, pues todos ellos han sido condenados por el mismo tipo penal, agresión sexual o violación. ¿Son justas, graduadas y equitativas ambas calificaciones jurídico-penales?

3. Consecuencias. Principio de proporcionalidad, eficacia y revisión de condenas.

1. La primera consecuencia de la decisión de no graduar el atentado a la libertad sexual es que se vulnera el **principio de proporcionalidad** pues la falta de consentimiento en cualquier acto de carácter sexual, es suficiente para tipificar penalmente el hecho como agresión sexual, **independientemente de la gravedad de la infracción**. No parece lógico castigar cualquier ataque a la libertad sexual, sin distinguir las conductas en atención a la gravedad de los hechos. De esta manera, se considera violación tanto el caso en el que el marido se levanta un domingo en el lecho conyugal y penetra vaginalmente a la mujer, la cual ha adoptado una actitud pasiva de “dejar hacer”, sin prestar consentimiento, con el caso en el que el sujeto accede carnalmente a la víctima después de llevarla a un descampado y agredirla físicamente.⁵⁷ En el caso de las relaciones matrimoniales o de pareja, la costumbre o la convivencia hace que muchos actos sexuales no requieran de un acto de consentimiento o permiso explícito. Tanto en parejas sentimentales, como fuera de una relación sentimental, resulta un tanto absurdo tener que solicitar permiso verbal, por escrito, o a través de una firma digital, que ya puede hacerse con la aplicación *iSex*, para evitar ser acusado de una agresión sexual. Esta aplicación nace para evitar las denuncias falsas, lo que ha

⁵⁷ Gimbernat Ordeig, E. “Solo sí es sí”. *Diario del Derecho*, 2020, p.2. ISSN 2254-1438

generado un gran debate en materia de educación sexual, pues el consentimiento no puede desembocar en un contrato o una transacción mercantil.

Dicha idea nace con la **exigencia del consentimiento indubitado** de la mujer para evitar ser juzgado de un delito de agresión sexual, con independencia de la interpretación de los jueces ante los hechos, como sucedía hasta antes de la reforma. Esta cuestión es incompatible con la doctrina jurídica, pues los jueces son los encargados de juzgar si la acción ha sido consentida o no a través de herramientas como la jurisprudencia. Los tribunales, únicamente podrán modular la pena del delito de agresión sexual en atención a la gravedad de los hechos, lo que supondrá una gran carga de trabajo para las “agresiones” de escasa gravedad en las que no haya falta de consentimiento sino consentimiento condicionado.⁵⁸

Por tanto, la verdadera problemática de los delitos sexuales no es una cuestión de legislación sino de prueba, y más allá de lo dicho hasta ahora, **esta nueva ley ni resuelve el problema ni lleva consigo una reforma procesal**. Que el consentimiento sea probado por el acusado, es algo insólito y que no puede darse en el mundo jurídico.⁵⁹ Por tanto, esta nueva reforma **no ha constituido un avance** frente a nuestros textos anteriores, ni ha ganado en sencillez.⁶⁰ Esta problemática ya la venía aclarando el TS como se ha ido explicando anteriormente y se expone en la STS 145/2020⁶¹ cuando establece que: “si no existe el consentimiento, **la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor**, ya que “no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer”, sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas, que es lo que aquí ocurrió con la presencia de los tres recurrentes”.

2. La cuestión del consentimiento debería abordarse desde un **plano educativo y no jurídico-penal**, pues éste siempre debe ser el último instrumento al que la sociedad debe recurrir. “Sí es sí” es un buen enfoque a efectos educativos para enseñar a la gente de todos los niveles educativos. Sin embargo, como sostiene Hörnle⁶² el

⁵⁸ Manzanares Samaniego, J.L., *id.*

⁵⁹ Rubido de la Torre, X.L., *id.*

⁶⁰ Manzanares Samaniego, J.L., *id.*

⁶¹ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 145/2020 de 14 de mayo de 2020.

