



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EVOLUCIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL:
ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEGISLACIÓN ANTERIOR Y
POSTERIOR A LA LO 10/2022**

Autor: Manuel Carabias Abaitua

5º E3 A

Derecho Penal

Tutor: Dr. D. Borja Almodóvar Puig

Madrid

Junio 2024

RESUMEN

Este Trabajo de Fin de Grado analiza la evolución de los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal español, con especial énfasis en los cambios introducidos por la Ley Orgánica 10/2022, conocida como la “Ley del solo sí es sí”. A través de un estudio comparativo entre la normativa anterior y posterior a esta reforma, se examinan, por un lado, las posibles ineficiencias que podían justificarla y por otro, las principales novedades introducidas: en concreto, la unificación de los delitos de abuso y agresión sexual y la inclusión de una definición explícita del consentimiento. Para ello, se estudia la legislación penal, pero también se analiza jurisprudencia relevante al respecto y se lleva a cabo una amplia revisión de artículos doctrinales.

El trabajo está estructurado en varios capítulos. En el primer capítulo, se examina la regulación anterior a la reforma, destacando los delitos de abuso y agresión sexual. El segundo capítulo se enfoca en las ineficiencias que existían antes de la reforma. En el tercer capítulo, se presentan y analizan de forma crítica las novedades introducidas por la Ley Orgánica 10/2022. El cuarto capítulo menciona brevemente las modificaciones introducidas por la LO 4/2023 y, por último, se lleva a cabo una síntesis de las principales conclusiones.

A través de este análisis, el trabajo busca no solo exponer los cambios legislativos, sino también ofrecer una visión crítica de las eficiencias e ineficiencias en la legislación de los delitos sexuales, sirviendo de apoyo a otros profesionales y estudiantes del derecho.

Palabras clave: Ley del “solo sí es sí”, LO 10/2022, delitos sexuales, consentimiento, prevalimiento, intimidación, sumisión química.

ABSTRACT

This Final Degree Project (TFG) analyzes the evolution of crimes against sexual freedom in the Spanish Penal Code, with a special emphasis on the changes introduced by Organic Law 10/2022, known as the “Only Yes is Yes” Law. Through a comparative study between the legislation before and after this reform, the possible inefficiencies that could justify it are examined, as well as the main novelties introduced: specifically, the unification of the crimes of sexual abuse and sexual assault and the inclusion of an explicit definition of consent. For this purpose, penal legislation is studied, but relevant case law is also analyzed, and a comprehensive review of doctrinal articles is carried out.

The work is structured into several chapters. In the first chapter, the regulation before the reform is examined, highlighting the crimes of sexual abuse and sexual assault. The second chapter focuses on the inefficiencies that existed before the reform. In the third chapter, the novelties introduced by Organic Law 10/2022 are critically presented and analyzed. The fourth chapter briefly mentions the modifications introduced by Organic Law 4/2023, and, finally, the fifth chapter synthesizes the main conclusions.

Through this analysis, the work seeks not only to expose the legislative changes but also to offer a critical view of the efficiencies and inefficiencies in the legislation of sexual offenses, serving as support for other professionals and law students.

Keywords: “Only Yes is Yes” Law, Organic Law 10/2022, sexual offenses, consent, undue influence, intimidation, chemical submission.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I. TÍTULO VIII DEL CÓDIGO PENAL (PREVIO A LA REFORMA): DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.....	6
1. LIBERTAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	6
2. EL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO DEL TIPO	7
3. TIPOLOGÍAS DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN LA ANTERIOR VERSIÓN DEL CÓDIGO PENAL.....	7
CAPÍTULO II. POSIBLES INEFICIENCIAS QUE PODRÍAN JUSTIFICAR UNA REVISIÓN DE LOS TIPOS PENALES.....	16
1. VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN.....	16
2. INTIMIDACIÓN Y PREVALIMIENTO	18
3. SUMISIÓN QUÍMICA Y VULNERABILIDAD QUÍMICA	25
CAPÍTULO III. LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL	28
1. INTRODUCCIÓN	28
2. UN ANÁLISIS DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS	30
3. UNIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE ABUSO Y AGRESIÓN SEXUAL.....	32
4. LAS NUEVAS PENAS Y SUS CONSECUENCIAS: LAS REDUCCIONES DE CONDENA.....	38
5. EL CONSENTIMIENTO: “SOLO SÍ ES SÍ”	40
CAPÍTULO IV. LA REFORMA LLEVADA A CABO POR LA LO 4/2023	46
CAPÍTULO V. CONCLUSIONES.....	47
BIBLIOGRAFÍA.....	49

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
FJ	Fundamento Jurídico
GREVIO	Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica
LO	Ley Orgánica
LOGILS	Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual
LOMPVIG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

La regulación de los delitos contra la libertad sexual en España ha sido objeto de intensos debates y reformas penales en los últimos años. Este trabajo se centra en el análisis crítico de la legislación anterior y posterior a la Ley Orgánica 10/2022, conocida como la ley del “solo sí es sí”.

El objetivo principal de este trabajo es examinar cómo la LO 10/2022 ha transformado el tratamiento de los delitos sexuales en España, especialmente en lo referente al consentimiento y la unificación de los delitos de abuso y agresión sexual. Para ello, se pretende evaluar, desde un enfoque inductivo, el impacto que ha tenido la ley del “solo sí es sí” en la protección de la libertad sexual, a través del estudio crítico de: la legislación anterior, las razones que justificaron la reforma, los cambios introducidos y sus consecuencias jurídicas.

El trabajo, más allá de exponer los cambios introducidos por la LO 10/2022, busca establecer una visión crítica de las eficiencias e ineficiencias en la legislación de los delitos sexuales, tanto las que existían antes de la reforma como las que existen ahora. Además, se pretende que el trabajo pueda servir de apoyo a otros profesionales y estudiantes del derecho, y quién sabe, que pueda servir como base a futuras reformas legislativas.

Para ello, la metodología utilizada en esta investigación es principalmente analítica y descriptiva. En esta línea, a parte de realizarse un análisis del CP anterior y posterior a la reforma de la LOGILS, a lo largo de todo el trabajo se analiza jurisprudencia relevante y se lleva a cabo una amplia revisión de artículos doctrinales.

El trabajo se estructura en varios capítulos estructurados de una forma lógica y coherente. En primer capítulo se revisa la regulación anterior a la reforma, analizando los delitos de abuso y agresión sexual tal. A continuación, se analizan las posibles ineficiencias que existían antes de la reforma que motivaron a una revisión de los tipos penales. En el tercer capítulo, se exponen y analizan de forma crítica todas las novedades introducidas por la Ley Orgánica 10/2022. Por último, el cuarto capítulo menciona de forma breve las modificaciones introducidas por la LO 4/2023. Finalmente, se sintetizan las principales conclusiones.

CAPÍTULO I. TÍTULO VIII DEL CÓDIGO PENAL (PREVIO A LA REFORMA): DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

1. LIBERTAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Hasta la reforma del Código Penal de 1995, el bien jurídico protegido en los delitos contra la intimidad sexual era la tutela de la honestidad, entendida como un calificativo de aquella persona que se comporta de manera moral y respeta las normas de comportamiento sexual socialmente establecidas¹. Sin embargo, en la reforma de 1995, este bien jurídico protegido, totalmente arcaico, fue sustituido por la libertad sexual, la cual se encuentra dentro del ámbito de la libertad personal y “cuyo contenido esencial son las capacidades de autodeterminación sexual actual o potencial”². Como explica LIÑÁN LAFUENTE, la libertad sexual como bien jurídico protegido no es más que “la libre determinación de la persona a consentir actos de naturaleza sexual con otra persona, siempre que ambos estén de acuerdo”³. Hay otros autores que explican la libertad sexual como un derecho con una doble vertiente: una vertiente positiva, integrada por la facultad de disponer del propio cuerpo, y una vertiente negativa, entendida como el derecho a abstenerse en participar, de manera activa o pasiva, en conductas de contenido sexual⁴.

Otros autores añaden que, más allá de la libertad sexual como el bien jurídico inmediatamente protegido, también existen otros valores protegidos en segundo plano, como la dignidad de la persona, el riesgo de embarazo no querido o el riesgo de contracción de una enfermedad por vía sexual⁵.

¹ HERREROS HERNÁNDEZ, I. (2021). “Construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico. Una visión desde la perspectiva de género”. *Revista del Ministerio Fiscal*, núm 10, p. 64.

² GOENAGA OLAIZOLA, R. (1997). “Delitos contra la libertad sexual”. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 10, p. 96

³ LIÑÁN LAFUENTE, A. (2019) *Trazos de Derecho Penal. Parte especial*. 2ª edición, p. 158.

⁴ RUBIO LARA, P. Á. (2017). *Manual Teórico de Derecho penal II: Parte especial de derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 68.

⁵ ORTS BERENGUER, E. (1998). “Delitos contra la libertad sexual”, en ASÚA BATARRITA, A. (ed.), *Jornadas sobre el nuevo código penal de 1995: Celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, p. 116.

2. EL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO DEL TIPO

En derivación con la acepción del término “tipo” de la teoría general del derecho, en Derecho Penal el tipo del delito se refiere al conjunto de notas necesarias para que una conducta sea delito⁶. En este sentido, en el artículo 181.1º del Código Penal vigente antes de la reforma, se establecía 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 responsable de abuso sexual...*”. Por lo que, en la antigua versión del Código Penal el consentimiento no solo figuraba redactado como un elemento más del tipo, sino que, como señalaban jueces y magistrados, ya constituía el elemento esencial: todo acto sexual realizado sin consentimiento era considerado delito⁷. Y esa es la idea sobre la que se establece el Código Penal de 1995, y todas sus reformas posteriores, la idea de que el consentimiento está estrechamente conectado al bien jurídico protegido, que es la libertad sexual.

Partiendo de esa base, desde el Código de 1995 se ha venido añadiendo una mayor sanción penal en función de la gravedad de los medios comisivos llevados a cabo por el agresor. Por ello, aquellos ataques contra la libertad sexual en los que concurre violencia o intimidación eran considerados agresiones sexuales, con penas más severas; mientras que, si no se daban ninguno de estos dos factores eran considerados abusos sexuales. La reforma de la ley del “solo sí es sí” elimina esta distinción y pasa a considerar cualquier ataque como agresión sexual.

3. TIPOLOGÍAS DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN LA ANTERIOR VERSIÓN DEL CÓDIGO PENAL

Conviene por tanto pasar a analizar los distintos delitos contra la libertad sexual en la versión anterior del Código Penal, previa a la reforma de la ley del “solo sí es sí”. Aunque se utilice el tiempo verbal del presente, téngase en cuenta que se estará haciendo referencia a la versión anterior a la reforma.

⁶ LANDECHO VELASCO, C., MOLINA BLÁZQUEZ, C. (2018). *Derecho Penal español. Parte General*. Tecnos, Madrid, p. 270.

⁷ VARELA CASTEJÓN, X. (2021). “La propuesta de reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *Jueces y Jueces para la democracia*, Boletín de la Comisión Penal núm. 13, vol. II, p. 21.

3.1. Agresión sexual

3.1.1. Tipo básico (art. 178 CP)

El artículo 178 del anterior CP castiga con la pena de 1 a 5 años al que atentare contra la libertad sexual de otra persona con violencia e intimidación. En un lenguaje más informal o didáctico se podría decir que “*el que obligue a otro a soportar actos de naturaleza sexual, por medio de violencia o intimidación, habrá cometido una agresión sexual*”⁸. De esta definición se puede intuir lo que se ha soslayado anteriormente: que el consentimiento es un aspecto esencial de este delito. RUBIO LARA señala que en este caso el consentimiento tiene “valor excusante” pues incluye el ejercicio de la libertad sexual del sujeto pasivo⁹.

En cuanto a las características específicas del tipo, estas son la violencia y la intimidación, sin las cuales no se podría calificar una relación sexual no deseada como agresión sexual¹⁰. En las primeras reflexiones acerca de estos novedosos delitos a finales de los años 90, ya se mencionaba que la agresión sexual básica, en su forma menos grave, consistía un contacto corporal de zonas erógenas entre sujeto activo o pasivo, bien por tocamientos del primero sobre el segundo, porque este sea obligado a practicárselos a él, o incluso por obligar a la víctima a automanipularse¹¹. Cabe advertir que, aunque a priori resulte contra intuitivo, el TS recuerda que en ningún caso la consumación del delito del artículo 178 exige que el agresor necesariamente toque o manosee a la víctima, pues también se consume cuando a través de la violencia o intimidación se somete a la víctima a comportamientos sexuales no queridos, como el tener que desnudarse o enseñar sus partes íntimas al agresor¹².

En conclusión, para poder afirma que existe un delito de agresión sexual conforme al artículo 178, es fundamental que quede claro que la víctima se niega a acceder a las pretensiones del autor, y que el autor atente contra la libertad sexual de la víctima doblegando su voluntad a través del uso de violencia o intimidación, que debe ser necesaria e idónea para cada caso concreto¹³.

