

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

The crime of sexual assault. Reflection on the occasion of organic Law 10/2022, of September 6, on the comprehensive guarantee of sexual freedom

Marta Pardo Miranda*

Resumen

Reflexión sobre los últimos acontecimientos jurídicos en torno a la regulación del delito de agresión sexual, tras la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que ha determinado dos grandes modificaciones en la regulación jurídico-penal de este fenómeno delictivo: la desaparición de la diferencia entre agresiones y abusos sexuales, reduciéndose a una sola conducta típica "agresión", a través de cualquier atentado a la libertad sexual del sujeto pasivo "sin su consentimiento"; y la concreción de la forma que debe revestir el consentimiento en el ámbito de las relaciones sexuales "que exprese de manera clara la voluntad de la persona", lo que nos ha llevado a analizar el papel que tiene ahora el consentimiento y los problemas que ha planteado la prueba del mismo.

Palabras clave

Libertad sexual, agresión, abuso, consentimiento, violencia, revictimización.

Información del artículo:

Fecha de recepción: 25/01/2023

Fecha de aceptación: 06/02/2023

Abstract

Reflection on the latest legal events regarding the regulation of the crime of sexual assault, after the approval of Organic Law 10/2022, of September 6, on the comprehensive guarantee of sexual freedom, which has determined two major modifications in the regulation legal-criminal of this criminal phenomenon: the disappearance of the difference between assaults and sexual abuses, being reduced to a single typical conduct "aggression", through any attack on the sexual freedom of the passive subject "without their consent"; and the specification of the form that consent must take in the field of sexual relations "that clearly expresses the will of the person", which has led us to analyze the role that consent now has and the problems that it has raised its proof.

Keywords

Sexual freedom, aggression, abuse, consent, violence, revictimization.

Cómo citar este artículo:

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*, 11, 1-17.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. EL CONVENIO DE ESTAMBUL DE 11 DE MAYO DE 2011; III. LA NECESARIA REFERENCIA AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL; IV. ANTECEDENTES. DIFERENCIA ENTRE ABUSO Y AGRESIÓN SEXUAL: 1. *Agresiones sexuales*; 2. *Abusos sexuales*; V. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL TRAS LA APROBACIÓN DE LA LO 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE; VI. EL PAPEL DEL CONSENTIMIENTO; VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El 6 de septiembre de 2022 se aprueba la Ley Orgánica 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Se trata de una iniciativa impulsada por el Ministerio de Igualdad, que pretende abordar el debate de la violencia sexual a través de un nuevo concepto, el de “violencias sexuales”, como todos los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los demás delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹. Ley Orgánica que ha generado un amplio debate no solo en el plano doctrinal, que siempre ha tratado de analizar una cuestión tan delicada de la manera más cauta posible, sino también en el plano social. Y es que es una ley cargada de ese componente “social”, pues han sido precisamente los últimos acontecimientos sobre agresiones sexuales que se han ido produciendo a lo largo de la geografía española los que han desencadenado la reacción del legislador ante una grave realidad que hay que modificar. Abordaje que ha sido objeto de opiniones dispares². La cuestión ahora recae no tanto en la necesidad de la reforma legislativa de los delitos contra la libertad sexual o la necesidad de una nueva ley específica al respecto, pues es obvio que es necesario atender a esta realidad social y que el solo hecho de plantearse político-criminalmente una mejora ya supone un avance, sino más bien, si ha sido correcta la forma en que se ha llevado a cabo y si aborda adecuadamente la configuración típica de las agresiones sexuales, fenómeno delictivo en el que nos centramos, teniendo en cuenta que estamos ante una de las materias más complejas y delicadas en su previsión político-criminal.

II. EL CONVENIO DE ESTAMBUL DE 11 DE MAYO DE 2011

El devenir normativo suele estar precedido en nuestro país de instrumentos internacionales que vinculan al Estado y que determinan al legislador en pro de la transposición de la normativa internacional o comunitaria. El 11 de mayo de 2011 España manifestó su consentimiento en obligarse por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, que describe entre sus objetivos: “Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica”³.