⁶² Hörnle, T. “Un requisito general de que siempre haya consentimiento explícito no es una buena solución en Derecho Penal”, *el País*, 8 de marzo de 2020. Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-03->

Derecho penal es otra cosa, y un requisito general de que siempre haya consentimiento explícito, no es una buena solución. Por tanto, sí que estoy de acuerdo con la filosofía educativa que inspira el “solo sí es sí”, pero su traslado al tipo penal es peligroso, puesto que nos podemos encontrar con sentencias condenatorias en las que haya duda de la existencia del consentimiento, en las que se consideró que la víctima no prestó de “manera clara” su consentimiento, y sin embargo fuera una relación consentida y el autor sea culpado de agresión sexual, vulnerando así el principio de **presunción de inocencia**.

3. Además, con la supresión de la figura de abuso sexual se produce una problemática para los casos en los que se produce un **error en el manifiesto de la oposición** de la víctima. Un ejemplo sería la persona que espera en la oscuridad a la otra, haciéndose pasar por su pareja y la víctima consiente, pues cree que se trata de su pareja.⁶³ ¿Cómo se puede aquí probar la expresión: “solo se entenderá que hay consentimiento”?
4. Por último, como consecuencia de la entrada en vigor de esta nueva ley, se ha producido **la revisión de condenas y rebaja de penas** en más de 720 condenados por delitos sexuales, así como **la excarcelación** de 74 personas.⁶⁴

A continuación, se incluye un cuadro, en el que se compara la horquilla de penas antes de la reforma y después, tras la unificación de abuso y agresión en una misma figura. La deficitaria técnica legislativa ha dado lugar a centenares rebajas de condenas generadoras de tanta alarma social como la que supuestamente justificaba modificar los tipos penales en el modo en que se ha hecho.

[08/un-requisito-general-de-que-siempre-haya-consentimiento-explicito-no-es-una-buena-solucion-en-derecho-penal.html](#)

⁶³ Pérez del Valle, C., *id.*

⁶⁴ Bonilla, P., “721 delincuentes sexuales han visto rebajadas sus penas y 74 han sido excarcelados por la ley del solo sí es sí, según los datos del CGPJ”, *Newtral*, 3 de marzo de 2023. Disponible en: <https://www.newtral.es/datos-rebajas-condenas-ley-si-es-si/20230302/>

Figura 1: Tabla comparativa de los cambios en las condenadas, surgidos en el Código Penal, tras la aprobación de la ley del “solo sí es sí”.

	Antes de la reforma	Después de la reforma
Abuso sexual	1 a 3 años	Desaparece
Abuso sexual con acceso	4 a 10 años	Desaparece
Agresión sexual	1 a 5 años	1 a 4 años
Agresión sexual con acceso carnal	6 a 12 años	4 a 12 años
Tipo agravado de agresión sexual	5 a 10 años	2 a 8 años
Tipo agravado de agresión sexual con acceso carnal	12 a 15 años	7 a 15 años
Agresión sexual con acceso carnal a menor de 16 años	8 a 12 años	6 a 12 años
Agresión sexual con acceso carnal a menores de 16 años utilizando especial violencia	12 a 15 años	10 a 15 años

Fuente: Marín, L. en Economist & Jurist

El legislador ha modificado la horquilla de penas, estableciendo penas inferiores para la agresión sexual y ha conllevado una rebaja de penas a tenor del art 2.2 del Código Penal, que establece que: *“tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena”*, cumpliendo así el principio de **retroactividad** e *in dubio pro reo*.

Un ejemplo de las centenares reducciones de condenas, es la rebaja que lleva a cabo el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal de la Coruña⁶⁵ en la que se rebaja seis meses la condenada, a un autor de un delito de agresión sexual cometido a la hija de su pareja, menor de 4 años, por introducir sus dedos en la zona vaginal de la menor, (antiguo artículo 183. 1, 3, 4 a) y d)) del Código Penal. La Sala razonó en sentencia que: *en ausencia de disposiciones transitorias específicas, cabe la revisión de condenas por así permitirlo los artículos 9.3 de la Constitución española y 2.2 del Código penal*, pero atendiendo a las concretas circunstancias del caso y haciendo un ponderado análisis de en qué medida favorece al reo la nueva

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, núm. 121/2022 de 24 de noviembre de 2022.