⁸ LIÑÁN LAFUENTE, A., *op. cit.*, p. 160.

⁹ RUBIO LARA, P. Á., *loc. cit.*

¹⁰ *Id.*

¹¹ ORTS BERENQUER, E., *op. cit.*, p. 117.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo 1397/2009, de 29 de diciembre, FJ 4º.

¹³ RUBIO LARA, P. Á., *loc. cit.*

Con todo, se puede afirmar que en la concepción del delito de agresión previo a la reforma el tipo ya pivotaba en la falta del consentimiento por ser este uno de los elementos esenciales. La clave es que la agresión exige que el consentimiento se doblegue mediante violencia o intimidación.

3.1.2 Tipo cualificado: Violación (art. 179 CP)

El delito de violación castiga con una pena de prisión de 6 a 12 años a la agresión sexual que consista en el “*acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías*”.

Por acceso carnal ha de entenderse la introducción del miembro viril masculino en la vagina, ano o boca de un tercero¹⁴, sin que nada impida apreciar violación también al que se hace penetrar, pudiendo ser una mujer sujeto activo del delito¹⁵. Así lo ha venido interpretando el Tribunal Supremo, afirmando que “es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder”¹⁶. En esta línea, en 2021 el TS apreció violación por acceso carnal en unos hechos en los que un hombre había obligado a un menor a dejarse hacer una felación, concluyendo que lo definitivo es “la existencia del acceso carnal, determinado por la penetración, mediando violencia o intimidación, y resultando responsable de la agresión quien la utiliza o la aprovecha”¹⁷.

3.1.3. Tipo agravado: el art.180.1 CP

El artículo 180.1 CP enumera una serie de circunstancias que, de presentarse, agravan la pena de los tipos básico y cualificado vistos *supra*. Para la agresión sexual, estas circunstancias hacen que la pena pase a ser de cinco a diez años, mientras que, si se dan en un delito de violación, la pena pasaría a ser de doce a quince años. Me limitaré a comentar de forma breve estas circunstancias, deteniéndome en aquellas que merezcan una breve explicación:

¹⁴ LIÑÁN LAFUENTE, A., *op. cit.*, p. 163.

¹⁵ RUBIO LARA, P. Á., *op. cit.*, p. 70.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 905/2005, de 8 de julio, FJ 3º.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 181/2021, de 2 de marzo, FJ 4º.

1) *Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. Sobre esta agravante, señala el Tribunal Supremo*¹⁸:

“Este supuesto se refiere a los actos sexuales realizados, de por sí humillantes, vejatorios y degradantes, sino a la violencia o intimidación empleada en su ejecución, y solo será apreciable cuando éstas, la violencia o intimidación, superen con claridad los niveles propios del delito”.

En este sentido, señala de forma muy pertinente ORTS BERENGUER que “el autor de la agresión ha de perseguir afrentar más al sujeto pasivo de lo que esta clase de ataques conlleva”¹⁹.

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

3) *Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación. El fundamento de esta agravante es la debilidad de la víctima y sus escasas posibilidades de oponer resistencia con éxito*²⁰.

4) *Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.*

5) *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. En este caso, el fundamento reside en la “mayor peligrosidad en el uso de la violencia física”*²¹. Es conveniente mencionar que el factor diferencial para aplicar esta agravante es “el uso” que se hace del instrumento y no “el instrumento” en sí, “de tal manera que la mera presencia del instrumento no integraría el subtipo agravado si no se hace un uso de aquél que pueda poner en riesgo la integridad física del sujeto pasivo”²².

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 643/2017, de 2 de octubre, FJ 1º.

¹⁹ ORTS BERENGUER, E., *op. cit.*, p. 119.

²⁰ *Id.*

²¹ LIÑÁN LAFUENTE, A., *op. cit.*, p. 166.

²² Sentencia del Tribunal Supremo 383/2003, de 14 de marzo, FJ 1º.

Por último, si concurrieren dos o más de las circunstancias anteriores, se estaría ante un tipo *hiperagravado*, imponiéndose las penas en su mitad superior (art. 180.2 CP).

Con todo, se puede ver como existe una graduación de las penas en los delitos de agresión sexual. Conforme se va atentando de forma más grave al bien jurídico protegido, se van añadiendo circunstancias que agravan las penas. Así, el legislador parte de la idea de que una agresión sexual es un delito contra la libertad sexual en la que se doblega el consentimiento de la víctima mediante la violencia o la intimidación. A partir de ahí, el legislador entiende que no es lo mismo agredir sexualmente, que agredir sexualmente a una persona vulnerable, que violar, que violar a una persona vulnerable, o que violar en grupo a una persona vulnerable. Y no le falta razón. Los atentados contra la libertad sexual son gradualmente distintos en cada caso, y tiene sentido que se castiguen con penas más altas aquellas conductas en las que el desvalor de la acción y la conducta sufrida por la víctima son más graves.

3.2. Abuso sexual

Los abusos sexuales también se definen como atentados contra la libertad sexual, aunque en este caso hay elementos negativos del tipo que determinan su menor gravedad y punibilidad: se llevan a cabo sin violencia o intimidación²³. Por lo tanto, el *modus operandi* es distinto al de la agresión sexual, pero se conserva la condición de que los hechos se cometan sin el consentimiento de la víctima²⁴. Como explica RUBIO LARA, el desvalor de la acción “se encuentra sólo en la ausencia de un auténtico consentimiento que pueda valerse más allá de la pura aquiescencia formal o exterior, como verdadero o libre ejercicio de la libertad sexual”²⁵.

El delito de abuso sexual sigue la misma estructura que el delito de agresión sexual, discerniendo también entre un tipo básico y un tipo agravado.

3.2.1. Tipo básico: el art. 181.1, 2 y 3

El artículo 181 castiga con pena de prisión de uno a tres años y multa de dieciocho a veinticuatro meses al que, *sin violencia o intimidación, y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona*. El tipo

²³ Cfr. LIÑÁN LAFUENTE, A., *op. cit.*, p. 167.

²⁴ *Id.*

²⁵ RUBIO LARA, P. Á., *op. cit.*, p. 72.

básico penaliza con estas mismas penas a los subtipos descritos en los apartados uno, dos y tres de dicho artículo.

El artículo 181.1 CP castiga los denominados “tocamientos sorprendivos”²⁶, donde el autor contacta con la víctima sin permitirle manifestar su consentimiento o rechazo. Así, se refiere a supuestos residuales donde el agresor se aprovecha del descuido del sujeto pasivo²⁷. Por ejemplo, una conducta que se encuadraría en este tipo sería el tocar el pecho o los senos de una mujer en un festival, aprovechando una situación de aglomeración.

El art. 181.2 considera abusos sexuales aquellas conductas en las no existe un rechazo expreso, pero debido a la ausencia de capacidad plena del sujeto pasivo se presume, *iuris tantum*, la ausencia de consentimiento²⁸. El artículo enumera las situaciones en las que se prevé esta presunción: abuso a *personas privadas de sentido* (p.ej., por estar durmiendo o con privación de sentido provocado por consumo de alcohol, drogas o demás fármacos); *abuso por trastorno mental*, donde la víctima tiene anulada su capacidad de autodeterminación sexual²⁹; y *anulación de la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otras sustancia natural o química idónea a tal efecto*.

Por último, el artículo 181.3 regula el abuso sexual con prevalimiento. Así, el precepto dispone que *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 caso, la víctima consiente la relación sexual, pero su consentimiento se encuentra viciado por una relación de superioridad del autor frente a ella³⁰. Así, mientras que los artículos 181.1 y 181.2 se podrían reducir a actos sexuales no consentidos³¹, en este precepto el consentimiento sí se da, pero es un consentimiento viciado, pues existe una situación de abuso de superioridad en la que el autor se aprovecha, se prevalece, de circunstancias que hacen que se reduzca esa libertad de decisión de la víctima³².

Por tanto, como se puede ver, en todas estas conductas, la falta de consentimiento de la víctima sigue siendo el elemento principal para determinar que se da un atentado contra la libertad

²⁶ LIÑÁN LAFUENTE, A., *op. cit.*, p. 168.

²⁷ RUBIO LARA, P. Á., *loc. cit.*

²⁸ LIÑÁN LAFUENTE, A., *op. cit.*, p. 169.

²⁹ *Id.*

³⁰ *Cfr.* LIÑÁN LAFUENTE, A., *op. cit.*, p. 170.

³¹ *Ibid.*, p. 168

³² *Cfr.* Sentencia del Tribunal Supremo 205/2019, de 12 de abril, FJ 4º.

sexual. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría con las agresiones sexuales, el consentimiento no ha sido doblegado por el agresor a través de la violencia o la intimidación, sino que se encuentra viciado por otras circunstancias. Por tanto, tiene sentido que estas conductas no se equiparen aquellas conductas violentas o intimidatorias y entren en una categoría inferior a la de la agresión sexual, pues ni el desvalor de la conducta ni el ataque percibido por la víctima son igual de graves. En consecuencia, es lógico y proporcional que las penas de los abusos sexuales sean menores que las penas de las agresiones sexuales.

3.2.2. Tipo agravado: el art 181.4 y 5

Igual que ocurría con las agresiones sexuales, se agravan los abusos sexuales anteriormente descritos en los que haya existido *acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías* son castigados por el con una pena de prisión de cuatro a diez años (art. 181.4 CP). Por otro lado, el artículo 181.5 dispone que, si en cualquier abuso sexual concurre una especial vulnerabilidad de la víctima por razón de edad, enfermedad, discapacidad o cualquier otra circunstancia; o si existe prevalimiento de parentesco, las penas se aplicarán en su mitad superior.

El legislador, de forma lógica y coherente, vuelve a penar con mayor severidad aquellas conductas cuyo desvalor de la acción es más grave. Tiene sentido que se castigue con una pena mayor un abuso sexual con acceso carnal que un abuso sexual sin la existencia del mismo.

Por otro lado, se puede ver que al fin y al cabo, la máxima sanción por un abuso sexual es de 10 años de prisión (abuso sexual con acceso carnal), mientras que la pena máxima por una agresión sexual es de 15 años de prisión (violación agravada con las circunstancias del art. 180.1). Esto es así porque, como se ha venido comentando, la protección esencial de la libertad sexual se sitúa en el consentimiento de la víctima. Y entiende el legislador, de forma correcta, que no es lo mismo que el consentimiento se doblegue con la violencia o intimidación, como ocurre en las agresiones sexuales, a que se vea vulnerado o viciado por otras circunstancias no violentas o intimidatorias, como ocurre en los abusos sexuales. Nuevamente, ni el desvalor de la acción es la misma, ni lo es el sufrimiento percibido por la víctima.

Lo que no quiere decir que la víctima no “sufra” en los abusos sexuales. Evidentemente, sufre enormemente, y ve atacada su libertad sexual de sobremanera cuando, por ejemplo, por ser una

persona vulnerable y por estar privada de sentido, la penetran vaginalmente sin su consentimiento. Y es una conducta de lo más reprochable dentro del derecho penal, por ello se castiga con hasta 10 años de prisión. Pero es más grave, y debe serlo, cuando a esa misma persona en situación de vulnerabilidad, la penetran vaginalmente utilizando violencia o intimidación, doblegando así su consentimiento. Tiene sentido que, para esas conductas se prevean penas de hasta 15 años de prisión. Aunque el consentimiento no se da en ninguna de las dos conductas, los medios comisivos para vencerlo en las agresiones sexuales son más graves y exigen un mayor reproche penal.

3.2.3. Abuso sexual con engaño: estupro. Art 182

El art. 182.1 castiga al 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*. Igual que ocurría con el art. 181.3, existe consentimiento de la víctima, pero este se encuentra viciado por el engaño o prevalimiento³³. Sin embargo, en este caso el sujeto pasivo, la víctima, debe ser una persona de 16 a 18 años. Como explica LIÑÁN LAFUENTE, este tipo delictivo fue conocido como estupro fraudulento, cuando el engaño consistía en una promesa de matrimonio que no se iba a cumplir³⁴. Por último, el artículo 182.2., en línea con la estructura de los delitos anteriores, castiga el abuso sexual con engaño con penas de dos a seis años de prisión cuando “los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías”, imponiendo la pena en su mitad superior si concurren las circunstancias 3ª o 4ª del artículo 180.1.

Con la reforma de la “ley del solo sí es sí”, el estupro como delito específico se elimina y pasa a formar parte del tipo básico del nuevo delito de agresión sexual del artículo 178. Tiene sentido, para el autor del presente trabajo, que se suprima este delito, pues parece que fundamentación residía en una concepción de la sexualidad y de las relaciones matrimoniales muy arcaicas para nuestra sociedad actual.

³³ Cfr. LIÑÁN LAFUENTE, A., *op. cit.*, p. 170.

³⁴ *Id.*

Toda esta estructura de tipos penales de los delitos contra la libertad sexual, y esta diferenciación de los delitos de abuso y agresión sexuales se vio modificada con la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, comúnmente denominada Ley del “solo sí es sí”.

