



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

LA CUESTIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

El Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad
sexual

Autor: Luis Rábago Lorite

5º E5

Derecho Penal

Tutora: Myrian Cabrera Martín

Madrid

Abril, 2022

*A todas las víctimas de la violencia sexual,
para que el derecho proteja y repare
y para que la educación nos libre de esta lacra*

Agradecimientos

A la Dr.^a Myrian Cabrera Martín, por su atención y empeño como tutora en la elaboración de este trabajo.

A mi familia, por quienes soy y estoy.

A mis amigos y amigas, especialmente a Laura, Elena y Alejandro, por escucharme y ayudarme siempre.

A todos los profesores y profesoras de Comillas, que durante estos años me han enseñado a amar el derecho y a encontrar en él mi vocación.

Y a Lyon, por haber sido estos meses un respiro de felicidad casi plena.

Índice

I. GLOSARIO DE SIGLAS	6
II. INTRODUCCIÓN	7
III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DELITOS SEXUALES	8
1. LOS DELITOS SEXUALES EN EL DERECHO PENAL PRECONSTITUCIONAL	8
2. PRIMERAS REFORMAS	9
3. VERSIÓN ORIGINAL DEL CP DE 1995	10
4. POSTERIORES REFORMAS.....	12
IV. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES EN LA REGULACIÓN VIGENTE	14
1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	15
2. AGRESIONES SEXUALES	17
3. ABUSOS SEXUALES	23
3.1. Abusos sexuales sin consentimiento	23
3.2. Presunción de falta de consentimiento	26
3.3. Abuso sexual con prevalimiento	28
3.4. Tipo y subtipos agravados	29
3.5. Abuso sexual fraudulento	30
4. ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS	30
V. EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL	32
1. ANTECEDENTES	32
2. LA LIBERTAD SEXUAL COMO ÚNICO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	36
3. LA UNIFICACIÓN DE LOS TIPOS	38
4. EL CONSENTIMIENTO	42
5. TIPOS AGRAVADOS	45
6. AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS	46
VI. DERECHO PENAL COMPARADO EN LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES	49
VII. CONCLUSIONES	52
VIII. BIBLIOGRAFÍA	55
1. LEGISLACIÓN	55
2. JURISPRUDENCIA.....	55
3. OBRAS DOCTRINALES	56
4. OTROS	57

I. GLOSARIO DE SIGLAS

APLO Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual

BJP Bien jurídico protegido

BOE Boletín Oficial del Estado

CF Consejo Fiscal

CGPJ Consejo General del Poder Judicial

CP Código Penal

EM Exposición de Motivos

FJ Fundamento Jurídico

LO Ley Orgánica

PLO Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual

STS Sentencia del Tribunal Supremo

Resumen: Este trabajo contiene una síntesis de la evolución en la tipificación de los delitos sexuales en el ordenamiento jurídico-penal español, así como un análisis de su regulación en el vigente Código Penal. Incluye posteriormente un estudio del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, basado en informes de instituciones constitucionales, jurisprudencia, doctrina y en el derecho penal comparado. Concluye con una valoración jurídica y teleológica del Proyecto de Ley Orgánica en atención a su capacidad para alcanzar los objetivos que plantea.

Palabras clave: Consentimiento, abuso sexual, agresión sexual, libertad sexual, Convenio de Estambul y reforma penal.

Abstract: This paper contains a synthesis of the evolution in the characterization of sexual crimes in the Spanish legal-criminal system, as well as an analysis of its regulation in the current Penal Code. It subsequently includes a study of the “*Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual*”, based on reports from constitutional institutions, jurisprudence, doctrine, and comparative criminal law. It concludes with a legal and teleological assessment of the “*Proyecto de Ley Orgánica*” considering its capacity to achieve the objectives it sets out.

Key words: Consent, sexual abuse, sexual assault, sexual freedom, Istanbul Convention and penal reform.

II. INTRODUCCIÓN

Por su propia naturaleza, los delitos sexuales son socialmente considerados como de los más lesivos para la libertad y la dignidad humanas. Asimismo, las propias tendencias sociales han implicado un gran aumento en el reproche social que merecen. Hasta hace no pocas décadas, se tenía una idea prácticamente romantizada de estos delitos, como evidencia la literatura cuando se nos hablaba de raptos, de honor o de la virginidad mancillada. La democratización de los ordenamientos jurídicos y la irrupción de nuevos valores y principios constitucionales durante todo el siglo XX, han favorecido un cambio radical de perspectiva en la tipificación de estos delitos. Pero esta evolución no ha finalizado con la llegada de la Constitución; por el contrario, la tipificación de los delitos sexuales ha sido objeto de constantes reformas y debates doctrinales, que llegan hasta nuestros días. En los últimos años, la creciente fuerza del movimiento feminista, la ratificación del Convenio de Estambul y la mediatización de ciertos casos, han producido una ola de reformas penales en toda Europa para cambiar la tipificación de los delitos sexuales. En España, esta tendencia tiene su reflejo en el ya tramitado Proyecto de Ley Orgánica de garantía

integral de la libertad sexual. Este proyecto trata de dar respuesta a ciertas reivindicaciones sociales que llaman a garantizar que la tipificación de los delitos contra la libertad sexual orbite en torno a la ausencia de consentimiento; además de proporcionar una herramienta penal contra las manifestaciones más nocivas del patriarcado, entendido como la estructura arraigada socialmente, que subordina a la mujer al dominio del hombre.

El objetivo de este trabajo es ofrecer un análisis concluyente de la razonabilidad del proyecto en atención a los objetivos que en el mismo se enumeran, a saber, adecuar nuestro ordenamiento jurídico-penal al Convenio de Estambul, evitar la victimización secundaria, colocar al consentimiento en el centro de la tipificación y avanzar en el desmantelamiento del patriarcado. Para ello comenzaremos con un repaso de la evolución en la tipificación de estos delitos desde el ordenamiento preconstitucional hasta la regulación vigente, atendiendo a las distintas modificaciones introducidas, sus fines y su reflejo jurisprudencial. Continuaremos con el análisis de la regulación vigente a partir de su literalidad, de la jurisprudencia, así como de las obras doctrinales de referencia en la materia. Para finalizar, identificaremos las reformas del Título VIII que plantea el proyecto y la evaluación realizada del mismo, por distintas instituciones para eventualmente, concluir la conveniencia y razonabilidad del texto desde un punto de vista teleológico y jurídico.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DELITOS SEXUALES

1. LOS DELITOS SEXUALES EN EL DERECHO PENAL PRECONSTITUCIONAL

El CP franquista de 1945, así como en general, la legislación penal preconstitucional española, tipificaba la violación y los abusos deshonestos en el Título IX cuya rúbrica era “De los delitos contra la honestidad”. Esa referencia al honor evidencia como el sistema patriarcal impregnaba la regulación penal de esta clase de delitos. Así, el artículo 429 tipificaba la violación de una mujer cuando la acción implicara el uso de fuerza o intimidación, cuando esta estuviese privada de razón o de sentido, o cuando fuera menor de 12 años.¹ Como vemos, el tipo únicamente incluye la posibilidad de que el sujeto pasivo del delito sea una mujer, aunque sí que se admite la posibilidad de que sea un

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

hombre en el caso de abuso deshonesto. A diferencia de las regulaciones actuales, el tipo penal de entonces no diferenciaba entre si existe acceso carnal o no, ni entre si había violencia e intimidación o no. Tampoco se hace referencia alguna a la falta de consentimiento como elemento del delito, aunque si se encuentra implícita si tenemos en cuenta cuales son los elementos del tipo. Estos elementos son o el uso de fuerza o intimidación, que implican una ausencia de consentimiento o un consentimiento viciado, o el hecho de hallarse privada de razón o de sentido, que asimismo supone la ausencia de consentimiento.²

2. PRIMERAS REFORMAS

Con la transición y la promulgación de la Constitución de 1978 se hizo necesaria la adaptación de la legislación al nuevo paradigma jurídico. Ello implicó en primer lugar, la derogación de los delitos de adulterio y de amancebamiento a través de la Ley 22/1978. La vigencia de estos tipos delictivos también plasmaba la desigual situación jurídica de hombres y mujeres y, además, implicaba una incursión del ordenamiento penal en cuestiones de carácter moral, lo que era incompatible con el sistema constitucional que estaba por implantarse. La modificación de los delitos de estupro y rapto a través de la Ley 46/1978 respondían a esta misma necesidad de adaptación del ordenamiento penal a los principios informadores del nuevo ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, no se abordó una reforma profunda de los delitos sexuales hasta finales de los 80, cuando a través de la LO 3/1989 se clarificaba legalmente cuál era el BJP en esta clase de delitos. En el preámbulo de esta LO, se pone de manifiesto que la “necesidad de una reforma de los llamados delitos «contra la honestidad» del Código Penal es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad.”³ Así, se modifica la rúbrica de dicho Título para expresar que el BJP no es la honestidad, sino la libertad sexual.

Sin embargo, la modificación de la rúbrica no fue ni mucho menos la única innovación que introducía esta ley. Por un lado, la nueva redacción permitía que los hombres también pudieran constituir sujetos pasivos del delito, abandonando así la

² *Ibid.*, S.P.

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

antigua redacción que hacía referencia únicamente a la mujer, como hemos visto en el CP franquista.

La primitiva redacción definía la violación como el hecho de yacer con una mujer en concurrencia de alguna de las circunstancias previamente mencionadas. La nueva regulación define, en el artículo 429, la violación como el hecho de tener acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, y en concurrencia de alguna de las mismas circunstancias existentes en la anterior regulación, esto es, el uso de fuerza o intimidación, la falta de razón o de sentido por parte del sujeto pasivo, o el hecho de que el sujeto pasivo sea menor de doce años.⁴ El 430 tipifica el resto de agresiones sexuales que no impliquen acceso carnal, incluyendo las consistentes en la introducción de objetos o el uso de medios modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios.⁵ Como vemos, esta LO fue sólo un parche a la deficiente y anacrónica regulación de los delitos sexuales en nuestro ordenamiento jurídico, que no contaría con un nuevo CP hasta 1995.

3. VERSIÓN ORIGINAL DEL CP DE 1995

A través de la LO 10/1995 se promulgaba un nuevo CP, en teoría adaptado al nuevo paradigma social y jurídico. En la EM encontramos referencias explícitas a la promulgación de los delitos sexuales. “Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto”⁶ La principal innovación del nuevo CP fue la distinción, que dura hasta nuestros días, entre las agresiones y los abusos sexuales. Las primeras se recogen en los artículos del 178 al 180, y los segundos del 181 al 183. El tipo básico de agresión sexual se recoge en el artículo 178 exigiendo violencia o intimidación. Se sustituye así el hasta entonces utilizado término de fuerza, por el de violencia. Esto es así por las connotaciones que contenía el anterior término, pues parecía poner el énfasis en la necesidad de resistencia física por parte del sujeto pasivo. Por otro

⁴ *Ibid.*, S.P.

⁵ *Ibid.*, S.P.

⁶ LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995)

lado, el artículo 179 contiene el tipo agravado, cuando exista acceso carnal, introducción de objetos, o penetración bucal o anal.⁷ Es lo que actualmente se conoce como violación, aunque el legislador de 1995 prefirió prescindir del *nomen iuris* por entender que contenía también connotaciones estigmatizantes para el sujeto pasivo. Como vemos el legislador también hace distinción entre el acceso carnal, que implica penetración vaginal, y la penetración bucal o anal. Asimismo, lo distingue de la introducción de objetos; aunque a efectos punitivos la diferenciación carece de relevancia, sí que es interesante observar el posterior desarrollo de estos elementos. Por último, el artículo 180 contiene subtipos agravados tanto del tipo del artículo 178 como del ya agravado del artículo 179. Las circunstancias introducidas son, que la violencia o intimidación revista un carácter particularmente degradante o vejatorio, que haya tres o más sujetos activos, que la víctima sea especialmente vulnerable, que el sujeto o sujetos activos se prevalgan de una relación de parentesco, o que se utilicen medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o lesiones graves.⁸

Por otro lado, el nuevo CP regula de forma separada y paralela los abusos sexuales. Para hablar de abusos sexuales el artículo 181 exige únicamente la ausencia de consentimiento, y la realización de actos que atenten contra la libertad sexual sin la concurrencia de violencia ni de intimidación. Existe presunción *iuris et de iure* de ausencia de consentimiento cuando el sujeto pasivo sea menor de doce años, o se halle privado de sentido o se abuse de su trastorno mental.⁹ Por último, se establece que el consentimiento obtenido mediante el prevalimiento de una posición de superioridad no constituye causa de exclusión de la tipicidad, aunque sí implica una pena menor. El artículo 182 contiene un tipo agravado paralelo al 179, es decir, para los casos de acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal, al que señala una pena de prisión de cuatro a diez años si falta consentimiento y de uno a seis si se trata de un consentimiento obtenido mediante prevalimiento de una posición de superioridad. Por otro lado, se prevé la aplicación de las penas en su mitad superior si el sujeto activo se prevale de una relación de parentesco o si el sujeto pasivo es especialmente vulnerable.¹⁰

⁷ *Ibid.*, S.P.

⁸ *Ibid.*, S.P.

⁹ *Ibid.*, S.P.

¹⁰ *Ibid.*, S.P.