*legislación con preferente **atención a la voluntad legis**, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial, y **no atendiendo a la voluntad legislatoris**, pues este último no constituye un criterio hermenéutico válido como es bien conocido. Y, evidentemente, la manera en que los tribunales han ido procediendo en las sucesivas revisiones que han tenido ocasión de abordar desde la entrada en vigor del Código penal de 1995, forma un cuerpo doctrinal que ha de ser observado en aquello que al reo pueda beneficiar.*

Otro ejemplo de ello, es el de la excarcelación de Cándida acordada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca el pasado 7 de noviembre de 2022, que cumplía una pena de tres años de privación de libertad por una agresión sexual en la modalidad del tipo agravado. El Tribunal consideró que, de acuerdo a la nueva normativa, la pena por estos hechos no podía exceder de 2 años, y, por tanto, se debía proceder a la inmediata excarcelación. Si nos fijamos en la tabla comparativa la horquilla de penas de este delito antes de la reforma era de 5 a 10 años y ahora es de 2 a 8 años.

Por último, mencionar que esta reducción de penas no ha sido sorpresiva pues el CGPJ en su informe al anteproyecto de la norma en la octogésimacuarta conclusión advirtió al Ministerio de Igualdad lo que ocurriría con la reducción del límite máximo de algunas penas.

4. Análisis de las propuestas de las modificaciones de la ley en tramitación.

Tras las graves consecuencias que se han producido con la entrada en vigor de la reforma, algunos grupos parlamentarios llevaron a cabo proposiciones de modificación de la ley. Un ejemplo de ello, es la proposición presentada el 23 de diciembre de 2022 por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso⁶⁶, que solicita elevar nuevamente las penas hasta los límites anteriores a la reforma. El grupo parlamentario reconoce que las revisiones iniciadas son inevitables, sin embargo, pretende evitar que quien cometa dichas agresiones en un futuro, se beneficie de una norma penal más benevolente y más injusta para la sociedad.

⁶⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los diputados. XIV Legislatura. Proposición de Ley 122/000282, de 23 de diciembre de 2022.

El Ministro de la Presidencia, Félix Bolaños, también ha pretendido realizar cambios para “corregir efectos indeseados” y “evitar la rebaja de las penas”. Sin embargo, aunque se aumenten de nuevo los límites, el daño producido en las condenas revisadas o en proceso de revisión, es inevitable por el principio de retroactividad de la ley más favorable al reo. No existe reforma legal alguna que consiga contradecir al artículo 2.2 del CP y 9.3 de la CE. En definitiva, modificar la ley no va a solucionar todos los efectos que se han producido de rebaja de condenas y excarcelación de agresores sexuales. Aumentando de nuevo el límite estaríamos volviendo a la misma situación anterior a la reforma, misma horquilla de penas para la agresión sexual. Además, esas mismas penas son las que se aplicarán en las situaciones anteriormente consideradas como abusos sexuales violando nuevamente el principio de proporcionalidad.

El pasado martes 7 de marzo, salió adelante la reforma de la ley del solo sí es sí, con 231 votos a favor (PSOE, PP, Ciudadanos, PNV y otros grupos parlamentarios), 58 abstenciones, como las del partido político VOX y 56 en contra de Unidas Podemos, ERC, EH Bildu y otros grupos parlamentarios. El objetivo de la reforma es el expuesto anteriormente, es decir, tratar de evitar el efecto no deseado de imponer penas bajas para casos graves, y la solución es volver a elevar las penas mínimas.

Por todo ello considero, que esta reforma no ha traído tantas soluciones como problemas ha dado, pues ha consistido en ser una reforma que algunos políticos han utilizado para atraer el reclamo electoral. La anterior regulación era acorde al Convenio de Estambul, pues el eje central de la misma estaba en el consentimiento, aunque de manera indirecta y siendo menos visible en algunos tipos penales. Elevando las penas mínimas a las anteriores del tipo de agresión sexual, estaríamos volviendo al mismo punto de partida, y los abusos sexuales quedarían exactamente equiparados a la agresión sexual, sin poder modificar la pena en función de la menor gravedad.

CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES

Tras haber profundizado en el estudio y la tipificación de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual, a través de la jurisprudencia, doctrina e informes del CGPJ, he podido llegar a las siguientes conclusiones.

1. La evolución de los delitos sexuales ha sufrido una compleja evolución y transformación a lo largo de la historia. Con el Código Penal de 1995 se tipificaron y se diferenciaron de forma acertada, dos figuras: el abuso sexual y la agresión sexual, con el objetivo graduar los atentados contra la libertad sexual en función de la gravedad, cumpliendo así con el principio de proporcionalidad. La violencia o intimidación eran los medios comisivos para distinguir entre ambos tipos, ya que tales circunstancias exigían una respuesta punitiva más severa.
2. La LO 10/2022 de Garantía Integral de la libertad sexual, introduce una serie de cambios, destacando por encima de todos ellos, la eliminación del delito de abuso sexual y su integración en el tipo de agresión sexual, unificando ambos delitos en una sola categoría, la más grave: agresión sexual. A mi parecer, suprimir la distinción entre ambas figuras, no es una solución acertada. Quizás sí hubiera sido efectivo llevar a cabo una reforma en la que se delimitase de forma más clara la estrecha línea que separaba ambos tipos penales. Otra solución hubiera sido unificar ambas figuras en agresión sexual, pero añadiendo un tipo atenuado, para graduar las conductas menos graves, que se asemejen al antiguo abuso sexual, como se ha llevado a cabo, en Finlandia, regulación anteriormente analizada en el apartado de Derecho comparado.
3. La reforma tiene su origen en el mediático caso de la manada y la normativa internacional, del Convenio de Estambul, que tiene como objetivo prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y da una definición del consentimiento. Sin embargo, éste no impone la eliminación y la distinción entre abuso y agresión ni establece cuáles son los medios necesarios para manifestar esa voluntad, sino que deja un margen de apreciación.

4. A pesar de que nuestro ordenamiento no hacía mención directa a la falta de consentimiento en la agresión sexual, la utilización de la violencia o intimidación suponían de facto, una clara falta de consentimiento. El hecho de que el bien jurídico sea la libertad sexual implica reconocer que todo pivota sobre la falta de consentimiento.

El consentimiento ha estado siempre presente en estos delitos y la jurisprudencia ha ido aclarando situaciones complicadas, hasta el punto de entender que no hay consentimiento, aunque la víctima no se oponga de manera clara e inequívoca. A lo largo del estudio hemos visto cómo, puede considerarse ausencia de consentimiento, aunque la víctima se quede paralizada, ya que su resistencia podría acarrearle más perjuicios que ventajas.

5. La verdadera complejidad y el debate está en la prueba del contenido de la voluntad de los sujetos que mantienen la relación sexual, y no en definir el consentimiento. No es una cuestión de legislación sino de prueba, y esta nueva ley no resuelve el problema, ya que no lleva consigo una reforma procesal.

Por tanto, el intento de resolver anticipadamente el problema de la prueba, con la nueva técnica legislativa, considero que ha acarreado más problemas que soluciones o avances frente a los textos anteriores, pues la prueba no consiste en un solo acto, sino en un conjunto de circunstancias. El juez deberá seguir comprando si existe o no consentimiento, y el hecho de que se defina el consentimiento, no facilita esta labor para los tribunales, pues antes de la reforma ya conocían lo que era consentimiento y lo que no lo era. El objetivo de la reforma es conseguir una redacción de los tipos más acordes a la realidad social, sin embargo, en las relaciones sexuales, y en especial en las relaciones de pareja, la constatación del consentimiento no es algo sencillo o claro de probar ante un juez y supondrá una mayor carga de trabajo para los tribunales.