CAPÍTULO II. POSIBLES INEFICIENCIAS QUE PODRÍAN JUSTIFICAR UNA REVISIÓN DE LOS TIPOS PENALES

Antes de realizar un análisis de la Ley del “solo sí es sí”, conviene aclarar algunas cuestiones que, ya en la Ley anterior a la reforma, resultaban controvertidas tanto para la doctrina como para la jurisprudencia y que podrían justificar una reforma de los tipos penales.

1. VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN

Una de las principales preguntas que puede surgir, especialmente tras una primera lectura del texto legal, es la de cuál es la diferencia entre violencia e intimidación, factores clave para que un delito contra la libertad sexual sea clasificado como una agresión sexual.

Según el Tribunal Supremo, la violencia del artículo 178 se refiere a la aplicación de “fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima”³⁵. Es decir, la víctima no tiene por qué presentar ningún tipo de lesión o secuela, y en caso de ocasionarse lesión (que excedan de las erosiones de la propia dinámica comisiva de la penetración), se podría apreciar el delito de lesiones en concurso real³⁶. El TS, de forma muy acertada, apunta que la consideración de la existencia de violencia en estos delitos no debe realizarse en función del grado de resistencia de la víctima, sino en atención a la conducta del agresor:

“La violencia empleada en el delito de violación no ha de ser de tal grado que deba presentar caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que hasta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si este ejerce una fuerza clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta”.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 1546/2002, de 23 de septiembre, FJ 1º.

³⁶ LIÑÁN LAFUENTE, A., *op. cit.*, p. 160.

En conclusión, como resume JAÉN VALLEJO, no es necesaria una resistencia razonable ante el agresor, sino que “basta con la constatación de la voluntad contraria a la víctima”³⁷.

Con respecto a la intimidación, el Tribunal Supremo señala que se trata de fuerza psíquica que debe ser “seria, inmediata y grave”, e “implica el uso de amenaza de un mal con entidad suficiente para eliminar la posible resistencia de la víctima”³⁸. De una manera más didáctica explica LIÑÁN LAFUENTE que “la intimidación es provocar miedo en otra persona mediante el anuncio de un mal”³⁹. Además, ese mal debe representar un peligro actual para la vida o la integridad física de la víctima; no sería suficiente, por tanto, una amenaza de daño futuro o la amenaza, por ejemplo, de terminar una relación o de divulgar un secreto⁴⁰. Por último, también ha señalado el TS que “ese mal, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, se relaciona directamente por el autor con la pretensión de que la víctima acceda a participar en una determinada acción sexual pretendida por aquel, de modo que la concreción del mal se producirá si persiste en su negativa”⁴¹.

También es importante señalar que, al igual que ocurría para el caso de la violencia, para que haya intimidación no es necesario que la víctima oponga una resistencia violenta o audaz, ya que en muchas ocasiones el miedo puede causar una reacción de parálisis o una aparente cooperación por parte de la víctima al temer por su propia vida⁴².

Sobre el contenido de la intimidación, cabe apuntar que cuando las amenazas son graves y ponen en peligro la vida, la integridad física o la libertad, se acepta generalmente que existe intimidación. Sin embargo, cuando la intimidación implica daños a bienes como la propiedad o el honor, o incluso aquellos que no constituyen delito, es más complejo reconocerla como intimidación típica en casos de agresión sexual, la cual exige un determinado nivel de gravedad. Para evaluar la magnitud de la intimidación, especialmente la de tipo psicológico o moral, es necesario considerar todas las circunstancias del evento, incluyendo el momento y lugar, así como las características del sujeto activo y pasivo⁴³.

³⁷ JAÉN VALLEJO, M. (2018, 3 de mayo). “A propósito de la problemática significación de los conceptos de ‘violencia’, ‘intimidación’ y ‘prevalimiento de superioridad’ en los delitos contra la libertad sexual”, *El Derecho*.

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 368/2010, de 26 de abril, FJ 4º.

³⁹ LIÑÁN LAFUENTE, A., *op. cit.*, p. 161.

⁴⁰ JAÉN VALLEJO, M., *loc. cit.*

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo 9/2016, de 21 de enero, FJ 1º.

⁴² LIÑÁN LAFUENTE, A., *op. cit.*, p. 162.

⁴³ LIÑÁN LAFUENTE, A., *op. cit.*, p. 161.

Por último, hay que tener en consideración que para que exista agresión sexual la intimidación o la violencia deben ser el medio para cometer el delito. Por lo que, si ocurren después de consumir el acto sexual, no se podría hablar de un delito de agresión sexual⁴⁴.

Con todo, se puede concluir que, aunque existen zonas grises en las que se puede dudar de si existe o no intimidación, o de si existe o no violencia, no parece que antes de la reforma hubiera problemas en la práctica. Cabe decir que la casuística es muy complicada y que hay que analizar en profundidad cada caso para determinar si los hechos cometidos son una agresión sexual o no. Pero ello no quiere decir que los tribunales, y especialmente el Tribunal Supremo, no hayan tenido claros criterios objetivos suficientes para estipular la existencia de ambas figuras. Por el mismo motivo, tampoco parece que haya habido casos en los que no se hayan podido distinguir ambas figuras, pues están claramente diferenciadas, principalmente porque la violencia implica el uso de medios físicos y la intimidación es de naturaleza psíquica⁴⁵.

2. INTIMIDACIÓN Y PREVALIMIENTO

La distinción entre intimidación y prevalimiento es probablemente de las cuestiones más controvertidas en el texto penal previo a la Ley del “solo sí es sí”, pues muchas veces entre las dos figuras existe una delgada línea, a veces borrosa, que impide decantarse de forma clara por una y descartar con totalidad la otra. Y no es una cuestión baladí, pues en juego está que la conducta particular sea considerada un abuso o una agresión sexual: para que haya agresión sexual es necesario que exista violencia o intimidación, mientras que el abuso exigirá como mucho una situación de prevalimiento.

2.1. Diferencias entre ambos conceptos

Habiendo concretado en el apartado anterior el concepto de intimidación, es menester acudir a los requisitos que da la jurisprudencia para que se pueda hablar de prevalimiento. Llegados a este punto es importante señalar que el prevalimiento es una circunstancia agravante genérica para todo tipo de delitos estipulada en el art. 22 CP, pero es también una agravante específica

⁴⁴ LIÑÁN LAFUENTE, A., *op. cit.*, p. 162.

⁴⁵ *Cfr.* Sentencia del Tribunal Supremo 368/2010, de 26 de abril. En esta línea, la STS 344/2019, de 4 de julio, habla de *vis phisica* y de *vis moral*, para referirse a los conceptos de violencia y de intimidación.

para ciertos delitos que contemplan un tipo especial de prevalimiento, entre los que se encuentran los delitos contra la libertad sexual. Conviene por ello exponer qué es el prevalimiento en términos generales para después analizar detalladamente la figura del prevalimiento en los delitos de abuso sexual.

Señala el TS en su Sentencia 783/2021 que “prevalerse es tanto como valerse o servirse de algo que supone un privilegio o una ventaja, en clave penal, y hemos de partir de su naturaleza subjetiva que tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad y que proporciona en el plano moral a una persona, un servicio o una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con la finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima”⁴⁶.

Con respecto a los delitos contra la libertad sexual, el prevalimiento es el *modus operandi* a través del cual el agresor logra el consentimiento viciado de la víctima⁴⁷. Señala el TS⁴⁸ que para para que concurra una situación de prevalimiento en un delito de abuso sexual deben darse tres circunstancias:

- 1) situación manifiesta de superioridad del agente;
- 2) que dicha situación influya de forma relevante, coartando la capacidad de decidir de la víctima;
- 3) que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibitorios que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalga, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima.

En primer lugar, señala el TS⁴⁹ que, para concluir que la situación es idónea o relevante, es preciso examinar tanto las características del comportamiento del acusado como las circunstancias que rodean su acción. Por ello, es necesario que exista una situación de superioridad privilegiada que pueda considerarse suficiente para debilitar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, referido a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan; como desde un punto de vista subjetivo, que atiende a las circunstancias de la víctima.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 783/2021, de 15 de octubre, FJ 2º.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Vid.* SSTs 783/2021, de 15 de octubre y 2277/2003, de 24 de junio, entre otras.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 542/2013, de 20 de mayo, FJ 5º.

Sobre la situación de superioridad, explica el Alto Tribunal en su sentencia 542/2013 que, aunque en un principio el prevalimiento limitaba su aplicación a los menores de edad, ahora abarca cualquier situación de manifiesta superioridad entre las partes involucradas, ya sea una situación laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra naturaleza. Lo importante, concluye, es que el agresor se aproveche deliberadamente de su posición de superioridad, “consciente de que la víctima tiene coartada su libertad para decidir sobre la actividad sexual impuesta”⁵⁰.

A parte de esta definición del prevalimiento como nota positiva, el TS recalca que el Código Penal también lo define como nota negativa, entendiendo que no tiene que haber un comportamiento coactivo que anule el consentimiento, pues se daría una situación de intimidación⁵¹, que haría encuadrar la conducta en el delito de agresión sexual.

El propio TS reconoce que “es patente la situación fronteriza del prevalimiento con la intimidación, sobre todo en el análisis de las concretas situaciones que puedan darse, pues el enjuiciamiento es siempre una actividad individualizada”⁵². Para evitar que se den estas situaciones, existe doctrina jurisprudencial del TS que intenta aclarar las diferencias de estas figuras, siendo la STS 542/2013, de 20 de mayo, una de las más relevantes. En esta sentencia, en el FJ quinto, se pueden advertir dos principales diferencias.

Una primera distinción reside en la capacidad de decisión de la víctima. Explica el TS que a través de la intimidación que caracteriza al delito de agresión sexual, el sujeto pasivo no puede decidir, pues la intimidación es de naturaleza psíquica y provoca en él una coerción sobre su voluntad, anulando o disminuyendo de forma radical su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado. Sin embargo, señala el Tribunal que “en el prevalimiento, la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación, pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente”⁵³. El TS defiende que la situación de superioridad manifiesta del art. 181.3 CP alude a la ventaja que ostenta el autor del delito debido a su posición privilegiada, lo que conduce a un abuso de

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Cfr.* Sentencia del Tribunal Supremo 783/2021, de 15 de octubre, FJ 2º.

⁵² *Id.*

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo 542/2013, de 20 de mayo, FJ 5º.

poder sobre la víctima, que presiona a la víctima, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual.

Por tanto, mientras que la intimidación anula la capacidad de decisión de la víctima, el prevalimiento limita esa capacidad, pero sin llegar a anularla por completo. Sobre esta primera diferencia vuelve a recalcar el Tribunal más adelante en su argumentación⁵⁴.

Coinciden al respecto BOIX REIG y ORTS BERENGUER, al razonar que la intimidación se considera parte de las agresiones sexuales cuando la víctima percibe que su comportamiento está siendo forzado o coaccionado, lo que no sucede en el caso del abuso por prevalimiento, donde el prevalimiento permite una libertad de acción condicionada.

La segunda gran diferencia entre ambas figuras reside en el comportamiento concreto del agresor. En línea con lo explicado *supra*, apunta el TS que mientras que la intimidación “es una forma de coerción naturaleza psíquica y que requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado”⁵⁵, el abuso sexual con prevalimiento no requiere la manifestación de un comportamiento coactivo:

Es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la disposición o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo (STS 542/2013, de 20 de mayo, FJ 5º).

En otras palabras, en una agresión sexual con intimidación lo que provoca que la víctima acabe realizando un acto sexual no consentido es la propia conducta coercitiva del agresor. En un abuso sexual con prevalimiento, en cambio, lo que lleva a la víctima a realizar tal acto sexual es la situación de manifiesta inferioridad en la que se encuentra sobre el agresor, sin que medie coerción por parte de éste. Siguiendo esta línea, autores como FARALDO CABANA y RAMÓN RIBAS explican que la naturaleza de la intimidación en las agresiones sexuales tiene que ver con la concurrencia de amenazas concretas, mientras que el prevalimiento que ocurre

⁵⁴ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 542/2013, de 20 de mayo, FJ 5º: “En este segundo tipo del delito (abuso sexual con prevalimiento), de menor gravedad que el primero (agresión sexual con intimidación), no existe ausencia sino déficit de consentimiento en el sujeto pasivo, determinado por una situación de clara superioridad de la que el sujeto activo se aprovecha. La definición legal de este tipo de abusos sexuales no exige, para su integración, que la víctima vea su libertad sexual anulada sino que la tenga simplemente limitada o restringida”.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 542/2013, de 20 de mayo, FJ 5º.

en los abusos se vincula con una situación de inferioridad marcada por una atmósfera de temor⁵⁶. Es más, el Tribunal Supremo parece que en ocasiones ha llegado a dar más importancia a esta diferencia que a la de la capacidad de decisión de la víctima: en su Sentencia 769/2013, de 15 de diciembre, llegó a sostener que lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima, “pues el miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente”⁵⁷.