Por último, el 183, contiene un tipo específico sancionado con pena de multa para el caso de que el sujeto pasivo sea mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, e intervenga engaño en la comisión del delito. Asimismo, se prevé pena de prisión cuando en el abuso fraudulento se produzca acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal.¹¹

4. POSTERIORES REFORMAS

La LO 11/1999 modificó aspectos ajenos a la estructura de la tipificación, pero de calado en la regulación de los delitos sexuales. En primer lugar, se cambió la rúbrica del Título VIII que pasó a ser “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. La razón de esta modificación, que perdura hasta el día de hoy, se contiene en la propia EM cuando se refiere a los bienes jurídicos protegidos, “que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos.”¹² Es decir, mediante la inclusión de la indemnidad sexual se trataba de dar mayor amparo, aunque sea desde un punto de vista simbólico, a los menores y a los incapaces que no pueden ser considerados como titulares de una libertad sexual en sentido estricto. En segundo lugar, se pasa a entender que el acceso carnal puede ser por vía vaginal, anal o bucal y desaparece la distinción consagrada en la redacción precedente. También se recupera el *nomen iuris* de violación, para el caso de agresiones sexuales con acceso carnal o con introducción de objetos por vía anal o vaginal. Además, se modifican ciertos elementos de los subtipos agravados del 180, pues se reduce a dos el número mínimo de sujetos activos necesarios para que se aplique dicho tipo; se presume la vulnerabilidad cuando el sujeto pasivo sea menor de 13 años; y se añade al prevalimiento por parentesco, el prevalimiento por superioridad.¹³ En lo que respecta a la tipificación de los abusos sexuales las modificaciones introducidas son limitadas. Por un lado, se

¹¹ *Ibid.*, S.P.

¹² LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre (BOE 1 de mayo de 1999)

¹³ *Ibid.*, S.P.

incrementa a trece la edad hasta la que se invalida el consentimiento y se modifica el rango de edad del sujeto pasivo para la aplicación del tipo del 183, pasando a ser mayor de trece años y menor de dieciséis.

La LO 15/2003 también contiene ciertas modificaciones encaminadas, según expresa la EM, a “impedir interpretaciones que impidan penar determinadas conductas de una especial gravedad.”¹⁴ La interpretación a la que hace referencia la EM era la que excluía la tipicidad de la acción cuando en lugar de objetos lo que se introducían eran miembros corporales, como, por ejemplo, los dedos; por considerar los tribunales que los objetos tenían que ser cosas inanimadas.¹⁵ Así la nueva redacción habla de acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, y la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.

La reforma introducida por la LO 5/2010 fue de mayor calado, y venía a dar cumplimiento a algunas obligaciones contraídas por España derivadas de la adhesión a Tratados Internacionales o a la pertenencia a la UE u otras Organizaciones Internacionales. El objetivo era lograr una mayor protección del menor. “Por ello se procede a la incorporación, en el Título VIII del Libro II del Código Penal, del Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años».”¹⁶ Así las cosas, se pasa a dar una regulación separada de los delitos sexuales cuando el sujeto pasivo es menor de trece años. A parte de la promulgación de este nuevo capítulo, se incluye en el subtipo agravado del artículo 180 una nueva circunstancia agravante, la derivada de la anulación de la voluntad del sujeto pasivo mediante fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

En cualquier caso, y como ya hemos señalado, la principal innovación introducida por esta LO es la incorporación de un capítulo específico para tipificar las agresiones y abusos sexuales cuando el sujeto pasivo es menor de trece años. El apartado cuarto del artículo 183 incluye además circunstancias agravantes en concreto, la indefensión del sujeto pasivo por la falta de desarrollo intelectual o físico, y en todo caso, si es menor de cuatro años, la actuación de dos o más sujetos activos, el carácter degradante o vejatorio

¹⁴ LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 26 de noviembre de 2003)

¹⁵ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 10827/1994, de 14 de febrero de 1994. FJ segundo. Fecha de la última consulta: 5 de abril de 2022. Roj: STS 10827/1994 - ECLI:ES:TS:1994:10827

¹⁶ LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 23 de junio de 2010)

de la violencia o intimidación ejercida, el prevalimiento de una relación de superioridad o de parentesco, cuando se ponga en peligro la vida del menor, o cuando el delito se cometa en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicara a la realización de tales actividades.¹⁷

IV. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES EN LA REGULACIÓN VIGENTE

La actual configuración de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales vino dada por la LO 1/2015, que introdujo importantes modificaciones en la tipificación de los delitos. En primer lugar, y como se expresa en la EM, “la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos – donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código Penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil. De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.”¹⁸ Esta elevación de la edad de consentimiento sexual, supuso la modificación del Capítulo II bis, que pasaba a contener los tipos penales relativos a las agresiones y abusos sexuales cometidos sobre sujetos pasivos cuya edad fuera inferior a los dieciséis años. A partir de la redacción actual del CP, pasamos a analizar los elementos de ambas modalidades delictivas.

¹⁷ *Ibid.*, S.P.

¹⁸ 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)

1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En primer lugar, y como señala la rúbrica del Título VIII, el BJP queda constituido por la libertad e indemnidad sexual. La LO 3/1989 fue la primera en abordar la cuestión relativa al BJP en los delitos sexuales. Se suprimió así la rúbrica “de los delitos contra la honestidad” para pasar a ser, “de los delitos contra la libertad sexual”. La anterior redacción era tributaria de un derecho penal preconstitucional impregnado de referencias al honor y a la honestidad que no se consideran adecuadas en un ordenamiento jurídico propio de un sistema democrático y constitucional, pues bajo estas rúbricas subyacen estructuras patriarcales que llamaban a consolidar y mantener en el tiempo situaciones de dominio sobre la mujer, como era buen ejemplo el desigual tratamiento penal que se daba al adulterio cometido por un hombre y el cometido por una mujer. Por ello se hacía necesaria una mejor identificación del BJP, liberándolo de esas connotaciones preconstitucionales que impedían la realización de los principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico y de otros principios constitucionales como la igualdad o el libre desarrollo de la personalidad. Así cuando hablamos de libertad sexual, nos estamos refiriendo a una manifestación concreta de la libertad en general, manifestación que el legislador ha querido dotar de una relevancia penal específica por la especial incidencia que tiene en el libre desarrollo de la personalidad, el ejercicio de la sexualidad de forma libre y convenida. Podemos definir la libertad sexual como “el derecho de toda persona a expresar y ejercer su sexualidad del modo que crea conveniente, lo que se traduce en el derecho de toda persona a no ser condicionador en la esfera sexual ni en el ejercicio de su propia sexualidad.”¹⁹

Sin embargo, para parte de la doctrina, era difícil considerar la libertad sexual como el único BJP en el Título VIII por varias razones. En primer lugar, porque existen ciertos tipos en los que no se ve afectada tan directamente la libertad sexual del sujeto pasivo, como puede ser el caso del exhibicionismo. Algunos autores hablan en estos casos de la moral sexual como BJP, “entendiéndola como aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas.”²⁰ En cualquier caso, el otro BJP en este título es la indemnidad sexual, para

¹⁹ Redacción Wolters Kluwer, *Delitos Sexuales*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 19

²⁰ Muñoz Conde F. y López Peregrín C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, *“Derecho Penal. Partes Especial.”*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2021, p. 193

aquellos casos en los que “el sujeto pasivo, por su condición, ya sea de manera provisional, como puede ser el caso de los menores, como de manera definitiva, como puede ser el caso de incapaces, no tienen libertad sexual por la falta de capacidad de decisión.”²¹ Es decir, la introducción de la indemnidad sexual como BJP implicaba la presunción de que existen ciertas personas que no son titulares de la libertad sexual por limitaciones existentes en su esfera jurídica para poder ostentar una capacidad de obrar plena. En el caso de los menores de dieciséis años, se entendía que existía una libertad sexual en potencia, pero en el momento de la comisión del hecho delictivo esa potencialidad no habría alcanzado el desarrollo necesario para hablar de libertad sexual. En consecuencia, podríamos decir que el BJP del capítulo II bis era exclusivamente la indemnidad sexual. En el caso de las personas con discapacidad, la acción sancionada sería del abuso del trastorno mental, pero cuando no existe tal abuso la persona con discapacidad sería libre para; dentro de los límites legales formulados para su protección; mantener relaciones sexuales convenidas, por lo que podría ser titular de la libertad sexual.

A pesar de que la LO 1/1999 fue la primera en otorgar una protección específica codificada a la indemnidad e intangibilidad sexual de menores y de personas con discapacidad, dicha circunstancia ya era observada con carácter previo por la jurisprudencia. En consecuencia, la introducción en la rúbrica de la indemnidad sexual venía a consagrar legalmente una posición doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, pero ello no implicó un cambio real en la protección de los menores o incapaces en lo que se refiere a su indemnidad sexual. Así las cosas, “se pretende en el caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; y, en el caso de la persona con discapacidad, evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales.”²² La referencia a la indemnidad sexual en la rúbrica del Título VIII ha generado polémica en el seno de la doctrina, y autores como Orts Berenguer y Suarez-Mira Rodríguez entienden que “el recurso a la indemnidad sexual o a conceptos próximos, no explica satisfactoriamente la protección que, sin duda, merecen las personas a que nos estamos refiriendo, ni delimita el objeto ni el contenido de esa protección, pues, en última instancia, tienen tanto derecho

²¹ Redacción Wolters Kluwer, *Op. cit.*, p. 20

²² Muñoz Conde F. y López Peregrín C., *Op. cit.*, p. 192

a no ser molestados sexualmente como el resto de ciudadanos, no más; razón por la cual aquel planteamiento se ve invalidado, porque se distingue donde no debe distinguirse, desde el punto de vista jurídico, todo ello sin contar con que el daño, del que deben estar libres menores e incapaces, no es sino el contenido de injusto de los delitos contra la libertad sexual.”²³ En cualquier caso, parte de la doctrina acoge la inclusión de la indemnidad sexual con indiferencia o beneplácito, aunque autores como Morales Prats y García Albero, señalan que “puede el concepto de libertad sexual dar cumplida cuenta del fundamento material de dichas infracciones, bien entendida como tutela de la libertad sexual «in fieri», bien como derecho a una actividad sexual en libertad.”²⁴

A continuación, pasamos a analizar la actual regulación de las agresiones y los abusos sexuales en nuestro CP, para posteriormente considerar la razonabilidad y conveniencia del anteproyecto.

2. AGRESIONES SEXUALES

El Capítulo I del Título VIII del CP tipifica las agresiones sexuales en los artículos 178, 179 y 180. El 178 contiene el tipo básico, mientras que el 179 contiene el tipo agravado de violación. Por su parte, el 180 contiene varios subtipos agravados tanto del 178 como del 179.

El artículo 178 establece que: *“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.”*

El elemento objetivo ha sido definido por la jurisprudencia como “cualquier acción que implique un contacto corporal in consentido con significación sexual y en el que concurra un ánimo tendencial.”²⁵ Es complicado determinar los límites de lo que se considera sexual en el tipo del 178, pues mientras el acceso carnal del 179 tiene un inequívoco

²³ Orts Berenguer E. y Suárez-Mira Rodríguez C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2001, p. 19

²⁴ Morales Prats F. y García Albero R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Morales Prats F. (coord.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I y II.*, Thomson Reuters ARANZADI, Cizur Menor, 2016, S.P.

²⁵ Redacción Wolters Kluwer, *Op. cit.*, p. 28

carácter sexual, resulta más complicada la caracterización de otras acciones en las que no tienen por qué intervenir los genitales de los sujetos activo y/o pasivo.

La amplitud o ambigüedad del concepto lleva a cierto sector doctrinal a alertar sobre la inseguridad jurídica que es susceptible de generar, aunque los mismos autores, a saber, Morales Prats y García Albero, señalan la imposibilidad o dificultad de otorgar una definición más concreta de lo que es un atentado contra la libertad sexual cuando dicen que “la posibilidad de obtener una descripción típica lo suficientemente precisa se revela como tarea casi imposible, dada la especial textura del bien jurídico, salvo que se postule un casuismo poco fructífero y de escaso gusto, por cierto.”²⁶ Por su parte, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia no exigen la concurrencia de un contacto corporal físico entre sujetos activo y pasivo, pudiendo el sujeto activo obligar al sujeto pasivo a la realización de actos de carácter sexual sobre su propio cuerpo.²⁷ Cierta doctrina defiende recurrir a elementos subjetivos para determinar el carácter sexual o no de la acción, lo que dificultaría la labor de prueba.²⁸

Por otro lado, el elemento fundamental para la caracterización de una acción como agresión sexual es la concurrencia de violencia o intimidación, que nos permite excluir el tipo de abuso sexual. Como vemos, el tipo no se configura de forma directa en torno a la ausencia de consentimiento, lo que es una de las razones que ha llevado a la tramitación del PLO. En cualquier caso, la concurrencia de la violencia o de la intimidación implica una anulación de la voluntad del sujeto pasivo que equivale a la falta de consentimiento, o en algunos casos, a la naturaleza viciada del mismo por haberse obtenido mediante amenaza o coacción. En lo que a la violencia se refiere, esta concurre cuando “se aplica vis absoluta, o cuando se emplea violencia física con la amenaza de que a mayor resistencia que oponga la víctima, mayor será la energía física que aplicará el delincuente. No es necesario, por lo tanto, una resistencia continuada del sujeto pasivo que puede, apenas comiencen los actos de violencia, tolerar (que no consentir) la agresión sexual para evitar males mayores. Desde luego, ha de haber una relación de adecuación entre la violencia empleada y la agresión sexual.”²⁹ Mayores problemas presenta la intimidación, que equivale de facto a una amenaza que ha de revestir cierta gravedad y debe ir dirigida

²⁶ Morales Prats F. y García Albero R., *Op. cit.*, S.P.