6. La nueva reforma supone una violación al principio de proporcionalidad ya que, la falta de consentimiento en cualquier acto de carácter sexual, es suficiente para tipificar penalmente el hecho como agresión sexual, independientemente de la gravedad de la infracción. Además, la inversión de la carga de la prueba, supone una

violación al principio presunción de inocencia, consagrado en el art. 24.2 de nuestra Constitución o en el art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

7. Esta nueva regulación ha pretendido construir un concepto ideológico o simbólico de violación para convertirlo en normativo. Sin embargo, la cuestión del consentimiento debería abordarse desde un plano educativo y no jurídico-penal, ya que éste siempre debe ser el último instrumento al que la sociedad debe recurrir. La ley penal tiene como objetivo castigar y prevenir a los ciudadanos, pero no educar a la sociedad ni erradicar los sistemas patriarcales como se pretende en la exposición de motivos de la nueva ley. Es en la educación familiar o escolar o en el mundo laboral donde se debe enseñar y luchar contra la discriminación de género y erradicar los sistemas patriarcales.
8. Tras la entrada en vigor de esta nueva ley, se ha producido la revisión de condenas y rebaja de penas en más de 720 condenados por delitos sexuales, así como la excarcelación de 74 personas a tenor del art. 9.3 de la CE y 2.2 del CP del principio de retroactividad e *“in dubio pro reo”*. Ante esta situación, ciertos grupos parlamentarios han iniciado la reforma de la ley, para evitar ese efecto indeseado, volviendo a elevar las penas mínimas del tipo de agresión sexual. Todo ello, nos vuelve a poner en el mismo punto de partida, y se equipara, por tanto, con la misma calificación jurídica, el delito de abuso sexual con el de agresión sexual.

CAPÍTULO VIII: REFERENCIAS

1. LEGISLACIÓN:

Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y se promulga el “Código Penal, texto refundido de 1944”, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944.

LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (BOE 22 junio de 1989).

LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE 1 mayo de 1999).

LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 de marzo de 2015).

LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, del Código Penal (BOE 7 de septiembre de 2022).

2. JURISPRUDENCIA:

Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, Rec. 1527/1992, de 17 de noviembre de 1995.

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 658/1999 del 3 de mayo de 1999. - Roj: STS 2967/1999 - ECLI:ES:TS:1999:2967.

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 409/2000, de 13 de marzo de 2000, ES:TS:2000:2002 (<https://vlex.es/vid/-51985634>).

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 1583/2002, del 3 de octubre de 2002 - ES:TS:2002:6427.

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 1667/2002, de 16 de octubre de 2002 - ES:TS:2002:6774. FJ décimo.

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 658/2004, de 24 de junio de 2004. ES:TS:2004:4426.

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 1868/2005 de 28 de marzo de 2005. - ECLI:ES:TS:2005:1868.

Sentencia de lo Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 102/2006, del 6 de febrero de 2006 - ES:TS:2006:476.

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm.720/2007 y nº de recurso: 2283/2006, del 14 de septiembre de 2007 - ES:TS:2007:6186.

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 625/2010, rec. 10206/2010 de 6 de julio de 2010 FJ: séptimo - ES:TS:2010:3840.

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 609/2013 de 10 de julio de 2013.

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 381/2014 del 21 de mayo de 2014.

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 488/2014, del 11 de junio de 2014 - ES:TS:2014:2554.

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 989/2016, del 12 de enero de 2017, Rec. 971/2016 - ES:TS:2017:86.

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 573/2017 de 18 de julio de 2017.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, del 4 de julio de 2019, nº de recuso: 369/2019. Roj: STS 2200/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2200.

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 145/2020 de 14 de mayo de 2020.

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 340/2020 del 22 de junio de 2020.

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 3808/2020, de 16 de octubre de 2020. FJ sexto. Fecha de la última consulta: 3 de febrero de 2023. Roj: STS 3808/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3808.