Con todo, se puede observar que existen diferencias que permiten distinguir una acción de intimidación frente a una situación de prevalimiento. A pesar de ello, como se ha comentado anteriormente, el propio Tribunal Supremo admite que en la práctica existen casos límite en el que la línea divisoria entre ambas figuras es “difícilmente perceptible”⁵⁸. Esta dificultad práctica para distinguir un abuso sexual con prevalimiento de una agresión sexual con intimidación se puso en evidencia en el mediático caso de *La Manada*, el cual se analiza a continuación.

2.2. El caso de “*La Manada*”

El 7 de julio de 2016, cinco hombres (que se autodenominaban *La Manada*) llevaron a cabo actos sexuales no consentidos sobre una mujer en un portal de Pamplona. Entre la larga lista hechos probados en la SAP Navarra 86/2018, basta con destacar los siguientes⁵⁹:

(La víctima) al encontrarse en esta situación, en el lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querida por estos, “la denunciante” se sintió impresionada y sin capacidad de reacción. En ese momento notó como le desabrochaban la riñonera que la llevaba cruzada, como le quitaban el sujetador sin tirantes abriendo un clip y le desabrochaban el jersey que tenía atado a la cintura; desde lo que experimentó la sensación de angustia, incrementada cuando uno de los procesados acercó la

⁵⁶ ALTUZARRA ALONSO, I. (2020), “El delito de violación en el Código Penal español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, n. 1, pp. 511-558.

⁵⁷ Sentencias del Tribunal Supremo 769/2015, de 15 de diciembre, FJ 8º, y 1030/2010, de 2 de diciembre, FJ 3º.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 769/2015, de 15 de diciembre, FJ 8º.

⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 86/2018, de 20 de marzo, “Hechos Probados”.

mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación y en esa situación, notó como otro de los procesados le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga.

“La denunciante”, sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados. Los procesados, conocieron y aprovecharon la situación de la denunciante en el cubículo al que la habían conducido, para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso, actuando de común acuerdo”.

La SAP Navarra de 20 de marzo de 2018 no apreció la existencia de intimidación para considerar a estos hechos como merecedores de un delito de violación, sino que consideró que se encuadraban en el ámbito típico del abuso sexual con prevalimiento⁶⁰:

“En las concretas circunstancias del caso, no apreciamos que exista intimidación a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual, como medio comisivo, que según se delimita en la constante doctrina jurisprudencial que acabamos de reseñar, requiere que sea previa, inmediata grave y determinante del consentimiento forzado.

Por el contrario estimamos, que **los procesados conformaron de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante** , objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella , aprovechando la superioridad así generada, para abusar sexualmente de la denunciante quien de esta forma no prestó su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.

Según hacemos contar en nuestra declaración de hechos probados y la justificación que de valoración de la prueba, realizamos en el precedente fundamento, las relaciones de contenido sexual se mantuvieron **en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad, configurado voluntariamente por los procesados , del que se prevalieron** , de modo que las prácticas sexuales se realizaron, sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada , quien se vió así sometida a la actuación de aquellos.

En consecuencia, la Audiencia Provincial de Navarra condenó a los miembros de “La Manada”, como autores de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento, a nueve años de prisión, quince de alejamiento, y la medida de seguridad postpenitenciaria de cinco años de libertad vigilada. Cabe destacar que la Sentencia contó con un voto particular de un magistrado,

⁶⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 86/2018, de 20 de marzo, FJ 4º.

que defendía la absolución a todos los acusados, por entender que no existía actuación dolosa por su parte, como tampoco una acreditación suficiente para afirmar que la víctima se encontrara en estado de shock.

En una instancia superior, la STSJ de Navarra 8/2018, de 30 de noviembre, mantuvo la condena por abuso sexual con prevalimiento, mientras que dos miembros del Tribunal, mediante voto particular, entendían que había existido la intimidación suficiente necesaria para calificar los hechos como un delito de violación.

Sin embargo, el TS sí apreció la existencia de intimidación argumentando que se trataba de un caso de “intimidación ambiental”, concepto forjado en 1992 por el propio TS para referirse a un tipo específico de intimidación en los delitos sexuales cometidos en grupo⁶¹, en los que, en palabras de FARALDO CABANA, a la víctima “no se le anuncia de forma expresa un mal, ciertamente, pero la situación, aprovechada por los autores del atentado sexual, sí anuncia un mal”⁶². En esta línea, el TS concluyó que “la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio, mucho más frente a una única joven y en lugar solitario”⁶³; y que “en estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental”⁶⁴.

En consecuencia, el TS condenó a los miembros de “La Manada” como responsables de un delito continuado de violación, a las penas de quince años de prisión, inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, prohibición de acercamiento durante veinte años, y a ocho años de libertad vigilada⁶⁵.

Independientemente de la decisión final, el caso de la Manada pone en evidencia las dificultades en la práctica para distinguir entre intimidación y prevalimiento, y por ende, entre agresión y abuso sexual. Es particularmente llamativo y alarmante que los tribunales de nuestro

⁶¹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1992, FJ 1º: “La presencia de varios individuos, sin previo acuerdo pero con conciencia de la acción que realizan, actúa como componente intimidatorio, aunque no realicen acto alguno, produciéndose **lo que puede denominarse gráficamente intimidación ambiental**, porque la simple concurrencia de una o varias personas, distintas al agresor efectivo, produce en el agredido un estado de indefensión real o efectivo”.

⁶² FARALDO CABANA, P. (2019). “La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 22, p. 390.

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019, de 4 de julio, FJ 5º.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019, de 4 de julio, Fallo.

país se muevan por todo el abanico de posibilidades de condena para enjuiciar unos mismos hechos probados: desde la más absoluta absolución defendida por uno de los miembros de la AP Navarra, hasta la máxima pena por violación (quince años de prisión) impuesta finalmente por el TS; pasando por las penas de nueve años por abuso sexual con prevalimiento impuestas por la AP y el TSJ de Navarra.

Por tanto, es evidente que existían ineficiencias en cuanto a los conceptos de intimidación y prevalimiento, y en cuanto a la delimitación de la línea que diferenciaba el abuso de la agresión sexual, motivos que podían justificar una revisión de los tipos penales.

3. SUMISIÓN QUÍMICA Y VULNERABILIDAD QUÍMICA

Dentro de los abusos sexuales específicos del artículo 181.2 explicadas *supra*, existía una gran controversia entre las conductas que se ejecutan *sobre las personas privadas de sentido*, y las que se cometen 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*, por diversos motivos.

El primer punto objeto de análisis reside en la determinación del concepto de *personas privadas de sentido*. En sentido estricto, una persona que no tiene sentido es una persona que está inconsciente, y que por tanto es incapaz de prestar consentimiento a una relación sexual. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia desde el siglo pasado han venido expandiendo este término a aquellas situaciones en las que la persona, sin faltarle totalmente la conciencia, experimenta una disminución significativa en sus habilidades de atención, vigilancia o concentración, lo que dificulta su autodeterminación⁶⁶. Y aquí es donde se encuadra el concepto de “vulnerabilidad química”, que se refiere a aquellas situaciones “en los que la situación de incapacidad de la víctima procede del consumo voluntario de las sustancias, que han afectado a su conciencia o a su capacidad de expresar su oposición”⁶⁷. Son ejemplos de esta conducta, por tanto, los casos de autoconsumo de alcohol, de estupefacientes o de medicamentos.

⁶⁶ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. (2019), “Suministro de drogas a otra persona para anular su voluntad con fines delictivos: ¿mito o realidad?. La llamada sumisión química en Derecho penal: Especial referencia a los delitos sexuales”. *Estudios Penales y Criminológicos*, 39, 2019: 655-707.

⁶⁷ *Ibid.* p. 659

Sin embargo, el principal punto controversia reside en la denominada “sumisión química”, expresión que da nombre al abuso sexual por disposición legal referido a las conductas que se cometen *anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto* (art. 181.2 CP). Es importante recalcar que esta modalidad está reservada solamente para aquellos casos en los que es el propio autor el que anula la voluntad de la víctima a través del uso de los medios referidos, mientras que si esa anulación es provocada por la víctima, la conducta se encuadraría en la modalidad de abusos sexuales ejecutados sobre *personas que se hallen privadas de sentido*⁶⁸. Como es lógico, es esencial que la víctima no tenga conocimiento de la ingestión de estas sustancias, pues si es consciente de que se le suministra una droga o producto con el fin de favorecer la actividad sexual, no se considerará como abuso a menos que el acto sexual haya sido claramente rechazado antes de consumir la sustancia⁶⁹.

Sin embargo, la controversia que rodea a esta figura no tiene tanto que ver con la redacción de la conducta en sí sino con su ubicación dentro del Código Penal tras la reforma de 2010. Y es que el delito de abuso sexual por “sumisión química” no aparecía expresamente en el Código Penal aprobado en el año 1995. En consecuencia, hasta el año 2010, a falta de regulación expresa, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideraban que el uso de la “sumisión química” para impedir la oposición de la víctima era equiparable al uso de la violencia (“*puñetazo químico*”), y que por tanto la hacían merecedora de un tratamiento punitivo equivalente al delito de agresión sexual, y en su caso, de violación⁷⁰.

Un convincente argumento a favor de esta equiparación se encontraba en la jurisprudencia relativa a los delitos contra la propiedad. Cabe recordar que lo que distingue el robo del hurto es que el primero involucra violencia física contra las personas y el segundo no. Pues bien, la jurisprudencia siempre ha interpretado que, en los delitos contra la propiedad, la sumisión mediante sustancias químicas constituye una forma de “violencia” si se utiliza para facilitar el robo de bienes, concluyendo que el uso de drogas debe considerarse una violencia suficiente para cumplir con los elementos constitutivos del delito de robo con violencia o intimidación⁷¹.

⁶⁸ BRAGE CENDÁN, S. (2013). “El delito de abuso sexual facilitado por el uso de sustancias químicas”, *Diario La Ley*, Nº 8216, Sección Doctrina.

⁶⁹ AGUSTINA, J y PANYELLA-CARBÓ, M. (2020) “Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas”, *Política Criminal*, Vol. 15, Nº 30, pp. 526-581.

⁷⁰ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. (2019), *cit.* p. 681.

⁷¹ AGUSTINA, J. R. (2023). “Prólogo”. *Comentarios a la Ley del “solo sí es sí”* Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, pp.11-19.

El TS sostiene que en los delitos contra la propiedad el uso de un medio químico, como un narcótico o gas, en lugar de uno mecánico es una circunstancia meramente incidental. Lo crucial es el objetivo y el resultado obtenidos: neutralizar la defensa, la huida o la petición de socorro de la víctima, impidiendo cualquier reacción de esta ante el despojo⁷². Sin embargo, si la sustracción se realiza sobre alguien que estuviera bajo la influencia de sustancias tóxicas que hubiera consumido voluntariamente, los tribunales no consideran la presencia de “violencia”, por lo que el acto sería considerado como un hurto, con una pena mucho menor que la del robo con violencia⁷³.

Esta similitud en la forma de doblegar la voluntad de la víctima permitía la misma consecuencia valorativa en los delitos sexuales, y así lo admitía tanto la doctrina como la jurisprudencia. Sin embargo, la reforma operada por la LO 5/2010 incluyó dentro de los abusos sexuales no consentidos a aquellos “*se cometan anulando la capacidad de decisión de éstas respecto del mantenimiento de relaciones sexuales*”. Esto hizo que se produjera un “efecto atenuante”⁷⁴: en virtud del principio de legalidad, se impidió que los delitos sexuales provocados por sumisión química se encuadraran dentro de la agresión sexual. Esta reforma generó muchas críticas por una parte mayoritaria de la doctrina, que no entendía cómo era posible que suministrar sustancias tóxicas a una persona para atentar contra ella sexualmente no fuese considerado violencia dentro de las agresiones sexuales⁷⁵.

En conclusión, con el Código Penal previo a la Ley del “solo sí es sí” existía una indiferenciación típica injusta entre las figuras de vulnerabilidad química y sumisión típica, castigando ambas conductas con las mismas penas, lo que motivaba a una modificación legislativa al respecto. No era lógico, y así lo pensaba la doctrina, que un delito sexual cometido gracias a la sumisión química se castigara con las mismas penas que si se cometiera aprovechándose de una ingesta voluntaria por parte de la víctima.

⁷² Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 577/2005, de 4 de mayo

⁷³ AGUSTINA, J. R., *op. cit.*, p. 14.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ Vid. AGUSTINA, J. R. (2023), AGUSTINA, J y PANYELLA-CARBÓ, M. (2020) y BRAGE CENDÁN, S. (2013).

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

1. INTRODUCCIÓN

España aprobó el 25 de agosto de 2022 la Ley Orgánica 10/2022, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LOGILS) conocida popularmente como la Ley del “solo sí es sí”. Gran parte de la doctrina⁷⁶ señala que esta Ley tiene su germen en el famoso caso de “*la Manada*” (analizado anteriormente) y la agitación social que provocó, pues fue lo que despertó el interés en cambiar una legislación que socialmente se percibía como deficiente. El contenido de la SAP Navarra 20 de marzo de 2018⁷⁷ provocó un clamor popular⁷⁸, e hizo que se convocaran numerosas manifestaciones en todos los rincones de España bajo los eslóganes del “*yo sí te creo*”; “*no es abuso, es violación*” y “*sólo sí es sí*”.