²⁷ García Rivas N. y Tarancón Gómez P., “Agresión y abusos sexuales”, en Ventura Püschel A. (coord.), *“Tratado de Derecho Penal Parte Especial (I). Delitos contra las personas.”*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2021, p. 1125

²⁸ *Cfr.* Muñoz Conde F. y López Peregrín C., *Op. cit.*, p. 195

²⁹ *Ibid.*, 198.

a la consecución por parte del sujeto activo de sus deseos sexuales. A la hora de determinar si la amenaza reviste la gravedad necesaria es necesario tener en cuenta las circunstancias personales y subjetivas del sujeto pasivo, pues dependiendo de estas varía la posibilidad de que la amenaza sea suficiente para lograr la realización de la acción sexual. Tal y como señala Cancio Meliá estamos ante “un elemento a evaluar conforme a patrones objetivo-sociales, no en atención a las repercusiones concretas en la psique del sujeto pasivo: la intimidación típica no describe en el tipo objetivo una determinada percepción sobre sus efectos por parte del sujeto pasivo, ni una reacción psicológica de la víctima, sino una actuación en la que esta, según la experiencia general, está en una circunstancia que normalmente debe limitar su capacidad de acción y de decisión.”³⁰ Gimbernat entiende que la intimidación ha de revestir una determinada gravedad objetiva³¹, mas, la mayoría de la doctrina “exige una valoración de todas las circunstancias del caso y la comprobación de la idoneidad concreta de la intimidación realizada”³² Especial importancia ha cobrado en los últimos años la denominada intimidación ambiental, es decir, aquella ejercida a través de la creación de un ambiente intimidatorio para el sujeto pasivo por la sola presencia de varios sujetos, pero que no tiene por qué manifestar de forma expresa a través de una amenaza al uso. Algunos casos especialmente mediáticos como el de la Manada, han tratado este concepto de intimidación ambiental, que, si bien es cierto que puede ejercerse con la misma fuerza intimidatoria que una amenaza típica, presenta ciertas dudas en lo que respecta al elemento subjetivo.

El tipo subjetivo requiere la concurrencia de dolo tanto para las agresiones como para los abusos sexuales. Tradicionalmente se había exigido la concurrencia de un ánimo libinidoso, es decir, que el sujeto activo buscara mediante la acción la satisfacción de su apetito sexual. Esta postura ha ido quedando paulatinamente descartada por doctrina y jurisprudencia³³, que únicamente exigen que el sujeto activo sea consciente del significado sexual de la acción, pero no es necesario que tenga por objetivo la satisfacción

³⁰ Cancio Meliá M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Fernández Molina F. (coord.), “*Penal parte especial (Delitos, Tipos y Penas)*”, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, p. 262

³¹ *Cfr.* Gimbernat Odreig E., “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español: con especial referencia a la violación intimidatoria”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 22, no 3, 1996, p. 497

³² García Rivas N. y Tarancón Gómez P., *Op. cit.*, p. 1129

³³ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 107/2019, de 4 de marzo de 2019. FJ Primero. Fecha de última consulta: 5 de abril de 2022. Roj: STS 719/2019 - ECLI:ES:TS:2019:719

sexual propia. En el caso de la intimidación ambiental, la identificación del elemento subjetivo puede presentar ciertos problemas, pues no sería suficiente con que el sujeto pasivo se sintiese intimidado por la presencia de varios sujetos, sino que se exigiría que estos, fueran conscientes de que el hecho de que fuesen varios está provocando esa intimidación en la víctima y estuviesen aprovechando dicha situación para agredirla sexualmente, lo que a todas luces resulta difícil de probar.

El artículo 179 contiene el tipo agravado, el delito de violación, tipificado de la siguiente forma:

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

Tradicionalmente se ha considerado que para la realización del tipo en algunos casos era necesario que el sujeto activo o pasivo, fuera hombre o mujer, haciendo que en determinados casos se considerara un delito especial en tanto que sólo un hombre podría realizar el acceso carnal por vía vaginal a una mujer. Hoy en día podríamos considerar superado este dilema si tenemos en cuenta que existen mujeres con órganos genitales masculinos y viceversa, por lo que nos encontramos ante un delito común, en el que el sujeto activo puede ser cualquier persona. Mayores dificultades plantea la posibilidad de la aplicación del tipo cuando ambos, sujeto activo y pasivo tienen genitales femeninos. En el caso de introducción de miembros u objetos por vía vaginal o anal no hay duda de que el tipo es perfectamente aplicable si ha intervenido violencia o intimidación por parte del sujeto activo, pero lo realmente complicado sería determinar si ha podido existir acceso carnal sin penetración por carecer, ambos sujetos de miembro viril. Muñoz Conde considera que una interpretación algo extensiva podría permitir la tipicidad de la acción en esos casos si se considera el acceso carnal como cualquier “relación sexual en la que intervienen los órganos genitales, sin necesidad de que se dé la penetración, bastando, pues, la práctica fricativa o *coniunctio membrorum*.”³⁴ Sin embargo, acto seguido Muñoz Conde defiende que, si bien podría hablarse de acceso carnal en esos casos, resultaría contrario al principio de proporcionalidad la equiparación de dicha práctica, a aquella en

³⁴ Muñoz Conde F. y López Peregrín C., *Op. cit.*, p. 198

la que concurre penetración en sentido estricto, desechando por lo tanto, dicha posibilidad.

Problemas similares plantea la posibilidad de que el sujeto activo se haga penetrar mediante el uso de violencia o intimidación, en este sentido el Tribunal Supremo acordó en pleno no jurisdiccional la equiparación del acceder carnal al hacerse acceder³⁵. Así las cosas, y en contra del criterio de Muñoz Conde³⁶, el sujeto activo del delito de violación por acceso carnal puede ser cualquier persona, independientemente de si tiene genitales masculinos o femeninos, por lo que el sujeto activo estará realizando el tipo de violación por acceso carnal si mediante la violencia o la intimidación se hace penetrar por el sujeto pasivo, como señala la STS 1295/2006 de 13 de diciembre, que condena por agresión sexual a cuatro individuos que inmovilizan a un hombre y le practican felaciones en contra de su voluntad manifiesta hasta hacerlo eyacular.³⁷ No cabría sin embargo aplicar el tipo de violación por acceso carnal cuando ambos sujetos, activo y pasivo, carecen de genitales masculinos, pues ello imposibilitaría la penetración entendida como el acoplamiento o ayuntamiento de los genitales, que fundamenta el especial desvalor de la acción. No sería conforme al principio de proporcionalidad equiparar una violación con penetración a una agresión sexual sin ningún tipo de penetración, por lo que, en ese caso, debería reconducirse la acción al tipo básico de agresión sexual del artículo 178.

Como hemos visto, los tipos del 178 y 179 pueden ser realizados por cualquier sujeto activo, tratándose por lo tanto de un delito común, aunque la política criminal no puede obviar la evidencia de que en la inmensa mayoría de los casos el sujeto activo es un hombre y el sujeto pasivo una mujer. La única exigencia de los delitos de agresiones sexuales para poder ser sujeto pasivo de los mismos es haber cumplido dieciséis años, pues para los casos de sujeto pasivo menor de dicha edad existe una regulación específica en el capítulo II bis.

³⁵ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, adoptado en su reunión del día 25 de mayo de 2005

³⁶ *Cfr.*, Muñoz Conde F. y López Peregrín C., *Op. cit.*, p. 199

³⁷ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 1295/2006, de 13 de diciembre de 2006. Fecha de última consulta: 5 de abril de 2022. Roj: STS 8772/2006 - ECLI:ES:TS:2006:8772

Por último, el artículo 180 contiene varios subtipos agravados con respecto a los artículos 178 y 179. Así, conforme a dicho precepto:

“1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones sexuales del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.ª cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

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

3.ª Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

4.ª Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

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

2. Si concurrieren dos o más circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.”

Como señalan Tarancón Gómez y García Rivas, la “valoración general de este precepto es claramente negativa. Por una parte, algunos de los subtipos están contruidos sobre características que ya aparecen en los tipos básicos de los arts. 178 y 179 CP con el riesgo que ello supone de vulnerar el derecho al *ne bis in idem*. ”³⁸ La jurisprudencia ha tenido la oportunidad de matizar y concretar en qué casos cabe la apreciación de cada una de las circunstancias agravantes. En primer lugar, con respecto del carácter degradante o vejatorio de la violencia o intimidación ejercida, la jurisprudencia exige que el trato degradante o vejatorio sea mayor que el que lleva aparejada cualquier agresión sexual. Es decir, los delitos contra la libertad sexual siempre implican el desconocimiento de la dignidad del sujeto pasivo implicado y, en consecuencia, el ejercicio de un trato

³⁸ García Rivas N. y Tarancón Gómez P., *Op. cit.*, p. 1140

degradante o vejatorio. Por ello, para la aplicación del tipo se exige que dicho trato vejatorio sea particularmente manifiesto y superior al estrictamente necesario para la realización de la acción. Por ejemplo, la STS 344/2019 de 4 de julio, del mediático caso de la Manada, apreció la agravante “al haber quedado acreditado que la víctima fue dispuesta como objeto de placer durante toda la noche a disposición de los autores, llegando, al menos por parte de dos de los condenados, a interactuar mientras era penetrada por distintas vías, excediéndose los acusados en el modus operandi, llegando a penetrar a la víctima hasta en diez ocasiones, tanto vaginal, anal como bucalmente, en un periodo de tiempo de 1 minuto y 38 segundos, todo ello, mientras era grabada por los teléfonos móviles.”³⁹

Por otro lado, en lo que respecta a la tercera circunstancia, no cabe basar la vulnerabilidad de la víctima en su edad si esta es menor de dieciséis años, pues en ese caso se aplicará el tipo correspondiente a las agresiones sexuales contra menores de dieciséis años. Además “las características de la víctima por sí mismas no pueden ser la base de una mayor punición; parece más razonable entender que el fundamento de la agravación debe estar en que el comportamiento típico es de mayor gravedad cuando el autor configura su comportamiento precisamente en atención a la especial vulnerabilidad de la víctima, es decir, que se aprovecha específicamente de la condición de especial vulnerabilidad.”⁴⁰

3. ABUSOS SEXUALES

Los abusos sexuales se regulan en el Capítulo II del Título VIII, en concreto los artículos 181 y 182.

3.1. Abusos sexuales sin consentimiento

El artículo 181.1 dispone que:

“El que sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como

³⁹ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 2200/2019, de 4 de julio de 2019. FJ tercero. Fecha de la última consulta: 5 de abril de 2022. Roj: STS 2200/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2200

⁴⁰ Cancio Meliá M., *Op. cit.*, p. 269

responsable de abuso sexual con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.”

Las consideraciones a tener en cuenta sobre este apartado son similares a las realizadas sobre el artículo 178; es decir, los actos atentatorios contra la libertad o indemnidad sexual del sujeto pasivo son los mismos que los previstos para la agresión sexual del artículo 178, con la única diferencia de que en este caso no interviene violencia o intimidación, que viene a ser el elemento distintivo que implica un plus de antijuridicidad para la acción descrita en el artículo 178. Por otro lado, y a diferencia de la tipificación de las agresiones sexuales, en este caso sí que se pone el énfasis directamente en la falta de consentimiento. El consentimiento válidamente otorgado excluye la tipicidad de la acción. El consentimiento no tiene por qué ser expreso, pero para apreciar el dolo es necesario que el sujeto activo sea consciente de la falta de consentimiento. Por otro lado, el consentimiento puede otorgarse en un principio y retirarse en cualquier momento a lo largo del transcurso de la acción, lo que convertirá a esta en típica, además, el consentimiento debe cubrir todos los extremos de la acción, es decir, en el momento en el que una de las acciones realizadas por el sujeto activo carezca de consentimiento, la acción será típica, independientemente de que se hubiera prestado el consentimiento para otras acciones. Por ejemplo, una mujer podría consentir en que se le tocaran las nalgas, pero no el que se le palparan los senos, en cuyo caso estaríamos ante un abuso sexual siempre que el sujeto activo fuere consciente de esa falta de consentimiento. Otro ejemplo de reciente apreciación por los tribunales, es la falta de consentimiento respecto del mantenimiento de relaciones sexuales sin profiláctico. Es decir, si durante el transcurso de las relaciones sexuales, el sujeto activo prescinde del preservativo, cuando la utilización de este había sido condición para que el sujeto pasivo prestara su consentimiento, estaríamos ante un abuso sexual. Así lo aprecia la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía cuando sentencia que “la acción consistente en prescindir de preservativo durante todo o parte de una relación sexual, pese a haber sido pactado o impuesto por la pareja como condición al prestar el consentimiento, conocida en la doctrina científica y de los tribunales con la denominación anglosajona *stealth*, constituye un atentado a la libertad sexual de la otra persona partícipe en la relación en cuanto ésta no ha consentido cualquier suerte, forma o condiciones de

contacto sexual, sino que ha impuesto como límite o condición el uso de protección mediante preservativo.”⁴¹

Como vemos, el problema fundamental a la hora de enjuiciar los abusos sexuales es la prueba de la falta de consentimiento, pues en la agresión, el ejercicio de violencia o intimidación puede facilitar la prueba debido a que el ejercicio de estas es susceptible de dejar pruebas diferentes al testimonio de la víctima. En los abusos sexuales lo que se tiene que probar es la falta de consentimiento, y por la propia naturaleza de la acción muchas veces la única prueba de cargo es el propio testimonio de la víctima. Ello no implica que dicha prueba sea insuficiente para enervar la presunción de inocencia del sujeto activo, pero el TS viene exigiendo que se cumplan una serie de requisitos que consoliden el testimonio para probar la falta del consentimiento. En este sentido, la STS 815/2013 del 5 de noviembre señala tres parámetros.