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 596/2022, de 15 de junio 2022.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, núm. 121/2022 de 24 de noviembre de 2022. Roj: STSJ GAL 7441/2022 – ECLI:ES:TSJGAL:2022:7441

3. OBRAS DOCTRINALES:

- Acale Sánchez, M. y Faraldo Cabana, M., “Presentación”, en las mismas (dir.), “*La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 109 y ss.
- Álvarez García F.J., “La libertad sexual en peligro”, *Diario La Ley* nº 10007, *Sección Tribuna*, Wolters Kluwer, 2022.
- Gimbernat Ordeig, E. “Solo si es si”. *Diario del Derecho*, 2020, p.2 ISSN 2254-1438
- 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” *Diario La Ley*, nº 10154, *Sección Tribuna*, La Ley, 2022.
- Liñán Lafuente, A., *Trazos de derecho penal. Parte Especial*, 4º Ed., UNED, versión actualizada con las últimas reformas del Código Penal a fecha 7 de octubre de 2022.
- Manzanares Samaniego, J.L., “El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, *Diario La Ley* nº 10143, *Sección Doctrina*, La Ley, 2022.
- Martos Nuñez, J.A., *Mujer y Derecho Penal. Naturaleza, Fundamento y Bienes Jurídicos Protegidos en Mujer y Derecho Penal*, 1º edic., J.B. Bosh, Barcelona, 2019, pp.79-89.
- Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.187.
- Olalde García, A., “A propósito del proyecto de reforma de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Perspectiva de Derecho Comparado”, *Diario La Ley* nº 154, *Sección Derecho Procesal Penal*, Wolter Kluwer, 2022.
- Orts Berenguer, E. y Suarez-Mira Rodríguez, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.17.
- Paredes Castañón, J. “La libertad sexual en peligro” *Diario La Ley* nº 10007, Wolter Kluwers, 2022.
- Pérez del Valle, C., “La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma”, *Diario La Ley* nº 10045, *Sección Tribuna*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022.
- Rubido de la Torre, X.L., “Apuntes penales sobre la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (ley del “solo sí es sí””, *Diario La Ley* nº 159, *Sección Estudios*, La Ley, 2022. ISBN-ISSN: 2254-903X

Sanchez-Moraleda Vilches, N., “El concepto de violencia y problema de la “sumisión química” en los delitos sexuales”, Editorial Jurídica Continental. *Revista electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2019. ISSN: 2531-1565 (disponible en: <http://hdl.handle.net/10045/101972>)

Tomé García, J.A., “La ley del “solo sí es sí”: consentimiento sexual y carga de la prueba”, *Diario La Ley*, nº159, *Sección de Estudios*, La Ley, 2022. ISBN-ISSN: 2254-903X

Vallejo Torres, C., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”, *Diario La Ley*, nº 9263, Wolters Kluwer, 2018.

4. OTROS:

Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, adoptado en su reunión del día 25 de mayo de 2005.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los diputados. XIV Legislatura. Proposición de Ley 122/000282, de 23 de diciembre de 2022.

Bonilla, P., “721 delincuentes sexuales han visto rebajadas sus penas y 74 han sido excarcelados por la ley del solo sí es sí, según los datos del CGPJ”, *Newtral*, 3 de marzo de 2023. Disponible en: <https://www.newtral.es/datos-rebajas-condenas-ley-si-es-si/20230302/>

Conclusión sexagésimoquinta del informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de La Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

Conclusión sexagésimosexta del informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de La Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

De la Mata Barranco, N.J., “Aspectos penales de la nueva ley de garantía integral de la libertad sexual (II)”. *Almacén de Derecho*, 13 de octubre de 2022. <https://almacendederecho.org/aspectos-penales-de-la-nueva-ley-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual-i>

Hörnle, T., “Un requisito general de que siempre haya consentimiento explícito no es una buena solución en Derecho Penal”, *El País*, 8 de marzo de 2020.

<https://elpais.com/sociedad/2020-03-08/un-requisito-general-de-que-siempre-haya-consentimiento-explicito-no-es-una-buena-solucion-en-derecho-penal.html>

Marín, L., “Las penas tras la ley del solo sí es sí: cómo estaban antes y cómo están ahora”, *Economist & Jurist*, 17 de noviembre de 2022.
<https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/legislacion/las-penas-tras-la-ley-del-solo-si-es-si-como-estaban-antes-y-como-estan-ahora/>