Ante esta reacción social, surgieron dos iniciativas legislativas: la Proposición de ley de protección integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales por parte de Unidas Podemos, y el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la Libertad sexual. El proyecto que finalmente se debatió en el parlamento retomó gran parte de la propuesta de Unidas Podemos, integrando mejoras significativas y considerando las observaciones de organismos judiciales⁷⁹, con el objetivo de llevar a cabo una reforma amplia del ordenamiento jurídico español para asegurar, no solo la protección, sino también la afirmación del derecho a la libertad sexual⁸⁰.

En este sentido, hay algunos autores que equiparan el amplio alcance de esta reforma con el de LOMPVIG⁸¹. Así, La LOGILS parece que amplía el contenido de la LOMPVIG, y supone una reforma integral en cuanto a su enfoque, pues “trata de abarcar todos los aspectos relacionados

⁷⁶ Cfr. AGUSTINA, J. R. (Coord.). (2023). *Comentarios a la Ley del “solo sí es sí”*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.

⁷⁷ Vid. *supra* en el presente trabajo: Capítulo III, Apartado 2.2: El caso de “*La Manada*”

⁷⁸ Vid. Clamor popular contra la sentencia a ‘La Manada’: “No es un abuso, es violación” (2018, 26 de abril). *Informativos Telecinco*. Recuperado de: <https://www.telecinco.es/noticias/sociedad/sentencia-la-manada-movilizacion-concentracion-manifestaciones-espana-clamor-popular-condena-indignacion-18-2553105246.html>

⁷⁹ TORRES FERNÁNDEZ, M. E. (2023), *loc. cit.*

⁸⁰ ACALE SÁNCHEZ, M. (2021) “Valoración de los aspectos penales del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral de la libertad sexual de 26 de julio de 2021”. *Revista Sistema Penal Crítico*, nº 2, p. 164.

⁸¹ *Id.*

de la libertad sexual, preventivos, legal punitivos, asistenciales y procedimentales”⁸². Como señala en su Preámbulo, la ley “pretende impulsar la prevención de las violencias sexuales y garantizar los derechos de todas las víctimas, poniendo las bases para la eliminación de los obstáculos añadidos que algunas encuentran por los factores de discriminación descritos. Para asegurar la prevención, una respuesta efectiva a las víctimas y la sanción proporcional de estas conductas, se confiere una importancia central a la puesta en marcha de medidas integrales e interdisciplinarias de actuación institucional y profesional especializada y coordinada” (apartado I).

En esta línea, el punto de partida de la LO 10/2022 se encuentra en el concepto de *violencias sexuales* de su artículo 3.1, que delimita el ámbito objetivo de aplicación, y que se refiere a “cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital”, incluido también “a efectos estadísticos y de reparación, el feminicidio sexual, entendido como homicidio o asesinato de mujeres y niñas vinculado a conductas definidas en el siguiente párrafo como violencias sexuales”. Continúa el artículo mencionando que “en todo caso se consideran violencias sexuales los delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Se prestará especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos”.

Con todo, se puede observar cómo la “Ley del solo sí” pretende ser una reforma integral de la libertad sexual, abarcando una enorme cantidad de aspectos relacionados con este bien jurídico protegido. Sin embargo, a pesar de que sea importante contextualizar el enfoque integral de la ley, a efectos del presente trabajo únicamente es relevante el análisis de la reforma los delitos de la libertad sexual entre adultos. Y es que, la Ley del “solo sí es sí” marca un hito en el tratamiento jurídico de los delitos contra la libertad sexual por las dos grandes novedades que introduce la reforma: “por las referencias expresas al consentimiento, y por el desplazamiento

⁸² TORRES FERNÁNDEZ, M. E. (2023), *loc. cit.*

a un segundo plano de los medios comisivos que caracterizaban a los delitos de agresión y abusos sexuales”⁸³, unificando la distinción entre ambos.

2. UN ANÁLISIS DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Según la Exposición de Motivos de la LO 10/2022, la unificación de los delitos sexuales y el cambio de la perspectiva del consentimiento buscan armonizar la legislación española con las obligaciones establecidas por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (en adelante, Convenio de Estambul), el cual España ratificó en 2014.

Y es que, señala el Preámbulo de la ley, “el Convenio de Estambul establece la obligación de las administraciones públicas de actuar desde el enfoque de género frente a la violencia contra las mujeres, que define de manera amplia como `todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada´ ”. En consecuencia, en el apartado tercero de la Exposición de Motivos se confirma que se “elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul”.

Sin embargo, el Convenio de Estambul no exige expresamente que se elimine la distinción entre abuso y agresión sexual, pues de su artículo 36, referido a la *violencia sexual*, no puede extraerse esa consecuencia:

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

a) la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto

⁸³ACALE SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 168

b) los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;

c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.

En esta postura se sitúa ÁLVAREZ GARCÍA, que razona que “el compromiso consiste en castigar penalmente las conductas referidas en el instrumento internacional, no en hacerlo de una determinada manera ni con una cierta denominación”⁸⁴. También lo entiende así DÍEZ RIPOLLÉS, que defiende que habría que “esforzarse para encontrar previsiones o ausencia de previsiones”⁸⁵ en el Código Penal anterior que contradijeran el Convenio de Estambul.

Por otro lado, en 2020, el Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (GREVIO), creado por el Consejo de Estambul, “animó encarecidamente a las autoridades españolas a introducir formación y directrices para todos los miembros del sistema de justicia penal con el fin de garantizar la comprensión de la violación y la violencia sexual como delitos basados en la ausencia de consentimiento, no en el uso de la fuerza”⁸⁶. Estas demandas también las recoge la exposición de motivos, y por supuesto la ley, al considerar *agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona*, siendo el culmen de dicha concepción la definición de consentimiento del art. 178.

Ante esta argumentación del GREVIO caben señalar dos puntualizaciones: en primer lugar, que, desde la reforma de 1995, la falta de consentimiento era, y es, lo que transforma una actuación perfectamente legítima en una acción penalmente reprochable⁸⁷. Segundo, que lo que el GREVIO denomina “el empleo de la fuerza”, es lo que permitía encajar la conducta en un tipo de injusto más grave, algo tiene más sentido que considerar a todo atentado sexual un mismo delito⁸⁸.

⁸⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2022, 10 de febrero). “La libertad sexual en peligro”, *Diario La Ley* núm. 10007, p. 12.

⁸⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2019). “Alegato contra un derecho penal identitario”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21-10, p. 6.

⁸⁶ Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO). (2020). “GREVIO’s baseline evaluation report on Spain: Implementing measures for the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention)”. *Council of Europe*, p. 85.

⁸⁷ Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2023). “Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de «solo sí es sí»”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, ISSN 1888-3443, N° 34, pp. 230-255.

⁸⁸ Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *op. cit.*, p. 53.

Además, cabe subrayar que no todos los países suscritos al Convenio de Estambul tienen la misma estructura en cuanto a sus delitos sexuales. En este sentido, resulta interesante el análisis de derecho comparado que realiza OLALDE GARCÍA⁸⁹. En su estudio demuestra que a pesar de que hay una cierta tendencia hacia la centralidad del consentimiento, existen países que han firmado el Convenio, pero mantienen una distinción basada en los medios comisivos para determinar la existencia de delitos sexuales. Específicamente, Francia y Finlandia se mencionan como ejemplos de países que, a la fecha del análisis, continúan enfocando su legislación en torno a los medios comisivos, como la violencia, la coacción o la amenaza, para configurar los delitos de agresión y abuso sexual. Estas excepciones permiten llegar a la misma conclusión que antes: que el Código Penal anterior no contravenía el Convenio de Estambul, pues es compatible cumplir el Convenio con distinguir entre abusos y agresiones sexuales, como así hacen otros países.

3. UNIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE ABUSO Y AGRESIÓN SEXUAL

La Exposición de Motivos de la LO 10/2022 ya revela que, “como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona”. En consecuencia, se elimina el Capítulo II del título VIII del Código Penal referido a los abusos sexuales, quedando suprimidos los artículos 181 a 184 explicados anteriormente. Se mantiene, por tanto, únicamente el Capítulo I “De las agresiones sexuales”, que abarca los nuevos artículos 178, 179 y 180 CP.

La unificación de los delitos de agresión y abuso sexual, en línea con lo visto hasta el momento, podría tener su justificación en cuatro motivos, los cuales se han ido reflejando anteriormente. En primer lugar, como bien explica AGUSTINA, la unificación atiende a “*una necesidad mediático-reivindicativa*”, que exigía que se escuchara la *voz de la calle*, guiada por percepciones compartidas acerca de la justicia, representadas por los mencionados lemas del “*solo sí es sí*”, “*yo sí te creo*” y “*no es abuso, es violación*”⁹⁰.

⁸⁹ Cfr. OLALDE GARCÍA, A. (2022). “A propósito del Proyecto de reforma de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Perspectiva de Derecho Comparado”. *La Ley Penal, (154), Sección Derecho Procesal Penal, Wolters Kluwer*, pp. 1-18.

⁹⁰ Cfr. AGUSTINA, J. R. (2023). “Prólogo”. En J. R. Agustina (Coord.) *Comentarios a la Ley del “solo sí es sí”*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, p. 15.

En segundo lugar, responde a la comentada dificultad valorativa de diferenciar entre intimidación y prevalimiento, esa sutil “línea divisoria”⁹¹ que situaba por encima de ella a las agresiones (y a las violaciones, en su caso) y por debajo a los *simplemente* abusos sexuales. Y decimos *simplemente*, no porque las penas fuera ridículamente inferiores, sino porque desde una perspectiva de conciencia social, *el concepto de abuso* lleva a pensar en una conducta infinitamente menos grave que una agresión. Esta argumentación *conceptual* de que el abuso parece mucho menos grave que la agresión es la tercera justificación de la unificación. Sobre todo, teniendo en cuenta que bajo la anterior regulación podía calificarse como abuso sexual un acceso carnal no consentido, algo que parte de la doctrina ha llegado a calificar como “un lastre”⁹².

Por último, como se ha comentado anteriormente, se pretende justificar la unificación con el anhelo de trasladar los medios comisivos a un segundo plano para el enfoque se centre en la ausencia de consentimiento, acogiendo la afirmación de PITCH de que es “la falta de consentimiento la que define una relación sexual como violenta”⁹³. Sin embargo, como ya se ha explicado y se reiterará más adelante, el consentimiento siempre ha sido el elemento esencial de los delitos sexuales.

3.1. El delito de agresión sexual: artículo 178

La unificación de los delitos contra la libertad sexual se materializa en la definición de las agresiones sexuales del artículo 178.1, que se definen como “*cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento*”, y se castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años. Como bien explica PARDO MIRANDA, la conducta de este primer tipo incluye cualquier forma de ataque excepto aquel en el que hay acceso carnal, considerados como agresión sexual cualificadas o violación por el art. 179 CP⁹⁴.

⁹¹ Expresión utilizada por el Tribunal Supremo en su STS 1030/210, FJ 3º, y en la STS 769/2015, FJ 8º.

⁹² LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (2023). “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”. En J. R. Agustina (Coord.), *Comentarios a la ley del "solo sí es sí"*, Atelier Libros Jurídicos, p. 52.

⁹³ PITCH, T. (2003) “Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad” Madrid: Trotta, p. 209

⁹⁴ PARDO MIRANDA, M. (2023). “El delito de agresión sexual. Reflexión con ocasión de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual” *El Criminalista Digital, Papeles de Criminología*, nº11, p. 9.

Por otro lado, el artículo 178.2 concreta los medios comisivos del delito: “*se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad*”. Por tanto, la nueva reforma incluye los medios comisivos que existían anteriormente, aunque por la unificación de los antiguos tipos, en el artículo se recogen indistintamente. Así, se pueden observar las referencias a los conceptos de violencia, intimidación y a los supuestos en los que se considera que no existe consentimiento por estar la víctima incapacitada para expresar su voluntad.

Sin embargo, no parece que tenga mucho sentido este segundo apartado. Si por el art. 178.1 se considera agresión sexual *cualquier acto*, ¿acaso no entran en esa categoría los descritos en el apartado segundo? Y es que, tal y como queda tipificado, en palabras de LIÑÁN LAFUENTE, “cuando concurren estas circunstancias (las del 178.2) se considerará agresión sexual, pero cuando no concurren y siga faltando el consentimiento válido, también se considerará agresión sexual”⁹⁵. Además, podría tener sentido si se castigasen más severamente las conductas especificadas en el segundo apartado, pero ese mayor desvalor de la acción tampoco sucede, pues las penas son las mismas para ambos apartados: de uno a cuatro años. Quizá la única justificación que permita argumentar la inclusión de este segundo apartado es lo referente a la sumisión química. Como apunta TORRES FERNÁNDEZ, en lo relacionado a la anulación de la voluntad, la nueva reformulación a *cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad*, más amplia que la definición de 2010, permite encuadrar en este tipo no sólo los supuestos de *sumisión química* realizados por el autor del delito, sino cualquier otra circunstancia que anule la voluntad de la víctima⁹⁶. Aunque el concepto de “anulación de la voluntad por *cualquier causa*” esta todavía por establecerse, permite en todo caso incluir dentro de este tipo penal a los casos de “vulnerabilidad química”, lo que *a priori* resuelve una de las polémicas que existían con la redacción anterior⁹⁷.