“La falta de credibilidad subjetiva de la víctima puede derivar de la existencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (...), así como de las características físicas o psíquicas del testigo (...), que sin anular el testimonio lo debilitan.

El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de su credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, que según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa).

Y el tercer parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación, lo que conforme a las referidas pautas jurisprudenciales supone:

Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima. (...)

Concreción en la declaración. La declaración ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. (...)

⁴¹Sentencia de la Sección de Apelación Penal, de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, núm. 186/2021, de 1 de julio de 2021. FJ quinto. Fecha de la última consulta: 5 de abril de 2022. Roj: STSJ AND 12396/2021 - ECLI:ES:TSJAND:2021:12396

Ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.”⁴²

En cualquier caso, pese a la existencia de estos criterios el problema probatorio persiste y persistirá, pues la presunción de inocencia no debe poder enervarse sin unas exigencias mínimas que en ocasiones son difíciles de verificar.

Por lo demás, autores como García Rivas y Tarancón Gómez, señalan el carácter residual de este primer apartado, “que se caracteriza porque el sujeto pasivo no ha tenido oportunidad de manifestar su (falta de) consentimiento: acciones realizadas por sorpresa, ya sea en lugares concurridos (transporte público, manifestaciones, discotecas...) o en circunstancias que favorezcan el acceso a la intimidad de la víctima.”⁴³ Morales Prats y García Albero resaltan el carácter proditorio y sorpresivo⁴⁴ requeridos para la realización de este tipo y pone de ejemplo “el caso de quien, inopinadamente, realiza unos tocamientos en zona genital a su víctima aprovechando la nutrida concurrencia de pasajeros en un autobús.”⁴⁵ Aunque a estos supuestos, podríamos añadir ahora el del caso en que se prescinde del preservativo sin consentimiento.

3.2.Presunción de falta de consentimiento

El apartado segundo del 181 crea una presunción de falta de consentimiento añadiendo elementos al tipo “residual” del apartado primero de la siguiente forma:

“A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, 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.”

El elemento común a los tres supuestos que tipifica el 181.2 es que el sujeto pasivo no debe estar en condiciones de prestar un consentimiento válido. Es decir, cualquier relación sexual con una persona que padezca un trastorno mental no va a ser típica, sino que se requiere que el trastorno mental le impida prestar el consentimiento válido. Cuando

⁴² Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 5437/2013, de 5 de noviembre de 2013. FJ cuarto. Fecha de la última consulta: 5 de abril de 2022. Roj: STS 5437/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5437

⁴³ García Rivas N. y Tarancón Gómez P., *Op. cit.*, p. 1159

⁴⁴ *Cfr.*, Morales Prats F. y García Albero R., *Op. cit.*, S.P.

⁴⁵ Morales Prats F. y García Albero R., *Op. cit.*, S.P.

el artículo nos habla de personas privadas de sentido incluye supuestos como en los que el sujeto pasivo ha perdido la consciencia o se ha desmayado, pero también supuestos en los que, estando consciente, no puede actuar racionalmente por, por ejemplo, haber consumido alcohol en exceso. Así lo afirman Morales Prats y García Albero cuando señalan que en el caso de “privación de sentido no debe exigirse una pérdida total de conciencia, pues puede bastar con que el sujeto tenga anulados de forma suficiente sus frenos inhibitorios, resultando no estar en situación de oponerse al acceso sexual.”⁴⁶ Por su parte, García Rivas y Tarancón Gómez evidencian la equivocación de cierta jurisprudencia que tendía a apreciar en algunos de estos casos una especie de auto puesta en peligro por parte de sujetos pasivos que consumían considerables cantidades de alcohol u otros estupefaciente en determinados ambientes.⁴⁷ A su juicio tales “valoraciones subjetivas no tienen cabida en el enjuiciamiento de estos casos, tras las que, además, parece que subyacen ciertas creencias y estereotipos sobre los efectos desinhibidores del alcohol, y sobre el comportamiento riesgoso o “no ideal” de las víctimas”⁴⁸. El movimiento feminista también ha manifestado su rechazo a estas posturas, cuando han coreado el “¡Sola y borracha, quiero llegar a casa!”. En efecto, la participación en actividades de ocio, incluyendo el consumo de alcohol no puede implicar una auto puesta en peligro, más allá del peligro que puede suponer para la propia salud el consumo de dichas sustancias. En ningún caso, la actuación de la víctima consistente en una actividad realizada por gran parte de la ciudadanía puede operar en favor del sujeto activo, pues interpretaciones de este tipo podrían llevar a considerar una auto puesta en peligro el hecho de vestir de una determinada forma. En cualquier caso, esta clase de interpretaciones ha sido muy marginal.

Por último, el artículo prevé la tipicidad de la acción cuando se anula la voluntad de la víctima mediante, por ejemplo, drogas. Con carácter previo a la introducción de esta tipología de abuso sexual se solía incluir esta clase de acción dentro de las agresiones sexuales, por equiparación del uso de estas sustancias al uso de violencia o intimidación. “El Legislador aprovechó la LO 5/2010 para dirimir en esta disputa interpretativa, inclinándose por la calificación de abuso sexual para estos supuestos; sin fundamentar, por lo demás, los motivos de su inclusión de forma detallada. Su tramitación parlamentaria no partió de lo expuesto en el Anteproyecto de Ley, sino de la enmienda

⁴⁶ Morales Prats F., García Albero R. y otros, *Op. cit.*, S.P.

⁴⁷ *Cfr.* García Rivas N. y Tarancón Gómez P., *Op. cit.*, p. 1162

⁴⁸ *Ibid.*, p. 1163

número 350 interpuesta por el Partido Popular publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 18 de marzo, que propuso añadir "un tipo agravado de la pena para aquellos casos en los que existe un dolo específico en la comisión delictiva del abuso sexual", en el supuesto de que, para ello, "se utilizara fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química que anule o disminuya la voluntad de la víctima". De este modo, el Legislador tipificó este ilícito criminal de forma expresa, pero no como un subtipo agravado, que es lo que, por otra parte, encomiendan las resoluciones y recomendaciones realizadas por diversos organismos internacionales, previas a esa Reforma".⁴⁹ Cancio Meliá señala la inutilidad de incluir esta tipificación si no es como un subtipo agravado, pues la acción ya era subsumible e los tipos existentes antes de 2010.⁵⁰ Si bien es cierto que quizás no es proporcional la equiparación entre la sumisión química y la violencia o intimidación, podría no serlo tampoco el ponerlo al mismo nivel que los restantes supuestos. En nuestra opinión el uso de estas sustancias para anular la voluntad de la víctima implica un mayor desvalor de la acción en tanto que denota una actitud premeditada y depredadora del sujeto activo.

3.3. Abuso sexual con prevalimiento

El apartado tercero tipifica el abuso sexual por prevalimiento de la siguiente forma:

“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.”

En este supuesto, el sujeto pasivo de la acción sí que presta su consentimiento, sin embargo, el legislador no configura ese consentimiento como una causa de exclusión de la tipicidad, pues ha sido obtenido por el sujeto activo a través del prevalimiento de una posición de superioridad con respecto de la víctima. Algunos autores equiparan este prevalimiento a una especie de intimidación menor, aunque no podemos hablar de intimidación en sentido estricto pues el sujeto activo no formula amenaza alguna, sino que aprovecha su posición de superioridad con respecto del sujeto pasivo para que este consienta. La STS 278/2020, exige que la situación de superioridad influya irremediabilmente en la obtención del consentimiento y que el sujeto activo, consciente de esa posición de superioridad, la ponga a su servicio para la obtención del

⁴⁹ García Rivas N. y Tarancón Gómez P., *Op. cit.*, p. 1168

⁵⁰ *Cfr.* Cancio Meliá M., *Op. cit.*, p. 272

consentimiento.⁵¹ Cuando hay intimidación, por lo tanto, no existe consentimiento, mientras que en el abuso con prevalimiento sí que existe un consentimiento aunque este ha sido obtenido mediante el aprovechamiento de una situación de superioridad sobre el sujeto pasivo. Esta superioridad puede tener su origen en cualquier circunstancia que implique una relación entre ambos sujetos, ocupando el pasivo una posición de subordinación.

3.4. Tipo y subtipos agravados

El apartado 4 del artículo 181 contiene el tipo agravado, tipificado de la siguiente forma:

“En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años”

Se trata de una cualificación similar a la que hace el artículo 179 con respecto del 178, por considerar el legislador que cualquier tipo de penetración implica un plus de antijuridicidad.

Por último, el 181.5 dispone que *“Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3.ª o la 4.ª, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código.”*

Dichas circunstancias, como hemos visto con anterioridad, son las de la especial vulnerabilidad de la víctima y la del prevalimiento por parte del sujeto activo de una relación de superioridad o parentesco. Evidentemente, no podría utilizarse el apartado quinto del 181 en relación con el 180.4 para agravar una acción subsumible en el 181.3, pues ello implicaría un *bis in idem* prohibido en nuestro ordenamiento jurídico-penal. Siguiendo la misma lógica, tampoco cabría aplicar el artículo 181.5 en relación con el 180.3 en caso de que la acción sea subsumible en el artículo 181.2 por padecer el sujeto pasivo un trastorno mental que lo haga especialmente vulnerable.

⁵¹ Cfr., Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 278/2020, de 3 de junio de 2020. FJ sexto. Fecha de la última consulta: 5 de abril de 2022. Roj: STS 1550/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1550

3.5. Abuso sexual fraudulento

Por último, el artículo 182 tipifica el denominado abuso sexual fraudulento o con abuso de posición. El apartado primero contiene el tipo básico:

“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.”

Se trata de un tipo considerado por algunos autores como anacrónico⁵² y es tributario del antiguo abuso deshonesto, consistente en la realización de actos sexuales sobre el sujeto pasivo, bajo una falsa promesa de matrimonio. Hoy en día el tipo ha quedado relativamente vaciado de contenido pues este tipo de acciones normalmente acaban subsumidas en otros tipos más adecuados. La especialidad es que el sujeto pasivo debe ser mayor de dieciséis años y menor de dieciocho. El apartado segundo contiene el tipo agravado para los casos en los que haya acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos, y el hiperagravado para cuando se dé la circunstancia tercera o cuarta del artículo 181.1, de forma similar a lo que ocurre con los abusos sexuales del 181.

4. ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS

La primera ley que previó una tipificación específica de los delitos sexuales cuando el sujeto pasivo era menor de trece años fue la LO 5/2010, que trataba de dar un mayor amparo legal a la indemnidad sexual. En 2015 se elevó la edad de consentimiento sexual a los dieciséis años, equiparándola así a la de los países de nuestro entorno. La Directiva 2011/93/UE fue la impulsora de esta reforma a nivel europeo. La regulación contenida en el capítulo II bis es paralela a la de los capítulos primero y segundo del Título VIII. Así se diferencia entre abuso y agresión sexual y en ambos casos se pena de forma distinta según haya habido o no acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos. La principal diferencia en la tipificación de los delitos sexuales la encontramos en el

⁵² Cfr. García Rivas N. y Tarancón Gómez P., *Op. cit.*, p. 1157

apartado cuarto del artículo 182, que contiene varias circunstancias que agravan la acción. Dichas circunstancias son las siguientes:

- a. *“Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación total de indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.*
- b. *Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.*
- c. *Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*
- d. *Cuando, para la ejecución del delito el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.*
- e. *Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.*
- f. *Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.”*

Algunas de estas circunstancias las encontramos también en el 180, sin embargo, otras se tipifican específicamente para los casos en los que el sujeto pasivo es menor de dieciséis años, como la e) o la f).

Por otro lado, el capítulo contiene una disposición fundamental para excluir la tipicidad en determinados casos. Dicha disposición se encuentra en el artículo 183 quáter, y establece lo siguiente:

“El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.”

La inclusión de un apartado como este era fundamental para no penar acciones muy comunes en las que el bien jurídico no es realmente lesionado. La edad de iniciación en la vida sexual depende de muchas variables sociales y culturales y no es nada extraño que menores de dieciséis años mantengan relaciones sexuales de forma convenida dentro del desarrollo normal de su vida sexual. Es por eso por lo que no debía pensarse cualquier relación sexual que tuviese un menor de dieciséis años, pues ello implicaría por ejemplo

que dos quinceañeros que mantienen relaciones sexuales consentidas (algo muy común) estarían cometiendo abuso sexual recíprocamente, lo que a todas luces sería absurdo desde el punto de vista del derecho penal. Quizás la redacción del artículo deja un margen de interpretación demasiado amplio para el juzgador, pero también es cierto que se trata de una circunstancia difícil de codificar en términos más concretos.

V. EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

1. ANTECEDENTES

La EM del Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, 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 en 2014. Si bien es cierto que el PLO contiene una regulación que abarca muchas ramas del derecho, nos centraremos en las modificaciones que afectan al CP, y en concreto al Título VIII. El Convenio de Estambul, obliga a los Estados parte a tipificar ciertos delitos. El artículo 36 señala la obligación de la tipificación de la violencia sexual, incluida la violación. A estos efectos, define como violencia sexual en su artículo 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.”⁵³

Así, en la definición de estos conceptos, no se hace referencia alguna a la utilización de violencia e intimidación en la comisión del delito, y se pone el énfasis en la falta de

⁵³ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. (BOE 6 de junio de 2014)

consentimiento por parte del sujeto pasivo del delito. Pese a que en nuestro ordenamiento jurídico-penal la tipificación de las agresiones sexuales no orbita directamente en torno a la falta de consentimiento, sí que podemos considerar que todas las acciones descritas en el artículo 36 se encuentran de alguna forma tipificadas en nuestro CP; pues la utilización de violencia o intimidación supone, de facto, una falta de consentimiento.

El párrafo segundo del artículo 36 contiene una definición del consentimiento, entendiéndolo que éste, *“debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.”*⁵⁴

En nuestra opinión, no puede decirse que nuestra tipificación de los delitos sexuales no se adecue a lo dispuesto en el Convenio de Estambul. La EM del PLO señala como otra de las razones para la promulgación de la ley, evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria, entendida como el conjunto de traumas psicológicos que para la víctima supone el proceso judicial encaminado a penar a los sujetos activos de un delito. La revictimización es una realidad no achacable únicamente a los delitos sexuales, pero 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, pues la enervación de dicha presunción no puede realizarse sin que se llegue a probar la culpabilidad del reo. Ciertamente, pueden adoptarse medidas tendentes a paliar los nocivos efectos de la revictimización, pero no se puede excluir del procedimiento el interrogatorio de la acusación que, además, en estos delitos, suele constituir la prueba de cargo en torno a la cual se sustenta la acusación.

Como ya hemos dicho, si bien es cierto que la regulación penal vigente no es ajena a lo dispuesto en el Convenio de Estambul, este sí que propone, si quiera indirectamente, una configuración distinta del Título VIII, en la que el elemento fundamental del delito sea la ausencia de consentimiento, y no tanto los medios utilizados para la comisión de este. En cualquier caso, la ratificación por España del Convenio de Estambul no es el único evento que ha impulsado el desarrollo del PLO, como así se hace constar en la EM. El impulso del movimiento feminista en el último lustro ha llevado a una fuerte

⁵⁴ *Ibid.*, S.P.

movilización popular contra el patriarcado y todos sus efectos, incluidas las violencias sexuales. Como se desarrolla en la EM; el machismo y el patriarcado constituyen problemas sociales estructurales, que hunden sus raíces en la psique social dominante⁵⁵. Sin embargo, debemos tener en cuenta que el Derecho Penal no es el instrumento adecuado para educar a la sociedad, y, por lo tanto, el PLO no puede estar llamado a acabar con el machismo; pero sí que constituye una herramienta de prevención de sus manifestaciones más aberrantes.

La fuerza que ha desarrollado el movimiento feminista ha coincidido con algunos casos bastante mediáticos y en ocasiones, con sentencias polémicas que han invitado a la movilización del colectivo feminista. En este sentido, la sentencia más sonada fue la del caso de la Manada. La AP de Navarra condenó a los acusados por abuso sexual, al no considerarse probada la concurrencia de violencia o intimidación. Esta sentencia además contenía un voto particular que pedía la libre absolución de los acusados. Tanto la Sentencia como el voto particular indignaron a una gran parte del movimiento feminista, bajo los lemas “No es abuso, es violación”, o “Sólo sí es sí”. Ambos lemas fueron acogidos en el seno del feminismo como máximas que debían presidir una nueva tipificación de los delitos sexuales, y se deja ver su influencia en el anteproyecto. Con respecto del primero de ellos, en nuestra opinión la indignación popular se basaba más en un desconocimiento del funcionamiento de la ley penal que en una realidad. Es común que la nomenclatura usada por los juristas se aleje de la realidad social, algo especialmente patente en el derecho penal, donde las diferentes acciones tipificadas adoptan *nomen iuris* no utilizados o utilizados de forma distinta, por los legos en derecho. Popularmente, se denomina asesinato a cualquier homicidio, robo a cualquier hurto, o secuestro a cualquier detención ilegal. Sin embargo, estos *nomen iuris* implican la concurrencia de una serie de elementos que la ciudadanía generalmente desconoce. Con los delitos sexuales ocurre algo parecido, y es que cualquier abuso o agresión sexual es denominado indistintamente violación en el lenguaje alejado del mundo jurídico. Estas diferencias son las que han llevado a parte del movimiento feminista a indignarse ante una condena que no es por violación, cuando en el imaginario popular lo que había ocurrido era, efectivamente, una violación. La eliminación del tratamiento penal separado de abusos y agresiones obedece en parte a esta situación, así como a la necesidad de que

⁵⁵ Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. (Boletín Oficial de las Cortes Generales 26 de julio de 2021), p. 5

la falta de consentimiento sea el elemento que presida la tipificación de los delitos sexuales. Ello no quiere decir necesariamente que la redacción carezca de calidad técnico-jurídica, pues en su elaboración han participado juristas de reconocido prestigio, pero, en definitiva, las modificaciones obedecen a reivindicaciones que no tienen por qué tener en cuenta las especialidades del lenguaje jurídico-penal.

La cuestión fundamental en este aspecto es si debemos considerar que existe un mayor desvalor en la acción cuando concurre violencia o intimidación que cuando no. Realmente, este tratamiento separado, que tampoco ha sido una constante en nuestro ordenamiento jurídico, obedece precisamente a la necesidad de dar mayor castigo al reo que en la comisión de un delito sexual ha recurrido a la violencia o a la intimidación. En cualquier caso, como veremos cuando analicemos el PLO, la unificación de los tipos no impide la imposición de una pena mayor si concurre violencia o intimidación, aunque siempre dentro del rango penológico previsto para el tipo. Por otro lado, el lema “Sólo si es si”, también fue utilizado por el movimiento feminista en sus reivindicaciones. Antes de la elaboración del anteproyecto, los políticos encargados de su elaboración fijaron como uno de los objetivos el hecho de que la tipificación de los delitos sexuales girara en torno a la ausencia de consentimiento, acogiendo de alguna manera el “Sólo si es si”, en nuestro CP. Estas declaraciones dieron lugar a la burla por parte de algunos sectores del espectro político, por entender que lo que se pretendía era someter el ejercicio de la sexualidad, a una especie de contrato que hiciese constar el consentimiento. Esto, evidentemente no fue una posibilidad en ningún momento, pero las grandilocuentes declaraciones de los políticos podían darlo a entender. Por la propia naturaleza de la actividad sexual, no cabe de ninguna manera incluir en la tipificación la necesidad de un consentimiento expreso (en sentido estricto), pues ello supondría convertir en típicas acciones cotidianas llevadas a cabo por miles de personas sin que se lesione bien jurídico alguno. Pero es que, aunque realmente se pretendiera dicha tipificación, nos encontraríamos con el mismo problema que tenemos hoy en día a la hora de juzgar los delitos sexuales, el problema de la prueba.

2. LA LIBERTAD SEXUAL COMO ÚNICO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

A continuación, pasamos a analizar las modificaciones que el PLO introduce en el Título VIII del CP. En primer lugar, la Disposición Final 4.^a modifica la rúbrica del Título recuperando la que tuvo desde 1995 hasta 1999, esto es “Delitos contra la libertad sexual”, eliminándose la referencia a la indemnidad sexual como BJP.⁵⁶ En la EM no se hace referencia alguna al porqué de este cambio. Como vimos, la introducción de la indemnidad sexual como BJP a través de la reforma del CP operada en 1999, trataba de dar respuesta a una posición doctrinal dominante en ese momento, según la cual menores e incapaces no eran titulares de libertad sexual por lo que en los casos en los que estos fueren sujetos pasivos de delitos sexuales, el bien jurídico lesionado sería la indemnidad sexual. En su momento, el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual fue sometido a la emisión de informes valorativos por parte del CF y del CGPJ. Las modificaciones que se introdujeron al Proyecto de Ley tras la emisión de dichos informes son limitadas, especialmente en lo que a la modificación del Título VIII se refiere. Una de las modificaciones más significativas fue la de la definición de consentimiento que se adaptó a lo que solicitaron ambas instituciones en sus respectivos informes. Sin embargo, la mayoría de las restantes disposiciones se mantuvieron intactas, por lo que las indicaciones contenidas en dichos informes también nos sirven para analizar en profundidad el PLO. Los informes del CF y del CGPJ contienen opiniones contrarias respecto de la idoneidad de modificar la rúbrica del Título VIII.

El CF por su parte, acoge posturas previas a la reforma de 1999, entendiendo que la indemnidad sexual como BJP se encuentra incluida dentro de la libertad sexual en su faceta negativa, es decir, “en la facultad de exclusión que a toda persona ampara, incluidos los menores, de someterse a un acto sexual que no quiere, de no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual.”⁵⁷ Concluye por lo tanto, que el “bien jurídico protegido es la libertad sexual como autodeterminación o libre disposición y el derecho a no verse envuelto sin consentimiento en una acción sexual y, como tal bien jurídico, constituye el denominador común que abarca todas las conductas recogidas en el Título VIII (...) El concepto “libertad sexual” comprendería, por tanto, el concepto de

⁵⁶ Apartado seis de la Disposición final 4.^a del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, (Boletín Oficial de las Cortes Generales 26 de julio de 2021), p. 34

⁵⁷ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, aprobado por el Pleno del Consejo Fiscal el 18 de diciembre de 2020, p. 62

indemnidad sexual y quedaría conceptualizado, en sintonía con el Anteproyecto, como un derecho humano y un bien jurídico especialmente relevante, que consiste en el derecho a ejercer la autodeterminación sexual presente o potencial.”⁵⁸ El CGPJ sugiere al menos valorar el mantenimiento de la referencia a la indemnidad sexual en la rúbrica del Título VIII. En su informe, admite la posibilidad de interpretar que en el caso de menores se puede considerar que son titulares de una libertad sexual en potencia, en tanto que el ejercicio de actividades sexuales a temprana edad influye en el desarrollo sexual de la persona y, por lo tanto, en cómo se ejercerá la libertad sexual en el futuro. Sin embargo, el CGPJ señala que “la supresión de la indemnidad sexual como bien jurídico supone hacer abstracción de una consolidada doctrina jurisprudencial sobre este concepto y, además, no parece ajustarse a los usos lingüísticos afirmar que en el supuesto de agresión sexual agravada cuando el sujeto pasivo sea menor de cuatro años (art 181.4 c) en la redacción proyectada) el bien jurídico tutelado es la libertad sexual del menor.”⁵⁹

Autores como Díez Ripollés valoran positivamente el hecho de que la nueva rúbrica “prescinde de conceptos tan sesgadamente moralizadores como indemnidad o intangibilidad en relación con la sexualidad de los menores, reconduciendo esta al ámbito de la libertad sexual potencial o en formación.”⁶⁰

En cualquier caso, el debate sobre si la rúbrica del Título VIII debe incluir o no la referencia a la indemnidad sexual, es puramente doctrinal, en tanto que no afecta a la tipificación de los delitos, ni a la labor del juzgador ni a la imposición de las penas. En nuestra opinión, y considerando que los derechos humanos y la dignidad son inherentes a toda persona, independientemente de su edad o capacidad, parece apropiado entender que la titularidad de la libertad sexual corresponde a todos y a todas, aunque en determinados casos la especial situación de algunos individuos permita limitar dicha libertad siempre en beneficio del individuo en cuestión. Partiendo de esa premisa cabe considerar que la libertad sexual es el BJP de forma exclusiva en el Título VIII. En cualquier caso, y como ya hemos dicho, se trata de un debate más doctrinal que práctico,

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 25 de febrero de 2021, p. 78, párr. 202

⁶⁰ Ripollés, J. L. D., “Alegato contra un derecho penal sexual identitario.” *Revista de Ciencia Penal y Criminología de la Universidad de Málaga*, 21(4), 2019, p. 5

y lo verdaderamente importante es la salvaguarda de los bienes jurídicos en cuestión, que se logra de igual manera independientemente de la rúbrica del título.

3. LA UNIFICACIÓN DE LOS TIPOS

La principal innovación contenida en el PLO es la desaparición del tipo de abuso sexual que quedaría subsumido en el de agresión sexual, aunque con los elementos del tipo también modificados. Así, el artículo 178, que actualmente contiene el tipo básico de agresión sexual, castigado con pena de prisión de uno a cinco años cambiaría totalmente su contenido. Para empezar, se pasa a considerar agresión sexual cualquier atentado contra la libertad sexual sin consentimiento, independientemente de si concurre o no violencia o intimidación, y se rebaja el rango de penas pasando a ser de prisión de uno a cuatro años.

El apartado segundo del artículo 178 crea una presunción *iuris et de iure* de ausencia de consentimiento para los casos en los que concurra “violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.”⁶¹

Como vemos, el tipo penal engloba acciones muy diversas y en las que el desvalor de la acción se mueve en un rango muy amplio. Esta regulación podría ser contraria al principio de proporcionalidad, por lo que el 178 contiene un tercer apartado con una disposición de gran importancia que prevé que el juzgador, “razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.”⁶²

En términos generales, el CF valora positivamente la unificación de las agresiones y los abusos sexuales en el tipo de agresiones sexuales, y la considera adecuada para

⁶¹ Apartado siete de la Disposición final 4.^a del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, (Boletín Oficial de las Cortes Generales 26 de julio de 2021), p. 34

⁶² *Id.*

evitar esa victimización secundaria de la que se hablaba en la EM⁶³. La idea es que lo que se deba probar sea la ausencia de consentimiento para que haya agresión sexual, y no tanto la violencia o intimidación, por lo que, en teoría, la víctima no habría de pasar el trauma de relatar cada uno de los detalles de la agresión debiendo ceñirse a la ausencia de consentimiento.

La opinión emitida a través del informe del CGPJ es bastante más crítica con la idea de la unificación, pues entiende que la “indiferencia valorativa de los medios comisivos que comporta la unificación proyectada pugna con el principio de proporcionalidad en una doble dirección.”⁶⁴ El CGPJ se refiere al defecto de protección, es decir, la unificación del tipo implica la irrelevancia penal de los medios comisivos, por lo que la acción del sujeto activo se subsumirá en el mismo tipo y se sujetará a las mismas penas independientemente de si actúa violentamente o no, lo que podría tener consecuencias contrarias a las buscadas por la norma desde el punto de vista de la función preventiva general del derecho penal. El CGPJ recomienda la inclusión de un subtipo agravado de agresión sexual que considere los medios comisivos, para lograr evitar ese defecto de protección.⁶⁵ También señala el informe la posibilidad de incurrir en un exceso de prohibición, es decir, la sanción desproporcionada de acciones menos lesivas, lo que el APLO trata de evitar a través del apartado tercero del 179, precepto del que el CGPJ critica la ambigüedad y el enorme margen de interpretación que se deja al juzgador a través de la expresión “menor entidad del hecho”. Aconseja el CGPJ modificar el precepto para vincular la menor entidad del hecho al atentado sexual, y excluir su aplicabilidad cuando concurran determinadas circunstancias.⁶⁶ En este sentido, el prelegislador atendió relativamente a las indicaciones del CGPJ para añadir al PLO una referencia a las “circunstancias personales del culpable”, y no únicamente a la “menor entidad del hecho”, aunque el precepto continúa siendo bastante amplio a la hora de conferir un gran margen de interpretación al órgano sentenciador.

Algunos autores han manifestado ya la opinión que les merece esta unificación. Gimbernat ha sido especialmente crítico al considerarla injusta “porque -a pesar de la diferencia material que existe entre ellos- trata de igual manera supuestos de hecho

⁶³ Consejo Fiscal, *Op. cit.*, p. 65

⁶⁴ Consejo General del Poder Judicial, *Op. cit.*, p. 79, párr. 208

⁶⁵ *Ibid.*, p.80, párr. 211

⁶⁶ *Ibid.*, p.81, párr. 213

desiguales”⁶⁷. Por otro lado, el autor considera que la unificación obedece en parte a querer evadir lo que la doctrina alemana llama “el dolor del límite”⁶⁸, es decir, la dificultad que implica subsumir una acción cuando hay dos tipos penales con elementos similares, pero teniendo uno una consideración más grave. En este caso, se trata del límite entre agresión intimidatoria y el abuso con prevalimiento, estando ciertamente la frontera entre ambos tipos algo difusa. Pero esta difuminación de la frontera no es una consecuencia de una deficiente técnica legislativa, sino que es un fenómeno propio del derecho penal que se da en muchos delitos, y cuya solución no es en ningún caso, el borrado de esa frontera para acoger todas las acciones en el mismo tipo. Caruso Fontán mantiene una posición similar diciendo que es “oportuno señalar que esta clasificación no tiene más objetivo que distinguir entre las conductas más graves y aquellas que atacan al bien jurídico «libertad o indemnidad sexuales» con menor intensidad”⁶⁹. Además, señala que el propio prelegislador es consciente de estas desviaciones y las trata de suplir mediante la concesión de un poder interpretativo al juzgador que lo convertiría en un pseudolegislador vía artículo 178.3⁷⁰. Díez Ripollés también critica la unificación de los tipos y considera que el prelegislador “está dispuesto a desdibujar diferencias comportamentales significativas y a abandonar distinciones típicas relevantes a cambio de lograr un efecto socialmente pedagógico. Supone utilizar el derecho penal, el instrumento más poderoso del estado, para promover cambios en las concepciones sociales”⁷¹. Es decir, que la unificación tendría como objetivo enseñar a la sociedad la reprochabilidad de la acción atentatoria contra la libertad sexual independientemente de los medios comisivos, lo que para Díez Ripollés supone renunciar al principio de proporcionalidad para dar al derecho penal una utilidad pedagógica.

Otro sector de la doctrina se posiciona a favor de la unificación de los tipos. Monge Fernández señala que “es evidente la necesidad de acometer una inminente reforma en los delitos de agresiones y abusos sexuales, centrando la atención en la ausencia de consentimiento, interpretando como violación la realización de cualquier

⁶⁷ Gimbernat Ordeig, E., “Sólo sí es sí”. *Diario del Derecho*, 27-04, 2020, p. 2

⁶⁸ *Ibid.*, p. 3

⁶⁹ Fontán Caruso, M. V., “¿Sólo Sí es Sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.” *Diario La Ley*, (9594), 2, 2020, S.P.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ Ripollés, J. L. D., *Op. cit.*, p. 11

actos sexual sin consentimiento de la víctima”⁷², aunque acto seguido manifiesta que “la nomenclatura más correcta para referirse a los comportamientos atentatorios de la libertad sexual es el término de “atentado sexual”, graduando su gravedad en virtud de su intensidad, reflejándose consecuentemente con diversa penalidad”⁷³. Ramon Ribas y Faraldo Cabana también consideran positiva la unificación y lo justifican al considerar que, tanto en la agresión sexual, como en el abuso sexual, el BJP, esto es, la libertad sexual se ve igualmente lesionado. Consideran que a concurrencia de violencia o intimidación implicaría, en su caso, la lesión de otros bienes jurídicos no protegidos en el Título VIII y debería pensarse vía concursal si así procediera.⁷⁴ También contestan ambos autores enumerando distintos delitos en los que la concurrencia de violencia o intimidación no opera como agravante. Por último, Faraldo y Ribas señalan que “la diferencia entre abuso y agresión sexual se ha utilizado para distinguir entre víctimas que no merecen tanta protección, porque ellas mismas se han puesto en peligro al subir voluntariamente a un piso con varios hombres (caso Arandina) o al emborracharse con ellos (caso de la manada de Manresa), y víctimas que sí la merecen, porque han resistido heroicamente, con riesgo e incluso pérdida de su vida (caso Nagore Laffage)”⁷⁵.

Como vemos, la doctrina se encuentra dividida en lo que respecta a la unificación de los tipos penales. En este sentido, conviene recordar que la distinción entre abusos y agresiones sexuales no es una constante en nuestro ordenamiento-jurídico penal, sino que esta distinción fue introducida con el nuevo CP de 1995. En nuestra opinión, y como hemos expresado en su momento, consideramos que el lema “No es abuso es violación” obedece a un desconocimiento de la ley penal por los legos en Derecho, desconocimiento que, por su parte, no merece reproche alguno. Se ha argumentado también que el término abuso sexual no es adecuado para la tipificación de la acción por su propia etimología. Así, abusar viene a significar, desde un punto de vista etimológico usar en exceso o superar el uso adecuado. Aunque desde un punto de vista jurídico la utilización del repetido *nomen iuris* no afecta en la consideración de los elementos del tipo, debemos tener en cuenta la influencia del lenguaje. Evidentemente, el legislador de 1995 cuando

⁷² Monge Fernández A., “Las Manadas” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2020, p. 295

⁷³ *Ibid.*, 296.

⁷⁴ Cfr., Ramón Ribas, E., y Faraldo Cabana P., ““Solo sí es sí”, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat”. *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, 21-42, 2020, p. 26

⁷⁵ *Ibid.*, p.32

tipificó los abusos sexuales no quería decir que los individuos pudiésemos ser objeto de un “uso” sexual como tal; pero hoy que reparamos en lo inadecuado del término parece oportuno proceder a su sustitución. Como señala Monge Fernández, el término atentado sexual sería más apropiado. Coincidimos con Gimbernat en que la unificación atenta contra el principio de proporcionalidad, sobre todo si tenemos en cuenta que los problemas que el PLO trata de atajar podrían conjurarse por vías distintas. Por ejemplo, la unificación de los delitos en un único tipo de atentado sexual para cualquier atentado sin consentimiento, al que se le añadirían subtipos agravados que si tuviesen en cuenta los medios comisivos y en los que podríamos hablar más adecuadamente de agresión sexual.

4. EL CONSENTIMIENTO

La definición de consentimiento consagrada en el APLO era la siguiente:

“Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto.”⁷⁶

Esta definición fue objeto de duras críticas por parte del CGPJ y por autores como Gimbernat. El CF señaló en su informe los problemas que podría implicar el hecho de que la definición estuviese redactada en negativo⁷⁷, aunque valoró positivamente el que el prelegislador hubiera optado por el modelo de consentimiento expreso, que en su opinión es por el que parecía inclinarse también el Convenio de Estambul. “El modelo de la negativa expresa presupone que la víctima de alguna manera haya expresado su voluntad contraria a la relación o al acto sexual, mientras que el consentimiento expreso exige, para que la conducta sea lícita, que la víctima haya expresado, también de alguna manera, su voluntad de mantener ese contacto o relación.”⁷⁸

El CGPJ puso severas objeciones a la redacción de dicha definición principalmente por entender que era contradictoria al admitir en un primer momento un consentimiento expreso o tácito, pero en el inciso final acabar requiriendo uno expreso.⁷⁹

⁷⁶ Apartado siete de la Disposición Final 4.^a del Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Fecha de la última visita: 5 de abril de 2022 en: <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/APLOGILSV2.pdf>

⁷⁷ Cfr., Consejo Fiscal, *Op. cit.*, p. 65

⁷⁸ *Ibid.*, p. 64

⁷⁹ Consejo General del Poder Judicial *Op. cit.*, p. 83, párr. 220

Esta y otras objeciones llevaron al Gobierno a cambiar la definición que según se establece en el PLO quedaría de la siguiente forma:

*“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.”*⁸⁰

Como vemos, la definición pasa de estar redactada en negativo a estarlo en positivo, como habían recomendado CF y CGPJ en sus informes. Sin embargo, las críticas contenidas en el informe del CGPJ no iban únicamente referidas a la redacción de la definición, sino que, en su mayoría, rechazaban directamente la inclusión de una definición de estas características en el CP. En primer lugar, porque el CGPJ considera que la tipificación de los delitos sexuales ya se hallaba asentada en torno al consentimiento, señalando que la definición es innecesaria, por no tratarse de un problema conceptual sino probatorio. Prueba de ello sería la abundante jurisprudencia del TS en torno al concepto de consentimiento, que ya se adecuaba a los parámetros internacionales y en particular a lo establecido en el artículo 70 de las Reglas de procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional como indica el CGPJ en su informe.⁸¹ Asimismo, el CGPJ llega a acusar al APLO de intentar invertir la carga de la prueba, para que fuese el reo quien tuviese que probar la concurrencia del consentimiento, y se basa para defender tal postura en una expresión que contenía la EM del APLO, cuando hablaba de “reorientar el régimen de valoración de la prueba”⁸². Desde luego se trata de una expresión desafortunada y también ha sido señalada por el CF que solicitaba su retirada del texto. En nuestra opinión, si bien es cierto que la expresión podía dar lugar a equivocaciones, no creemos que el APLO buscara invertir la carga de la prueba, principalmente porque ello no sería posible debido a la inconstitucionalidad de cualquier medida tendente a tal fin. Consideramos que la expresión utilizada en la EM se refería a que la valoración de la prueba en los delitos sexuales se reorientaría desde la prueba de los medios comisivos hacia la prueba de la ausencia de consentimiento. En cualquier caso, el Gobierno siguió las indicaciones de CF y CGPJ y eliminó la expresión de la EM del PLO.

⁸⁰ Apartado siete de la Disposición final 4.ª del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, (Boletín Oficial de las Cortes Generales 26 de julio de 2021), p. 34

⁸¹ Consejo General del Poder Judicial, *Op. cit.*, p. 82, párr. 217

⁸² *Ibid.*, p. 83, párr. 218

Como se establece en la EM, uno de los motivos que ha impulsado la redacción del APLO es evitar la victimización secundaria o revictimización, y en este punto el CGPJ también se muestra crítico al considerar que la unificación de los tipos y la definición del consentimiento no van a cambiar nada en ese aspecto, pues el debate judicial girará en torno a la concurrencia o no del consentimiento y en torno a las circunstancias del caso, lo que tendrá los mismos efectos de victimización secundaria.⁸³ Por último, el CGPJ recomienda la inclusión de una modalidad imprudente del tipo, como existe en otras regulaciones penales; para aquellos casos en los que el sujeto activo no actúe con la diligencia debida para determinar si está existiendo un consentimiento.⁸⁴

Con respecto la precedente definición contenida en el APLO, Gimbernat por un lado, y Faraldo Cabana y Ramón Ribas por otro, mantuvieron un interesante debate sobre si sería típica la siguiente acción:

“El marido, muchos domingos, cuando su esposa se ha despertado en el lecho conyugal, la penetra vaginalmente, adoptando la mujer una actitud meramente pasiva de “dejar hacer”⁸⁵.