Por otro lado, sobre las consecuencias de esta unificación de tipos ya se pronunció en 2021 el Consejo General del Poder Judicial en el informe realizado sobre el anteproyecto de la reforma:

⁹⁵ LIÑÁN LAFUENTE, A. (2022). *Trazos de Derecho Penal. Parte especial*. 4ª edición, p. 151.

⁹⁶ TORRES FERNÁNDEZ, M. E. (2023), *op. cit.*, p. 30.

⁹⁷ *Vid. supra* el Capítulo 4, apartado 3 del presente trabajo: *sumisión química y vulnerabilidad química*, pp. 14-17.

“la opción por el tratamiento unitario de todos los actos de ataque sexual puede tener un efecto de desprotección de las víctimas, pues para el sujeto activo del delito no tendrá mayores consecuencias si emplea un medio comisivo más lesivo que otro de intensidad menor”⁹⁸. Por tanto, si el castigo es el mismo, es muy probable que para asegurarse de la consecución su objetivo el delincuente lleve a cabo la conducta más grave, la cual será la más beneficiosa para él y la más perjudicial para la víctima.

Misma opinión toma LASCURAÍN SÁNCHEZ, que defiende que “no es lo mismo matar, que matar a un menor de dieciséis años, que matar con ensañamiento, que matar con ensañamiento y alevosía, que matar con ensañamiento a un menor de dieciséis años”⁹⁹, ejemplificando que el Código Penal ha ido evolucionando hasta imponer penas precisas que se adaptan a cada tipo de conductas. Por tanto, carece de sentido “hacer *tabula rasa*”¹⁰⁰ del progreso realizado por el legislador penal, y establecer que en los delitos sexuales un ataque a la libertad sexual llevado a cabo con violencia o intimidación merezca el mismo tratamiento que el realizado aprovechándose de la sorpresa del sujeto pasivo que aún no ha decidido si desea tener un acercamiento sexual¹⁰¹. No parece que esto tenga justificación alguna: ni las consecuencias del ataque sufrido por la víctima son las mismas, ni el desvalor de la acción del agresor puede ser la misma.

El artículo 178.3 de la LO 10/2022 permite imponer una pena en su mitad inferior o alternativamente una multa de dieciocho a veinticuatro meses “en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”, y “siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180”. Así, este apartado supone un tipo atenuado que intenta abarcar los ataques menos graves contra la libertad sexual, considerando la diversidad de hechos con distinta intensidad lesiva que pueden ser considerados como agresiones sexuales¹⁰².

Sin embargo, de la misma forma que ocurría con el apartado segundo, la introducción de este apartado no aporta nada nuevo. Y es que el artículo 66 del CP, salvo agravante genérica, ya permite imponer la pena en su mitad inferior.

⁹⁸ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2021). “Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, p. 80.

⁹⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁰ *Ibid*, p. 54.

¹⁰¹ *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2019). “Alegato contra un derecho penal identitario”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21-10, pp. 1-29.

¹⁰² TORRES FERNÁNDEZ, M. E. (2023), *op. cit.*, p. 31.

3.2. El delito de violación, art. 179

El artículo 179 señala que “cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años”.

Es verdad que, como señala TORRES FERNÁNDEZ, se recupera el alcance del significado del término “violación” que da el DRAE como un acto consistente en *tener acceso carnal con alguien en contra de su voluntad o cuando se halla privado de sentido o discernimiento*¹⁰³. Así, la reforma recoge la perspectiva histórica del delito de violación y homogeneiza los diferentes métodos empleados para superar la resistencia de la víctima descritos en el artículo 178. Con ello, se pone fin, en primer lugar, a que un acceso carnal fuera sobre una persona privada de sentido fuera un abuso y no una agresión, algo que “rechinaba”¹⁰⁴ a muchos autores. En segundo lugar, también se impide que un acceso carnal sea considerado un abuso sexual, considerado inapropiado y necesitado de reforma por gran parte de la doctrina¹⁰⁵.

A pesar de que esto último parece ser un avance positivo, no parece que esta redacción sea la más acertada. Igual que ocurría con las agresiones, se castiga de la misma forma un acceso carnal sobre una persona en situación de vulnerabilidad química que el que se realiza utilizando violencia o intimidación. Sin que deje de tener sentido utilizar el término violación para ambas, sería necesario diferenciar con un tipo más grave aquellas *violaciones* que se realicen con violencia o intimidación. Nuevamente, como razona LASCURIAÍN, encuadrar conductas con distinto desvalor dentro del mismo tipo provoca que al autor material le “salga gratis”¹⁰⁶ escoger la conducta más grave, y la más favorable para él, para la consumación del delito.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ LASCURIAÍN SÁNCHEZ, J.A., *op. cit.*, p. 52.

¹⁰⁵ *Vid.* JERICO OJER, L. (2020) “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, *Boletín Comisión de Violencia de Género*. JpD, 11, pp. 15-25.

¹⁰⁶ LASCURIAÍN SÁNCHEZ, J.A., *op. cit.*, p. 53.

3.3. Circunstancias agravantes del artículo 180

El artículo 180 de la LO 10/2022 recoge el catálogo de agravantes aplicables a los delitos de agresión sexual y violación. Así, si ocurren algunas de estas circunstancias en un delito de agresión sexual, la pena se situaría entre los dos y ocho años de prisión; mientras que, si el hecho es una violación, la pena sería de siete a quince años de prisión.

Estas circunstancias agravantes son las mismas que existían en el Código Penal anterior explicado anteriormente en este trabajo, con excepción de dos circunstancias: la primera es que se introduce una nueva agravante, la del número 4º, *cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*. Como advierte TORRES FERNÁNDEZ, en estos necesario demostrar que el acto sexual ha ocurrido sin el consentimiento de la mujer, sin presuponer que existe un consentimiento libre debido a la relación sentimental preexistente¹⁰⁷.

También es novedosa la mención de la *situación de convivencia* como circunstancia para el prevalimiento, que se añade en el número 5º a las de parentesco o abuso de superioridad. Parece que el legislador ha querido incluir aquellos casos en los que el autor se puede aprovechar de esta situación para cometer un delito sexual.

Por último, no menos importante es la agravante del número 7º, cuando *el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto*. En efecto, la reforma ha incluido como agravante la *sumisión química*, la cual la reforma de 2010 consideraba un medio de cometer un abuso sexual. Esta posición agravada de la sumisión química respecto a la vulnerabilidad química pretende acoger las exigencias que la doctrina venía pidiendo de diferenciación entre las penas de ambas figuras.

Sin embargo, lejos de suponer una solución, esta agravante provoca una situación cuanto menos conflictiva, en la medida en que sitúa en una escala de mayor gravedad a la sumisión química que a la violencia o intimidación. Esto sucede porque las tres figuras (violencias, intimidación, y sumisión química) forman parte del tipo básico de agresión sexual ex. art. 178.2. Pero las agresiones violentas o intimidatorias no están agravadas. Por tanto, una agresión sexual con

¹⁰⁷ TORRES FERNÁNDEZ, M. E. (2023), *op. cit.*, p. 33.

violencia está castigada con la pena de 1 a 4 años, mientras que una agresión sexual llevada a cabo por sumisión química tiene una pena de 2 a 8 años. Si lo que se produjese fuese una violación, las penas serían de 4 a 12 años, y de 7 a 15 años, respectivamente. Como bien explica LASCURIAÍN, es lógico que el medio comisivo de la sumisión química forme parte de las conductas más graves de los delitos sexuales, junto con los atentados llevados a cabo con violencia e intimidación; “pero no más: resulta que ahora va a ser más leve el porrazo físico o la navaja en la mano que el porrazo químico o el somnífero en la copa”¹⁰⁸.

En conclusión, si bien era necesario que se subiera un escalón en la gravedad de la sumisión química para equipararla a los casos de violencia física, la reforma del “solo sí es sí” se ha pasado de frenada, y, en vez de subir un escalón, ha subido dos, sustituyendo el problema anterior por otro incluso más controvertido.

4. LAS NUEVAS PENAS Y SUS CONSECUENCIAS: LAS REDUCCIONES DE CONDENA

Una de las consecuencias de la reforma ha sido la modificación de las penas. Y es que, abarcar dentro de un mismo tipo conductas tan dispares, y con un desvalor de la acción tan distinto (recuérdese que en el artículo 178 caben tanto los tocamientos sorprendidos como las agresiones violentas) inevitablemente provoca dos consecuencias: primero, que la pena mínima deba de ser reducida; y segundo, que el margen de las penas se tenga que ampliar.

Así, por ejemplo, la agresión sexual en el Código Penal anterior estaba castigada con una pena básica de 1 a 5 años de prisión, y una pena agravada de 5 a 10 años. Después de la reforma de la ley del “solo sí es sí”, la agresión sexual básica pasa a ser de 1 a 4 años, y la agravada, de 2 a 8. Por otro lado, para los casos de violación, las penas pasan de ser de 6 a 12 años a ser de 4 a 12, y si concurren las agravantes del art. 180.1, las penas pasar de 12 a 15 años a reducirse de 7 a 15.

Las consecuencias de estas modificaciones de penas son básicamente dos. La primera es que agrandar las horquillas de las penas entrega al juez un exagerado margen para elegir la condena. Por ejemplo, como bien observa LASCURIAÍN, llama la atención que, en los casos de

¹⁰⁸ LASCURIAÍN SÁNCHEZ, J.A., *op. cit.*, p. 59.

violación, “hay menos distancia del no delito al delito (de cero a cuatro años), que del límite mínimo al límite máximo (nada menos que ocho años para que el juez elija)”¹⁰⁹. Algo similar sucede con la agresión sexual agravada, donde el margen es hasta de seis años. En los casos de abuso sexual básico, por otra parte, el juez puede decidir imponer desde una multa de dieciocho meses (por la atenuación del art. 178.3) hasta una pena de prisión de cuatro años. Coincido con la preocupación que muestra LASCURIAÍN sobre el excesivo campo de decisión que se le da al juez, pues puede ser una amenaza para la seguridad jurídica y para la democracia. También lo considera así el Consejo General del Poder Judicial que considera que otorgar al juez tal margen interpretativo puede comprometer el principio de legalidad penal del artículo 25 CE¹¹⁰.

Otra consecuencia, más negativa que la anterior, tiene que ver con el principio de retroactividad de la ley penal más favorable. Y es que el artículo 2.2 del Código Penal dispone que “*tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo*”. Esto ha provocado, como ya avisó el CGPJ en el informe realizado sobre el Anteproyecto de la ley¹¹¹, que las penas máximas y las penas mínimas que se habían impuesto sobre la regulación anterior hayan tenido que ser revisadas. Y la consecuencia ha sido perturbadora: según el último informe del CGPJ publicado en noviembre de 2023, desde la entrada en vigor de la nueva ley ha habido más de 1230 reducciones de condena y al menos 126 excarcelaciones¹¹².

Por tanto, se debe afirmar que la reforma de la “ley del solo sí” ha conseguido un efecto inverso al deseado: se quería endurecer el código penal al considerar a todo abuso como agresión y lo que se ha conseguido es reblandecerla a costa de reducir las penas, provocando excarcelaciones y reducciones de condena de presos condenados por delitos sexuales.

¹⁰⁹ *Ibid.* p. 54.

¹¹⁰ Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *op. cit.*, p. 80.

¹¹¹ Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *op. cit.*, p. 80.

¹¹² Consejo General del Poder Judicial. (2023, 24). *Los tribunales han acordado 1.233 reducciones de pena en aplicación de la Ley Orgánica 10/2022. Poder Judicial.* https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=8df5ef0d0810c810VgnVCM1000004648ac0aRCRD&vgnextchannel=a64e3da6cbe0a210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=ca&lang_chosen=ca

5. EL CONSENTIMIENTO: “SOLO SÍ ES SÍ”

Más allá de la unificación de los clásicos delitos de abuso y agresión sexual, y de sus consecuencias, la principal novedad de la LO 10/2022 es la introducción del concepto del consentimiento. No es baladí el nombre popular con el que se conoce a esta ley (del “solo sí es sí”), pues no representa algo puramente simbólico, sino que refleja el aspecto más importante de la reforma y su más novedosa alteración.