Para Gimbernat la respuesta es clara, el marido estaría cometiendo un delito de violación y ello aunque la esposa manifestase ante el operador judicial que estaba de acuerdo con el mantenimiento de dichas relaciones.⁸⁶ Para Gimbernat, por lo tanto, cualquier relación sexual en la que un sujeto adoptara esa actitud pasiva de dejar hacer implicaría la tipicidad de la acción realizada por el otro sujeto, pues ese dejar hacer no sería un acto exterior, concluyente ni inequívoco, ni mucho menos expreso. Faraldo Cabana y Ramon Ribas opinan que la acción no sería típica pues los actos de la esposa “revelan, de forma clara, indubitada, su voluntad de participar en la actividad sexual: la permite o tolera, llevándola con paciencia.”⁸⁷ Afortunadamente, la definición fue modificada, pues sólo hay que ver las antagónicas interpretaciones que provocó en la doctrina para poder imaginar el caos judicial que una mala redacción legal es susceptible de provocar.

Parece que el prelegislador quería acercarse lo más posible a exigir un consentimiento expreso (expreso en el sentido estricto, es decir, expresado con palabras),

⁸³ *Id.*, párr. 219

⁸⁴ *Ibid.*, p. 84, párr. 222.

⁸⁵ Gimbernat Ordeig, E., *Op. cit.*, p. 4

⁸⁶ *Cfr.*, *Id.*

⁸⁷ Ramón Ribas, E., y Faraldo Cabana P., *Op. cit.*, p. 35

pero es evidente que dicha posibilidad no era real. Finalmente ha cambiado la definición por una que es la ya utilizada por la jurisprudencia como por ejemplo, en la reciente STS 145/2020 de 14 de mayo que señala que “el consentimiento no puede entenderse desde un punto de vista presunto o subjetivo del agresor, sino que lo es de la propia víctima, y expreso y evidenciado de forma clara, no presunta”⁸⁸. Lo que nos permite plantearnos si es realmente necesaria su inclusión en el CP. Desde luego a efectos penológicos carece de fundamento, y parece que dicha inclusión tiene únicamente fines pedagógicos, ajenos al derecho penal.

5. TIPOS AGRAVADOS

El proyectado artículo 180 incluye un catálogo de circunstancias agravantes, algunas de ellas ya vigentes tanto para abusos como agresiones, otras únicamente previstas para uno de los dos tipos y otras nuevas. Resulta de interés estas últimas. Por un lado, el PLO prevé como agravante el hecho de que el sujeto pasivo sea o haya sido esposa o mujer o esté relacionada con el sujeto activo por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.⁸⁹ El CF se muestra algo crítico con esta agravante pues “el incremento del desvalor de la acción que representa permite considerar la aplicación de las agravantes genéricas del artículo 22.4 o del artículo 23 CP, si el fundamento de su inclusión es el género y, de no serlo, resultaría contradictorio con el espíritu de la norma propuesta al permitir su aplicación en casos de matrimonio entre dos mujeres y excluirla en casos de matrimonio entre dos hombres”⁹⁰ Por su parte, como señala el CGPJ la inclusión de esta agravante se explica según lo dispuesto en el Convenio de Estambul, que requiere a los legislador para su introducción. Sin embargo, el Convenio habla de relación matrimonial, de hecho, o análoga, por lo que no excluye su tipicidad en función del género del sujeto pasivo,⁹¹ lo que, a todas luces, parece más adecuado.

En efecto, no se entiende por qué el prelegislador ha querido circunscribir esta circunstancia únicamente a los casos en los que el sujeto pasivo sea una mujer. El hecho de que la mujer sea mayoritariamente la víctima de las violencias sexuales no explica que

⁸⁸ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 882/220, de 14 de abril de 2020. FJ quinto. Fecha de la última consulta: 5 de abril de 2022, Roj: STS 882/2020 - ECLI:ES:TS:2020:882

⁸⁹ Apartado nueve de la Disposición final 4.^a del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, (Boletín Oficial de las Cortes Generales 26 de julio de 2021), p. 34

⁹⁰ Consejo Fiscal, *Op. cit.*, p. 79

⁹¹ Consejo General del Poder Judicial, *Op. cit.*, p. 86, párr. 231

la acción merezca un mayor desvalor que si el sujeto pasivo es un hombre. Efectivamente, el machismo implica una posición de dominio del hombre sobre la mujer, pero también los hombres son muchas veces víctimas indirectas del patriarcado, pues este les atribuye unos determinados roles que no tienen por qué ser positivos. Se trata de una estructura tan implantada en la sociedad, que no es extraño que en parejas de hombres homosexuales se reproduzcan comportamientos machistas, incluidas violencias sexuales. Como hemos manifestado en su momento, es obvio que la política criminal debe tener en cuenta la estadística, pero en este caso parece no tener razón de ser la exclusión de la tipicidad de la agravante si el sujeto pasivo es hombre. En cualquier caso, el juzgador podría continuar recurriendo a la agravante mixta de parentesco en caso de que el sujeto pasivo sea un hombre, aunque por el bien de la calidad legislativa sería preferible la modificación del PLO. Mejor valoración merece la séptima circunstancia, que por fin da respuesta a la insistente petición de la doctrina de apreciar el mayor desvalor de la acción cuando el sujeto activo anula la voluntad de la víctima mediante la sumisión química. Se deroga también el abuso fraudulento, reconduciéndose en su caso, al tipo básico.

6. AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS

En coherencia con las modificaciones introducidas en el Capítulo I del Título VIII, se suprime el contenido del Capítulo II que contenía la tipificación de los abusos sexuales, y es sustituido por las agresiones sexuales a menores de dieciséis años tipificadas en el artículo 181. En consecuencia, se deroga el Capítulo II bis, que contenía la tipificación de los abusos y las agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

El apartado primero del proyectado artículo 181 contiene el tipo básico de agresión sexual a menor de dieciséis años en términos similares al vigente artículo 183, con las adaptaciones terminológicas que la reforma implicaría. El apartado segundo prevé un aumento de la pena para el caso de que se den las circunstancias del artículo 178, es decir, empleando *“violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando*

la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.”⁹² Así las cosas, el tipo básico quedaría reducido al tipo actual de abuso sexual por mera ausencia de consentimiento, que como hemos visto tiene un ámbito de aplicación bastante reducido. Llama la atención que en este caso el prelegislador sí que prevé un aumento de la pena si concurre violencia o intimidación, lo que parece algo contradictorio atendiendo a la argumentación utilizada para unificar los tipos. Es decir, se trataba de evitar la victimización secundaria eliminando la referencia a los medios comisivos para que solo hubiese de probarse la ausencia consentimiento, pero parece que los menores de dieciséis años sí que tendrán que pasar por esa revictimización. Si se consideraba que el BJP se lesiona con indiferencia de que concurra violencia o intimidación no tiene sentido que con respecto de los menores se modifique esa postura. Como señala Gimbernat, el APLO “renuncia a explicar por qué, si se convirtiera en Ley, hasta el instante mismo anterior a que la víctima de un acto sexual cumpla 16 años la violencia o intimidación opera como factor que agrava sustancialmente la pena frente a aquel otro acto que se ejecuta con prevalimiento de una relación de superioridad o parentesco, mientras que, en el mismo momento de alcanzar los 16 años, se consideran igual de graves los actos sexuales con violencia o intimidación que con prevalimiento, y no lo explica porque no es posible explicar lo inexplicable.”⁹³

Por otro lado, y de conformidad con lo establecido en el 178, la menor entidad del hecho en atención a las circunstancias concurrentes, incluidas las personales del culpable, puede suponer la sanción con la pena inferior en grado salvo que concurra violencia, intimidación o alguna de las circunstancias del artículo 181.4. Como vimos, el artículo 178 contiene una previsión similar, que ya fue objeto de crítica por la indeterminación de los conceptos utilizados; pero es que, además, en el artículo 178 el prelegislador exige al órgano judicial razonar en la sentencia esa menor entidad, referencia que se omite en este artículo, lo que de nuevo carece de sentido. La última incoherencia de este apartado podemos deducirla de su atenta lectura:

“2. Si en las conductas del apartado anterior concurre alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178, se impondrá una pena de prisión de cinco a diez años. En estos casos, en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas

⁹² Apartado doce de la Disposición final 4.^a del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, (Boletín Oficial de las Cortes Generales 26 de julio de 2021), p. 35

⁹³ Gimbernat Ordeig, E., “Contrarréplica a una réplica. Otra vez: “Sólo sí es sí”. *Diario del derecho*, 2020, p.3

las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, podrá imponerse la pena de prisión inferior en grado, excepto cuando medie violencia o intimidación o concurran las circunstancias mencionadas en el artículo 181.4.”⁹⁴

Como hemos dicho, las circunstancias del 178 son, el empleo de “*violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.*”⁹⁵ El prelegislador prevé la posibilidad de reducir la pena “en estos casos”, incluyendo la excepción de que concurra violencia o intimidación o alguna de las circunstancias del artículo 181.4. Las letras c) y e) de dicho artículo tipifican como agravantes el abuso de la vulnerabilidad de la víctima o el prevalimiento de una posición de superioridad; es decir que realmente la reducción sólo es aplicable si no se da ninguna de las circunstancias del apartado segundo del artículo 178. No se entiende entonces la ubicación de esta posibilidad de reducción en el apartado segundo del artículo 181 cuando realmente no cabe su aplicación en esos supuestos. En nuestra opinión, sería más coherente ubicar la posibilidad de reducción de la pena en el apartado primero del artículo 181, es decir cuando en los actos sexuales perpetrados contra el sujeto pasivo no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 178.

El apartado tercero contiene el tipo agravado de agresión sexual por acceso carnal, que agrava paralelamente el apartado primero y el apartado segundo, de forma similar a la agravación vigente y paralela que se hace de abusos y agresiones cuando concurre acceso carnal. La diferencia es que el apartado primero es bastante más reducido que el actual tipo de abuso, y el segundo bastante más amplio que el vigente de agresión.

El apartado cuarto contiene circunstancias agravantes similares a las ya previstas en la regulación vigente o a las nuevas previstas en el 180. En el APLO incluso se incluyó la agravante por ser el sujeto pasivo esposa del sujeto activo, lo que carecía totalmente de sentido si tenemos en cuenta que en España no cabe el matrimonio de un menor de

⁹⁴ Apartado doce de la Disposición final 4.^a del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, (Boletín Oficial de las Cortes Generales 26 de julio de 2021), p. 35

⁹⁵ *Id.*

dieciséis años. Tanto el CF⁹⁶ como el CGPJ⁹⁷ repararon en el error, y el prelegislador corrigió su incoherencia en el PLO, hablando únicamente de pareja.

El proyectado artículo 183 bis pasa a contener la cláusula de exclusión de la responsabilidad vigente en el 183 quáter. El APLO reducía la operabilidad de dicha cláusula a los casos del artículo 181.1 (y 182.1, fuera de nuestro ámbito de estudio), lo que excluía la aplicabilidad si se producía acceso carnal. Es decir que dos menores de dieciséis años no podrían mantener relaciones sexuales con penetración sin estar incurriendo en un delito penal. El CF aconsejó mantener la redacción vigente.⁹⁸ En el PLO se amplió la aplicabilidad de la cláusula a los delitos previstos en todo el capítulo salvo que concurren las circunstancias del 178. El CGPJ ya valoró positivamente limitar la eficacia de la cláusula cuando señaló que esta “precisión del ámbito de eficacia excluyente de la antijuricidad del consentimiento dota de mayor seguridad jurídica al precepto, pues al tener que tratarse de un consentimiento libremente formado es claro que deben excluirse los supuestos en que se haya obtenido mediante violencia, intimidación, engaño, abuso, etc. Esta limitación de la eficacia del consentimiento que en la redacción vigente queda en manos del intérprete, se expresa ahora de modo claro y preciso en la norma.”⁹⁹ El CGPJ probablemente no reparó en que también se estaba excluyendo el acceso carnal consentido pero, en cualquier caso, la redacción que ofrece el PLO es mejor a la vigente, que no incluye ninguna excepción a la aplicabilidad de la cláusula, aunque sí eran apreciadas por la jurisprudencia.

VI. DERECHO PENAL COMPARADO EN LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES

La creciente fuerza del movimiento feminista no es una singularidad española, sino que se trata de un fenómeno que se está desarrollando en todo occidente. También en Latinoamérica ha ganado mucha fuerza especialmente a través de los movimientos proabortistas. Los cambios en la tipificación de los delitos sexuales se han producido en muchos Estados de Europa, sobre todo a partir de la ratificación del Convenio de

⁹⁶ Consejo Fiscal, *Op. cit.*, p.76

⁹⁷ Consejo General del Poder Judicial, *Op. cit.*, p. 88 párr. 238

⁹⁸ Consejo Fiscal, *Op. cit.*, p.79

⁹⁹ Consejo General del Poder Judicial, *Op. cit.*, p. 88 párr. 240

Estambul. A continuación, pasamos a analizar someramente como están tipificados los delitos sexuales en otros Estados europeos para comprobar las similitudes y diferencias con la vigente regulación española y con la proyectada en el PLO.

La regulación más similar a la vigente en España es la de Portugal. Su CP tipifica la coacción sexual exigiendo la concurrencia de violencia, intimidación o sumisión química, y prevé asimismo un tipo subsidiario para el caso de que no concurra ninguna de esas circunstancias, es decir, exigiendo únicamente la ausencia de consentimiento.¹⁰⁰ Por otro lado, tipifica la violación bifurcada a su vez en un tipo básico y uno subsidiario de forma paralela a lo previsto para la coacción sexual.¹⁰¹ Como vemos se trata de un esquema similar al español, la coacción sexual sería al equivalente a la agresión o al abuso sexual sin penetración, mientras que la violación equivale a al tipo de nuestro artículo 179 y al del abuso sexual con penetración. Lo llamativo es que esta regulación es posterior al Convenio de Estambul, que llevó al legislativo luso a introducir los tipos subsidiarios de la coacción sexual y de la violación, en el que el único elemento objetivo del tipo es la ausencia de consentimiento. Resulta impactante que el mismo tratado internacional lleve a Portugal a adoptar una tipificación similar a la española, y a España a modificar profundamente la estructura típica del Título VIII.

En Italia se solía distinguir entre acceso carnal y actos libinidosos, aunque ambos tipos se unificaron para adaptar la ley penal al Convenio de Estambul y, principalmente, persiguiendo evadir la revictimización.¹⁰² El elemento fundamental es, por lo tanto, la ausencia de consentimiento, pero se prevén como agravantes la violencia y la sumisión química entre otras. Lo particular es que la unificación realizada se opera sobre acciones tan distintas, desde el punto de vista de la lesividad, como lo son un atentado sexual sin acceso carnal y otro con penetración. Sin embargo, existe un tipo reducido para los casos menos graves y que la jurisprudencia suele aplicar cuando no hay acceso carnal, por lo que las modificaciones practicadas son bastante limitadas. Consideramos que la existencia de un tipo agravado que prevea cualquier tipo de penetración ofrece unas mayores garantías de proporcionalidad.

¹⁰⁰ Cfr., Torres, C. V., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 133(3), 2018, p. 8

¹⁰¹ Cfr., *Id.*

¹⁰² Cfr., *Ibid.*, p.7

La regulación francesa es, probablemente, una de las más alejadas en nuestro entorno al Convenio de Estambul. La tipificación orbita casi exclusivamente en torno a los medios comisivos previendo dos tipos, la agresión sexual y la violación; exigiendo en ambos violencia, coacción, amenaza o sorpresa y distinguiéndose por requerir la violación de algún tipo de penetración.¹⁰³ Evidentemente, en ninguno de esos casos concurre consentimiento, pero también existen otras acciones susceptibles de lesionar la libertad sexual que no requieren de ninguna de dichas circunstancias.

En Alemania el CP fue modificado en 2016 tras los eventos de nochevieja de 2015, cuando muchas mujeres sufrieron algún tipo de violencia sexual en la ciudad de Colonia. Pasaron de un modelo de tipificación relativamente parecido al vigente en España, para pasar a uno basado exclusivamente en la ausencia de consentimiento, aunque en el que el uso de violencia opera como agravante; además de exigirse un consentimiento expreso, en sentido estricto, cuando el sujeto pasivo tiene sus capacidades afectadas.¹⁰⁴

Por último, las regulaciones escandinavas son las más “innovadoras”. En Islandia se califica como violación cualquier atentado sexual sin consentimiento, con un rango penológico amplísimo, y en Suecia ocurre algo parecido, con la particularidad que se prevé un tipo imprudente de atentado sexual para cuando el sujeto activo no despliega la diligencia suficiente para comprobar que la relación que está manteniendo es consentida.¹⁰⁵

Como vemos las regulaciones europeas son muy distintas entre sí y proceden a la tipificación desde perspectivas relativamente distintas. Resultaría de interés para la futura modificación española comprobar que leyes europeas podrían servir de inspiración, y de cuales deberíamos tratar de diferenciarnos.

¹⁰³ *Cfr., Ibid.*, p. 8

¹⁰⁴ *Cfr., Ibid.*, p. 6

¹⁰⁵ *Cfr., Ibid.*, p. 9

VII. CONCLUSIONES

Tras haber profundizado en la estructura de la tipificación vigente de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y haber analizado el PLO a la luz de los informes del CGPJ y del CF hemos alcanzado las siguientes conclusiones.

En primer lugar, que la consideración de la libertad sexual como único BJP en los delitos contra la libertad sexual es un acierto por implicar el reconocimiento de dicha libertad para todos y todas, sin perjuicio de que esa libertad pueda quedar modulada en atención a la edad o a otras circunstancias inherentes a determinadas personas. Prescindir de la referencia a la indemnidad sexual no va a tener efectos prácticos en la aplicación de los tipos, pero es importante que las leyes utilicen un lenguaje adecuado que no perpetúe consideraciones paternalistas o moralizantes, pues esa no es la función del derecho, y menos del derecho penal.

En segundo lugar, que la regulación penal vigente de los delitos contra la libertad sexual es plenamente acorde a lo dispuesto en el Convenio de Estambul. Todas las acciones que el Convenio invita a tipificar se encuentran de un modo u otro en nuestro CP, y el consentimiento es, asimismo, la piedra angular de dicha regulación, aunque pueda serlo de forma menos visible en algunos tipos. Ello no quiere decir que nuestra regulación sea perfecta ni que debamos mantenerla inalterada, pues la ley penal siempre ha de estar preparada para adaptarse a las tendencias criminales y para reprimir aquellas acciones que nosotros, los ciudadanos, consideremos merecedoras de mayor reproche y que así lo expresemos a través de la representación parlamentaria. Desafortunadamente, es común que los políticos utilicen las reformas de la ley penal como reclamo electoral y que busquen entre nuestros mayores miedos; pero los juristas debemos estar presentes para recordar el carácter *ultima ratio* del derecho penal y la función de este, que no deja de ser la de proteger los bienes jurídicos que consideramos más preciados. Casos mediáticos como el de la Manada, no deben esgrimirse como arma arrojada para impulsar una determinada reforma. Es más, precisamente el caso de la Manada nos demuestra que la regulación vigente no es una vía de impunidad para los depredadores sexuales, y evidencia de ello es la severa sentencia que acabó condenando a todos los reos a largas penas de prisión, y ello al amparo del CP vigente.

En tercer lugar, y al hilo de la anterior conclusión, que la tipificación penal española de los delitos sexuales es bastante avanzada si la comparamos con otros países de nuestro entorno, que también son parte en el Convenio de Estambul, como la de Francia o Italia. Quizás, apartar los medios comisivos del tipo básico sea un acierto, como es el caso de la legislación penal alemana, para que ese tipo tenga como único elemento objetivo la ausencia del consentimiento. Sin embargo, en nuestra opinión, posiciones tan supuestamente innovadoras como la islandesa o la sueca, suponen un sacrificio de principios básicos del Derecho Penal, sacrificio que no consideramos ni necesario ni probablemente más eficiente en la lucha contra la violencia sexual.

En cuarto lugar y en lo que respecta a la unificación de los tipos en un único tipo de agresión sexual. Optar por un esquema u otro no es mejor ni peor en sí mismo, pues cada sistema nos ofrece unas ventajas y unas desventajas. En nuestra opinión, entre las ventajas que puede ofrecer el esquema típico proyectado no se encuentra la de evitar la victimización secundaria. La revictimización es una realidad, y es probable que sus efectos puedan mitigarse a través de normas procesales, que hagan el proceso penal algo más humano y empático para con las víctimas. Pero la reforma de los tipos no es una solución adecuada en tanto que el juzgador siempre va a tratar de recabar toda la información necesaria para enervar la presunción de inocencia. Aunque la violencia o la intimidación no operen como agravantes en la reforma proyectada, la concurrencia de estas implica una falta de consentimiento, por lo que el juzgador tendrá que seguir comprobando si ha existido esa violencia o intimidación. Por otro lado, la inclusión de la definición del consentimiento dentro del tipo penal tampoco va a acabar con las dificultades que entraña su prueba, pues como señaló en su informe el CGPJ, no es un problema conceptual, es un problema de prueba. Los tribunales ya sabían lo que era y lo que no era consentimiento antes de que al prelegislador se le ocurriera incluir su definición en el CP.

En nuestra opinión, la unificación de los tipos sería adecuada mediante la creación de un tipo básico de atentado sexual, prescindiendo así del *nomen iuris* de abuso sexual, que ciertamente puede considerarse inadecuado. A ese tipo básico, además de añadirse el tipo agravado de violación, debería añadirse uno o varios subtipos agravados que prevean como agravantes, entre otras circunstancias, la concurrencia de violencia, de intimidación o la sumisión química, y ello en aras a preservar el principio de proporcionalidad. Por último, también podría ser adecuado, tal y como señala el CGPJ en

su informe, incluir un tipo imprudente, pues ciertamente, todos y todas debemos tener la responsabilidad de comprobar que las relaciones sexuales que podamos mantener están siendo consentidas, y máxime cuando existen dudas razonables al respecto. Si un hombre va a mantener relaciones sexuales con una mujer visiblemente afectada por haber consumido alcohol, no parece demasiado exigirle al hombre que se cerciore de que la mujer presta consentimiento, y si no lo hace, quizás podía no ser consciente de que la mujer no había dado su consentimiento, pero como mínimo habría de haber albergado una duda razonable al respecto.

En definitiva, este proyecto de ley alberga propuestas interesantes en lo que respecta a la tipificación de los delitos sexuales, pero ni mucho menos es la solución a todos los problemas judiciales y criminales que algunos políticos tratan de vendernos. La ley penal tiene un fin fundamental, prevenir, y un fin accesorio, castigar, pero su fin no es ni educar a la sociedad, ni dismantelar estructuras sociales tan arraigadas como el patriarcado. Para eso está la educación. La educación en casa y la educación en las escuelas, aprender a respetar a los demás en esferas tan importantes para nuestro desarrollo. Cuando se producen habitualmente acciones tan lesivas y por sujetos aparentemente normales, significa que nos encontramos ante un problema estructural, en el que la ley penal no puede operar más que como parche.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y 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 de 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 LO 10/1995, de 23 de noviembre. (BOE 1 de mayo de 1999)

LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE 26 de noviembre de 2003)

LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE 23 de junio de 2010)

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)

Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. (BOE 6 de junio de 2014)

2. JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 10827/1994, de 14 de febrero de 1994. Fecha de la última consulta: 5 de abril de 2022. Roj: STS 10827/1994 - ECLI:ES:TS:1994:10827

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 1295/2006, de 13 de diciembre de 2006. Fecha de última consulta: 5 de abril de 2022. Roj: STS 8772/2006 - ECLI:ES:TS:2006:8772

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

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 5437/2013, de 5 de noviembre de 2013. Fecha de la última consulta: 5 de abril de 2022. Roj: STS 5437/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5437

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 107/2019, de 4 de marzo de 2019. Fecha de última consulta: 5 de abril de 2022. Roj: STS 719/2019 - ECLI:ES:TS:2019:719

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 2200/2019, de 4 de julio de 2019. Fecha de la última consulta: 5 de abril de 2022. Roj: STS 2200/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2200

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 882/2020, de 14 de abril de 2020. Fecha de la última consulta: 5 de abril de 2022, Roj: STS 882/2020 - ECLI:ES:TS:2020:882

Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, núm. 278/2020, de 3 de junio de 2020. Fecha de la última consulta: 5 de abril de 2022. Roj: STS 1550/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1550

Sentencia de la Sección de Apelación Penal, de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, núm. 186/2021, de 1 de julio de 2021. FJ quinto. Fecha de la última consulta: 5 de abril de 2022. Roj: STSJ AND 12396/2021 - ECLI:ES:TSJAND:2021:12396

3. OBRAS DOCTRINALES

Cancio Meliá M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Fernández Molina F. (coord.), *“Penal parte especial (Delitos, Tipos y Penas)”*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, pp. 255-302

Fontán Caruso, M. V., “¿Sólo Sí es Sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.” *Diario La Ley*, (9594), 2, 2020.

García Rivas N. y Tarancón Gómez P., “Agresión y abusos sexuales”, en Ventura Püschel A. (coord.), *“Tratado de Derecho Penal Parte Especial (I). Delitos contra las personas.”*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2021. Pp 1117-1205

Gimbernat Odreig E., “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español: con especial referencia a la violación intimidatoria”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 22, no 3, p. 489-510, 1996.

Gimbernat Ordeig, E., “Sólo sí es sí”. *Diario del Derecho*, 27-04, 2020.

Gimbernat Ordeig, E., “Contrarréplica a una réplica. Otra vez: “Sólo sí es sí”. *Diario del derecho*, 2020.

- Monge Fernández A., *“Las Manadas” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2020.
- Morales Prats F. y García Albero R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Morales Prats F. (coord.), *“Comentarios al Código Penal Español. Tomo I y II.”*, Thomson Reuters ARANZADI, Cizur Menor, 2016.
- Muñoz Conde F. y López Peregrín C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, *“Derecho Penal. Partes Especial.”*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2021, pp. 191-239
- Orts Berenguer E. y Suárez-Mira Rodríguez C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2001.
- Ramón Ribas, E., y Faraldo Cabana P., ““Solo sí es sí”, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat”. *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, 21-42, 2020.
- Redacción Wolters Kluwer, *Delitos Sexuales*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019
- Ripollés, J. L. D., “Alegato contra un derecho penal sexual identitario.” *Revista de Ciencia Penal y Criminología de la Universidad de Málaga*, 21(4), 2019.
- Torres, C. V., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 133(3), 2018

4. OTROS

- Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Fecha de la última visita: 5 de abril de 2022 en: <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/APLOGILSV2.pdf>
- Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, aprobado por el Pleno del Consejo Fiscal el 18 de diciembre de 2020.
- Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 25 de febrero de 2021.
- Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. (Boletín Oficial de las Cortes Generales 26 de julio de 2021)