La Ley del “solo sí es sí” supone un hito en el Derecho Penal español por ser la primera vez que se incluye una definición del consentimiento sexual: en el artículo 178.1, referido a las agresiones sexuales, se establece que *sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.*

Con esta definición, en palabras del ministerio que impulsó la reforma, se “pretende poner el consentimiento en el centro de los delitos sexuales”¹¹³. Sin embargo, esto ya era así antes del cambio de ley¹¹⁴. Como apunta DEL MORAL GARCÍA, magistrado del Tribunal Supremo, la falta de consentimiento en un acto de carácter sexual es lo que provoca la antijuricidad de la conducta: “se atenta contra la libertad sexual cuando está ausente en uno de los intervinientes en el acto con un componente sexual un consentimiento libre”¹¹⁵.

Y es que la inclusión de una definición expresa de consentimiento para acoger la aclamación popular de que en actos de carácter sexual “solo el sí es sí”, puede presentar problemas político-criminales y epistemológicos, además de obstáculos en la valoración de la prueba.

En primer lugar, hay que poner de relieve que el concepto del consentimiento en el derecho penal no es un concepto al uso, sino que es un concepto de suma importancia, pues “transforma una acción moralmente reprochable en una actuación perfectamente legítima”¹¹⁶. Como dice la jurista estadounidense HEIDI HURD, el consentimiento es una “varita mágica” que

¹¹³ Vid. REQUENA AGUILAR, A. (2022, 25 de agosto). “El Congreso aprueba definitivamente la ley del ‘solo sí es sí’, que pone en el centro el consentimiento”, *El Diario.es*.

¹¹⁴ Vid. Capítulo I del presente trabajo.

¹¹⁵ DEL MORAL GARCÍA, A. (2023). “Caracterización normativa del consentimiento en la reforma de los delitos sexuales”. En J. R. Agustina (Coord.), *Comentarios a la ley del “solo sí es sí*, Atelier Libros Jurídicos, p. 114.

¹¹⁶ RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2023). “Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de «Solo sí es sí»”. *Teoría y Derecho*, 34, pp. 230-255. p. 239.

convierte “violación en hacer el amor, un secuestro en un viaje dominical, una agresión en un placaje de fútbol, o un allanamiento de morada en una cena con amigos”¹¹⁷.

Por tanto, es sumamente peligroso establecer que solo existe consentimiento *cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*; pues puede llevar a considerar como agresiones sexuales conductas válidamente consentidas, pero con un consentimiento que no coincide con tal definición. Así lo entiende DEL MORAL GARCÍA, que de forma ilustrativa explica que no siempre es necesaria la exteriorización del consentimiento de forma verbal o gestual, sino que dependerá de las circunstancias¹¹⁸:

La esposa (o el esposo) que al llegar al domicilio compartido da un beso en la boca a su cónyuge dormido no necesita haber sido autorizada para ello. La misma conducta realizada por unos estudiantes o jóvenes que comparten piso será, en cambio, delictiva (salvo que los implicados mantengan una relación afectiva en la que se vienen produciendo ese tipo de gestos). En unos casos hay consentimiento presunto, pero inequívoco. En otros, no. Externamente la acción es la misma: no se ha producido una manifestación mediante actos. No hay consentimiento *in actu*, aunque sí consentimiento virtual, pese a que no se haya actualizado para ese acto concreto.

En una postura más crítica se sitúa ÁLVAREZ GARCÍA, que argumenta que “la nueva normativa no se limita a proteger nuestro derecho a la sexualidad, sino que también lo conforma; nos dice cómo se tiene que amar y cómo no”¹¹⁹.

En esta línea, otros autores como PÉREZ DEL VALLE sugieren que esta definición puede implicar una inversión de la carga de la prueba con respecto a los delitos contra la libertad sexual, de forma que sea el acusado el que deba probar que existió un acto de consentimiento por parte de la otra persona¹²⁰. Esto también podría suponer la lesión del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE y al principio penal *in dubio pro reo*, como manifiestan otras voces de la doctrina, que ven posible que los tribunales, al tener dudas sobre

¹¹⁷ HURD, H. (2005). “Blaming the Victim: A Response to the Proposal That Criminal Law Recognize a General Defense of Contributory Responsibility”. *Buffalo Criminal Law Review* 1, pp. 503–522, p. 504.

¹¹⁸ DEL MORAL GARCÍA, *op. cit.*, p. 117.

¹¹⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 5.

¹²⁰ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. (2022). “La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma”. *Diario La Ley*, nº 10045.

la existencia del consentimiento, dicten sentencias condenatorias tras concluir que la víctima no consintió el acto sexual de forma clara¹²¹.

En contra, hay otros autores que niegan estas suposiciones, y afirman la oportunidad de la nueva definición de consentimiento. RAMÓN RIBAS y FARALDO CABANO niegan que la nueva ley obligue a prestar el consentimiento sexual mediante actos verbales, y defienden que la nueva definición también abarca actos de comunicación no verbal. Además, defienden que para casos como el citado anteriormente, “no es preciso que el consentimiento se actualice con cada acto de contenido sexual”¹²², pudiéndose habido prestar en un momento anterior a los hechos.

Sin embargo, no parece que sea esa la concepción de consentimiento que busca establecer el legislador, y en todo caso, a esa conclusión ya se podía llegar una forma menos conflictiva con la redacción anterior. En todo caso, señalan estos autores que lo verdaderamente esencial de la nueva concepción del consentimiento es que el silencio pasivo, en ausencia de signos adicionales, ya no puede ser tratado como expresión de un consentimiento tácito. No obstante, ni mucho menos antes de la reforma los tribunales entendían que todo silencio pasivo constituía un acto de consentimiento; ni resulta imaginable que en un acto sexual no existan otros signos, actos, gestos o actitudes más allá del silencio que no pueda ser apreciados.

Por ello, parece que no solo “la definición proyectada de consentimiento sexual resulta innecesaria”¹²³, sino que es también problemática, pues puede invertir la carga de la prueba y violar el principio de presunción de inocencia. Como bien señala el CGPJ, el problema del consentimiento no radica en su definición conceptual (qué se entiende por consentimiento), sino que es un problema probatorio (cuando existe o no el consentimiento).

Llegados a este punto, conviene analizar cómo están empezando a interpretar los tribunales este nuevo concepto del consentimiento. A pesar de que se trata de una reforma reciente, ya empieza a haber sentencias que se pronuncian al respecto.

Afortunadamente, no parece que haya diferencias con respecto a lo que se venía aplicando antes de la reforma. Por ejemplo, la SAP Madrid 128/2024, de 26 de febrero, juzgó un caso

¹²¹ Cfr. TOMÉ GARCÍA, J. A. (2022). “La ley del “solo sí es sí”: consentimiento sexual y carga de la prueba”. *La Ley Penal*, N° 159

¹²² RAMÓN RIBAS, E. y FARALDO CABANA, P. (2023). “¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?”. En J. R. Agustina (Coord.), “Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. *Atelier Libros Jurídicos*, p. 89.

¹²³ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *op. cit.*, p. 82.

donde la víctima afirmaba que el acusado le había obligado a realizarle una felación y posteriormente a una penetración vaginal, ambos actos supuestamente sin su consentimiento y utilizando fuerza física. Por estos hechos, tanto la acusación particular como el Ministerio Fiscal pedían más de ocho años de prisión. Sin embargo, los magistrados, tras explicar la nueva definición del consentimiento, concluyeron que no se había acreditado suficientemente que la relación sexual fuese no consentida, resultando en la absolución del acusado. Entre sus argumentos, destacan la defensa los principios de *in dubio pro reo* y de presunción de inocencia¹²⁴.

Sobre un caso similar se pronuncia la STSJ Castilla y León 33/2024, de 25 de marzo, la cual merece un análisis mayor. Los hechos probados relevantes para el caso son los siguientes¹²⁵:

Al llegar a dicha vivienda (en torno a las 8 horas), mientras Teofilo fue al lavabo, Enriqueta se quedó en la habitación de aquél, tumbándose en la cama y quitándose el pantalón, quedándose en ropa interior. A partir de ese momento, sin que se haya acreditado que el acusado emplease fuerza, la coaccionase o realizase cualquier otra conducta que no le permitiese decidir libremente, Enriqueta - que era consciente de lo que hacía el acusado, comenzaron a realizar de consuno el acto sexual -que incluyó penetración de su miembro viril por parte de él- y que se desarrolló con fogosidad inusitada hasta el punto de que él, por la insistencia de ella, llegó a causarle las pequeñas lesiones que se dirán. Tras un intento por parte del acusado, de iniciar un segundo acto sexual, a lo que ella no accedió, ambos se quedaron dormidos.

Unas tres horas más tarde [...], Enriqueta les contó (a sus padres) que había conocido al acusado, que estaba muy bebido y que accedió ir a casa de éste, ya que no podía andar por sí sola y una vez allí, en contra de su voluntad e intentando quitárselo de encima varias veces, lo que no consiguió dado su estado, el acusado la penetró sexualmente y golpeó y sujetó para vencer su resistencia. Tras esa narración, ella y su padre, fueron a Comisaría de Policía Nacional de León, a presentar la correspondiente denuncia.

En los Fundamentos Jurídicos 4º, el Tribunal reproduce la definición de consentimiento introducida con la LOGILS (“*sólo se entenderá que hay consentimiento...*”), para luego afirmar que el consentimiento “no tiene por qué ser oral y expreso y puede deducirse de las

¹²⁴ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 128/2024, FJ 10º: “El principio *in dubio pro reo* no contiene un elemento orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza (...). En términos expresados por la jurisprudencia (STS 20/07/1999) debe incidirse que el principio de *in dubio pro reo* está garantizado constitucionalmente como uno de los elementos de un proceso con todas las garantías en el art. 24 CE (STC de 20/10/1996)”.

¹²⁵ STSJ Castilla y León 33/2024, de 25 de marzo, AH 4º.

circunstancias del caso, pero en todo caso debe exigirse que la falta de consentimiento se haga llegar de una forma suficiente a la persona que está en disposición de participar en una relación sexual”¹²⁶. Más adelante, señala que “lo importante es determinar si la víctima consintió o no y fue capaz de hacer llegar la falta de consentimiento de forma suficiente a la otra parte”¹²⁷; y que la “falta de consentimiento debe ser expresada de alguna forma concluyente al acusado en términos tales que fuera percibido por él mismo”¹²⁸.

Llama la atención que el Tribunal utiliza en todo momento una concepción negativa del consentimiento, determinando que lo que se tiene que demostrar es la falta de consentimiento y no su existencia. En otras palabras, parece que se acoge a la doctrina del “*no es no*” y no a la de “*solo sí es sí*”. Y no parece que lo haga por motivos personales (no podría hacerlo), sino porque de la otra forma, al defender la víctima que no existía consentimiento, sería el acusado el que debería demostrar la concurrencia del consentimiento, provocando una inversión en la carga de la prueba:

Nos encontramos ante un proceso penal que debe ser garantista, y que solo puede permitir una condena cuando se tenga la constancia clara y firme de que los hechos sucedieron de una determinada manera, por las consecuencias que de ello se derivan para el acusado (años de cárcel), lo que traducido al caso de autos significa que se debe concluir más allá de toda duda razonable que hubo falta de consentimiento.

El razonamiento del TSJ concluye que al existir “tantas dudas al respecto de la concurrencia o no de consentimiento, en aplicación del principio *in dubio pro reo* procede la absolución del procesado”¹²⁹.

Con todo, estas dos sentencias analizadas permiten vislumbrar un escenario tranquilizador con respecto a la libertad sexual, a la que algunos autores veían “peligrar”¹³⁰ tras la reforma de la “ley del solo sí es sí”. Y es que, con la nueva regulación existían razones, fundadas en mi opinión, para pensar que la definición del consentimiento del art. 178.1 CP podía invertir la carga de la prueba en los delitos sexuales, atentando contra los principios de *in dubio pro reo* y de presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Sin embargo, los tribunales, al menos de

¹²⁶ STSJ Castilla y León 33/2024, de 25 de marzo, FJ 4º.

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Vid.*, entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA F.J. (2022, 10 de febrero). “La libertad sexual en peligro”, *Diario La Ley* núm. 10007.

momento, en aras de salvaguardar tales principios, siguen exigiendo que sea la víctima la que demuestre que no prestó consentimiento.

En este contexto, parece el TS de momento ha querido esquivar el tema. En la reciente STS 13 marzo de 2024, el Alto Tribunal se pronuncia sobre el consentimiento sexual, pero los hechos que juzga son anteriores a la reforma. Sobre la nueva regulación y sus implicaciones, se limita a referirse a ella en los siguientes términos¹³¹:

En aquel momento no se había producido la modificación del Código Penal (artículo 178), introductoria de una especie de presunción legal según la cual *“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”* **y que podrían plantear algún problema interpretativo** en orden a determinar si para la condena por abuso sexual **es necesario acreditar la falta de consentimiento o si, por el contrario, se ha de presumirse la falta de consentimiento cuando no consta la prestación clara del mismo**, atendidas las circunstancias en cada caso concurrentes.

Estas palabras del Tribunal Supremo, en primer lugar, evidencian la negativa opinión que el TS sobre la problemática redacción del consentimiento; y, en segundo lugar, no cierran la puerta a ninguna posibilidad: ni a que la ausencia de consentimiento actúe como una presunción legal, ni, a como ha ocurrido hasta ahora, que sea necesario que la víctima acredite la ausencia de consentimiento. Habrá que estar pendientes de las próximas sentencias del Alto Tribunal para ver que rumbo toma al respecto.

¹³¹ Sentencia del Tribunal Supremo 252/2024, de 13 de marzo, FJ 2º.

CAPÍTULO IV. LA REFORMA LLEVADA A CABO POR LA LO 4/2023

Las negativas consecuencias de la Ley del “solo sí es sí”, y en particular, las excarcelaciones y reducciones de condena, han llevado a una nueva reforma exprés del Código Penal. La LO 4/2023 ha puesto en evidencia los errores del legislador de la “ley del solo sí es sí” y ha tratado de subsanarlos, modificando de nuevo el sistema de penas.

Sin embargo, no parece que la nueva ley haya solucionado gran cosa. Es verdad que sí se introduce un nuevo apartado en las agresiones sexuales (art. 178.3) para castigar con mayores penas a las agresiones cometidas *empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad*, recogiendo las críticas que habían surgido por tratar de forma unitaria a todos los ataques sexuales¹³². Sin embargo, esta nueva redacción no evita que se sigan revisando las condenas ya firmes, pues se aplica el principio de retroactividad de la ley penal más favorable del art. 2.2 CP. En todo caso, los efectos penológicos de la nueva LO 4/2023 se aplican a hechos ocurridos a partir el 28 de abril de 2023.

La nueva regulación tampoco ha evitado las deficiencias que la LO 10/2022 había provocado con respecto a la excesiva protección de la sumisión química. Recogiendo el comentario de LASCURIAÍN, según la LO 4/2023, las agresiones sexuales cometidas mediante sumisión química o un somnífero en la copa siguen siendo más graves que las que se producen con la navaja en la mano o con violencia¹³³.

Por último, tampoco se ha modificado nada con respecto a la definición de consentimiento, por lo que todas las posibles dificultades relacionadas con la carga de la prueba y la presunción de inocencia comentadas en el apartado anterior siguen estando presentes.

¹³² *Vid. supra*. Capítulo IV, Apartado III: “Unificación de los delitos de abuso y agresión sexual”.

¹³³ *Cfr.* LASCURIAÍN SÁNCHEZ, J.A. (2023). “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”. En J. R. Agustina (Coord.), *Comentarios a la ley del "solo sí es sí"*, Atelier Libros Jurídicos, pp. 51-62.

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES

PRIMERA- Desde 1995, el consentimiento siempre ha sido el elemento esencial del tipo en los delitos sexuales, pues la concurrencia o no del mismo es lo que distingue a un ataque sexual de una relación sexual consentida.

SEGUNDA- La redacción de los tipos penales anterior a la reforma de la LO 10/2022 era lógica y proporcionada. Tomando como base que todo acto sexual sin consentimiento es un delito sexual, tenía sentido que se establecieran las penas en función del daño sufrido por la víctima y de la gravedad de los medios comisivos utilizados para vencer el consentimiento. En este sentido, se entendía que aquellos ataques sexuales llevados a cabo con violencia o intimidación merecían un mayor reproche penal y, por tanto, una pena mayor.

TERCERA- En la legislación anterior a la LOGILS existían dos ineficiencias que podían justificar la revisión de los tipos penales. En primer lugar, como demostró el caso de “*la Manada*”, había problemas en la práctica a la hora de diferenciar los conceptos de intimidación y de prevalimiento y, por ende, de diferenciar entre un abuso sexual y una agresión sexual. En segundo lugar, no parecía lógico que los delitos cometidos por sumisión química se castigaran igual que los cometidos aprovechándose de una situación de vulnerabilidad química. Por ello, se venía exigiendo que a la sumisión química se la tratara como a una forma de violencia, de forma análoga a lo que ocurre en los delitos contra la propiedad.

CUARTA- La Exposición de Motivos de la ley del “solo sí es sí” defiende que la unificación de los delitos sexuales atiende a las exigencias del Convenio de Estambul, ratificado por España en 2014. Sin embargo, no existe ninguna provisión en el Convenio que así lo exija expresamente, además de existir países que han firmado el Convenio y que siguen distinguiendo sus delitos sexuales en función de los medios comisivos.

QUINTA- La unificación de los delitos de abuso y agresión sexual dentro de la LO 10/2022 es inadecuada, pues no hace otra cosa que desproteger a la víctima, al provocar que sea irrelevante el medio comisivo utilizado por el agresor para cometer el delito. En cuanto a los efectos penológicos, la unificación ha supuesto que se hayan tenido que reducir las horquillas de las penas, lo que ha provocado que los tribunales, en virtud del principio de retroactividad de la ley penal más favorable, hayan tenido que rebajar condenas firmes.

SEXTA- Con respecto a la nueva regulación de la sumisión química, la ley del “solo sí es sí” ha sobrepasado el objetivo perseguido. Y es que, con la nueva redacción, un delito sexual cometido mediante sumisión química se castiga con una pena mayor que el cometido con violencia o intimidación, algo claramente excesivo y desproporcionado.

SÉPTIMA- La nueva definición del consentimiento establecida por la ley del “solo sí es sí”, que entiende que “*sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*”, puede presentar varios problemas. En primer lugar, porque puede provocar que existan conductas consentidas que no cumplan con esta definición, y que por tanto sean consideradas como agresiones sexuales. Y, en segundo lugar, porque puede hacer que se invierta de la carga de la prueba en los delitos sexuales, donde sea el acusado el que tenga que demostrar que existió consentimiento, contraviniendo así los principios de presunción de inocencia y de *in dubio pro reo*.

OCTAVA- Afortunadamente, las primeras interpretaciones judiciales muestran que los tribunales siguen exigiendo que sea la víctima quien demuestre la falta de consentimiento. Por ejemplo, la SAP Madrid 128/2024 y la STSJ Castilla y León 33/2024 han mantenido la exigencia de que la falta de consentimiento se demuestre de forma suficiente y concluyente, respetando los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. A pesar de ello, el Tribunal Supremo todavía no se ha pronunciado de forma definitiva sobre cómo se debe aplicar esta nueva definición de consentimiento. En su reciente STS de 13 marzo de 2024, se ha limitado a reconocer los problemas que supone la nueva redacción, pero no ha cerrado la puerta a que pueda presumirse la falta de consentimiento cuando no consta la prestación clara del mismo.

NOVENA- La reforma exprés llevada a cabo por la LO 4/2023 ha intentado resolver las críticas y las negativas consecuencias de la ley del “solo sí es sí”. Sin embargo, a pesar de que introduce unas penas mayores para los ataques cometidos con violencia o intimidación, deja sin resolver cuestiones como la desproporción en las penas contra la sumisión química o la controvertida definición del consentimiento.

DÉCIMA- Con todo, se afirma que el desempeño de la reforma de la ley del “solo sí es sí” ha sido cuanto menos negativo, pues ha traído más problemas de los que pretendía solucionar.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Constitución Española.

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

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2. JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 128/2024, de 26 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 1397/2009, de 29 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 181/2021, de 2 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo 205/2019, de 12 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo 2277/2003, de 24 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo 383/2003, de 14 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo 542/2013, de 20 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo 643/2017, de 2 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo 769/2015, de 15 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 783/2021, de 15 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo 905/2005, de 8 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo 9/2016, de 21 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo 252/2024, de 13 de marzo

STSJ Castilla y León 33/2024, de 25 de marzo.

STSJ Castilla y León 33/2024, de 25 de marzo.

3. OBRAS DOCTRINALES

Acalé Sánchez, M. (2021). “Valoración de los aspectos penales del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral de la libertad sexual de 26 de julio de 2021”. *Revista Sistema Penal Crítico*, nº 2.

Agustina, J., & Panyella-Carbó, M. (2020). “Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas”. *Política Criminal*, Vol. 15, Nº 30, pp. 526-581.

Agustina, J. R. (2023). “Prólogo”. En J. R. Agustina (Coord.), *Comentarios a la Ley del “solo sí es sí”: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre* (pp. 11-19). Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.

Altuzarra Alonso, I. (2020). “El delito de violación en el Código Penal español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional”. *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, n. 1, pp. 511-558.

Álvarez García, F. J. (2022, 10 de febrero). “La libertad sexual en peligro”. *Diario La Ley*, núm. 10007, p. 12.

Brage Cendán, S. (2013). “El delito de abuso sexual facilitado por el uso de sustancias químicas”. *Diario La Ley*, Nº 8216, Sección Doctrina.

Del Moral García, A. (2023). “Caracterización normativa del consentimiento en la reforma de los delitos sexuales”. En J. R. Agustina (Coord.), *Comentarios a la ley del "solo sí es sí"*. Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, pp. 107-114.

Díez Ripollés, J. L. (2019). “Alegato contra un derecho penal identitario”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21-10.

Faraldo Cabana, P. (2019). “La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 22, p. 390.

Goenaga Olaizola, R. (1997). “Delitos contra la libertad sexual”. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 10.

Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO). (2020). “GREVIO’s baseline evaluation report on Spain: Implementing measures for the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention)”. *Council of Europe*.

Herreros Hernández, I. (2021). “Construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico. Una visión desde la perspectiva de género”. *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 10,

Hurd, H. (2005). “Blaming the Victim: A Response to the Proposal That Criminal Law Recognize a General Defense of Contributory Responsibility”. *Buffalo Criminal Law Review*, 1, pp. 503–522.

Jaén Vallejo, M. (2018, 3 de mayo). “A propósito de la problemática significación de los conceptos de violencia, intimidación y prevalimiento de superioridad en los delitos contra la libertad sexual”. *El Derecho*.

Jerico Ojer, L. (2020). “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”. *Boletín Comisión de Violencia de Género. JpD*, 11, pp. 15-25.

Landecho Velasco, C., & Molina Blázquez, C. (2018). *Derecho Penal español. Parte General*. Tecnos, Madrid.

Lascuraín Sánchez, J. A. (2023). “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”. En J. R. Agustina (Coord.), *Comentarios a la ley del "solo sí es sí"*. Barcelona, Atelier Libros Jurídicos.

Liñán Lafuente, A. (2019). *Trazos de Derecho Penal. Parte especial* (2ª ed.).

Olalde García, A. (2022). “A propósito del Proyecto de reforma de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Perspectiva de Derecho Comparado”. *La Ley Penal*, (154), Sección Derecho Procesal Penal, Wolters Kluwer.

Orts Berenguer, E. (1998). “Delitos contra la libertad sexual”. En Asúa Batarritte, A. (ed.), *Jornadas sobre el nuevo código penal de 1995: Celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao.

Pardo Miranda, M. (2023). “El delito de agresión sexual. Reflexión con ocasión de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. *El Criminalista Digital, Papeles de Criminología*, nº 11, p. 9.

Pérez del Valle, C. (2022). “La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma”. *Diario La Ley*, nº 10045.

Pitch, T. (2003). *Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta, p. 209.

Ramírez Vázquez, J. A. (2023). “Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de «solo sí es sí»”. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, ISSN 1888-3443, Nº 34, pp. 230-255.

Ramón Ribas, E., & Faraldo Cabana, P. (2023). “¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?”. En J. R. Agustina (Coord.), *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”*. Atelier Libros Jurídicos, pp. 79-94.

Rubio Lara, P. Á. (2017). *Manual Teórico de Derecho penal II: Parte especial de derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia.

Torres Fernández, M. E. (2019). “Suministro de drogas a otra persona para anular su voluntad con fines delictivos: ¿mito o realidad?. La llamada sumisión química en Derecho penal: Especial referencia a los delitos sexuales”. *Estudios Penales y Criminológicos*, 39, pp. 655-707.

Torres Fernández, M. E. (2023). “Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022)”. En J. R. Agustina (Coord.), *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”*, Atelier Libros Jurídicos, p. 23.

Varela Castejón, X. (2021). “La propuesta de reforma de los delitos contra la libertad sexual”. *Juezas y Jueces para la democracia, Boletín de la Comisión Penal*, núm. 13, vol. II.

4. RECURSOS DE INTERNET

Consejo General del Poder Judicial. (2023, 24 de noviembre). *Los tribunales han acordado 1.233 reducciones de pena en aplicación de la Ley Orgánica 10/2022*. https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=8df5ef0d0810c810VgnVCM1000004648ac0aRCRD&vgnextchannel=a64e3da6cbe0a210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=ca&lang_ch oosen=ca

Requena Aguilar, A. (2022, 25 de agosto). “El Congreso aprueba definitivamente la ley del ‘solo sí es sí’, que pone en el centro el consentimiento”. *El Diario.es*. https://www.eldiario.es/sociedad/congreso-aprueba-definitivamente-ley-si-si-pone-centro-consentimiento_1_9265784.html

Telecinco. (2018, 26 de abril). Clamor popular contra la sentencia a ‘La Manada’: “No es un abuso, es violación”. *Informativos Telecinco*. https://www.telecinco.es/noticias/sociedad/sentencia-la-manada-movilizaciones-concentracion-manifestaciones-espana-clamor-popular-condena-indignacion_18_2553105246.html