Este instrumento internacional dedica su artículo 36 a describir qué debe entenderse por violencia sexual, al tiempo que insta a las Partes a adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

- a) La penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;
- b) Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;
- c) El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.

* Doctora en Derecho penal Universidad de Almería.

¹ Preámbulo Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, BOE-A-2022-14630.

² MONGE FERNÁNDEZ, A. (2019). *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Barcelona: Bosch, pp. 211-250.

³ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. BOE-A-2014-5947.

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

El texto sitúa la falta de consentimiento de cualquier acto de carácter sexual en el centro de la tipificación de los delitos contra la libertad sexual y, acto seguido, describe como debe ser prestado el consentimiento para que no estemos ante la conducta típica, es decir, un consentimiento prestado voluntariamente y no viciado.

Se ha justificado la transposición de este modelo a nuestro Código Penal en que la ratificación por parte del España del Convenio obliga a nuestro país a abordar formas de violencia contra las mujeres en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos. Como veremos, se trata de un modelo que sitúa en el centro de la tipificación de esta conducta delictiva en la figura del consentimiento, el denominado “*Yes model*”, en España “solo sí es sí”.

III. LA NECESARIA REFERENCIA AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

La legislación de la violencia sexual en los sistemas penales se ha caracterizado tradicionalmente por la expresión de una visión patriarcal, los primeros Códigos minimizaban tal violencia⁴. Los primeros textos que abordan los delitos contra la libertad sexual situaron el bien jurídico protegido en la denominada “honestidad de la mujer”. Es con la reforma de 1989 del Código penal, con la que se produce un giro, identificando ahora correctamente el bien jurídico protegido con la “libertad sexual”⁵. En sentido dogmático, ya no hay duda y, de hecho, ha sido adecuadamente identificado por el legislador, el Título VIII del Código Penal lleva como rúbrica “Delitos contra la libertad sexual”. Libertad sexual entendida como la capacidad de autodeterminación de la persona en el ámbito sexual o, dicho de otro modo, el derecho de toda persona a la libre disposición de su cuerpo para el desarrollo de la sexualidad, entendiendo tal derecho como la capacidad de hacer o no uso del propio cuerpo en el ámbito sexual⁶. Un bien jurídico indudablemente merecedor de tutela penal en cuanto pretende asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los participantes⁷. Si embargo, no ha sido clara la forma en que el Derecho penal debe proteger este bien jurídico ni si esta protección se otorga sin ningún tipo de connotación valorativa que haga suponer que existen otros bienes jurídicos afectados por esta materia⁸. De hecho, surgieron diversas dudas respecto a este bien jurídico cuando el titular es un menor o una persona con discapacidad. En la reforma de 1999 se trata de superar este problema con la incorporación de la “indemnidad sexual” pero, recientemente, se vuelve a limitar el bien jurídico a la “libertad sexual”, al menos dogmáticamente, lo que se ha considerado una incoherencia ya que reconocido el fundamento, contenido y valor de la libertad sexual, queda desprotegido un sector poblacional integrado por menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección⁹. Y hay que tener en cuenta que este Título tradicionalmente ha acogido otros delitos que solo en un sentido muy amplio se pueden calificar propiamente como delitos contra la libertad sexual. Sucede esto sobre todo en los delitos sexuales que recaen sobre menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, como por ejemplo las “agresiones sexuales” a menores de dieciséis años, los delitos de exhibicionismo y difusión de pornografía entre menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, y los relativos a la

⁴ BODELÓN, E. (2012). *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Buenos Aires: Didot, p. 15.

⁵ Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. BOE-A-1989-14247.

⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. (2021). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): Agresiones y abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años. En L. Morillas Cueva (dir.) *Sistema de Derecho Penal. Parte general* (p. 264). Madrid: Dykinson.

⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2000). El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Anuario de Derecho Penal*, n.º 1999-2000, p. 51.

⁸ MUÑOZ CONDE, F. (1989). Los delitos contra la libertad sexual. *Estudios penales y criminológicos*, n.º 13, p. 269.

⁹ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L. (2023). La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley Orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid: Dykinson, p. 18.

prostitución y corrupción de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. El problema específico que presentan estos delitos es precisamente que no se puede hablar de la “libertad sexual” como bien jurídico específicamente protegido en ellos, dado que los sujetos pasivos sobre los que recaen son personas que carecen de esa libertad, bien de forma provisional (menores), bien de forma definitiva (personas con discapacidad necesitadas de especial protección)¹⁰. En este sentido, es más acertada la consideración de que el bien jurídico protegido es la “libertad sexual” como regla general, en los casos de conductas que afectan a mayores de edad y la “indemnidad sexual” cuando los atentados sexuales se proyecten sobre menores de dieciséis años¹¹.

Las sucesivas reformas del Código Penal han puesto de manifiesto una huida de la especial protección de la honra de la mujer, pasando a un escenario en que hombres y mujeres deben ser por igual titulares del bien jurídico “libertad sexual”, focalizando en cada cambio la necesidad de proteger especialmente a los menores¹². Lo que queda claro es que se trata de proteger la libertad de una persona en cuanto a la libre disposición de su cuerpo en el ámbito de cualquier conducta de naturaleza sexual, por lo menos en los tipos básicos de los “tradicionales” delitos de abusos y agresiones sexuales, hoy ya solo “agresión sexual”. Un bien jurídico muy ligado a la evolución social, moral y cultural pues la sexualidad se construye socioculturalmente, es decir, las actitudes y las prácticas sexuales se aprenden, como así las violencias en torno a ellas¹³. Estas evolucionan al tiempo que lo hacen las convicciones morales imperantes en cada momento y cuyo ataque supone un ataque moral en sentido propio, no es solo un *malum in se*, que se castiga por lo que supone en sí sino que es una maldad en ningún caso justificable, no hay contexto alguno que permita justificar un acto de naturaleza sexual no consentido¹⁴. Se habla incluso de delitos que atentan contra la seguridad personal porque las nuevas modalidades de ataques a la libertad sexual (conductas que manifiestan un ánimo de dominio y de discriminación) evidencian que la libertad sexual como bien jurídico puede resultar pequeño¹⁵. En todo caso, un bien jurídico disponible y, es aquí, donde reside la relevancia del bien jurídico protegido, en que al ser la libertad sexual un bien jurídico de carácter disponible, el consentimiento es una causa de atipicidad.

IV. ANTECEDENTES: DIFERENCIA ENTRE ABUSO Y AGRESIÓN SEXUAL

La adecuada comprensión de las reformas penales que en torno a los delitos contra la libertad sexual se han producido requiere el análisis de la regulación derogada. El Código Penal de 1995 introdujo por primera vez la distinción entre agresión y abuso sexual y para delimitar los contornos de cada figura delictiva tomó como elemento diferenciador el medio comisivo “violencia o intimidación”.

El delito de agresión sexual estaba regulado en el artículo 178 del Código Penal, que castigaba con pena de uno a cuatro años todo acto atentatorio de la libertad sexual de otra persona, ejecutado con violencia o intimidación. Por su parte, el artículo 179 del Código Penal lo calificaba de violación con pena de seis a doce años si los actos consistían en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías. Preceptos seguidos por la agravación del artículo 180 del Código Penal en casos como que la violencia o intimidación revistiesen un carácter particularmente degradante o vejatorio, o que tuviera lugar la actuación conjunta de dos o más personas, circunstancias que, de concurrir, elevaban la pena a imponer, con pena de prisión de cuatro a diez años, si se daba el tipo base del 178, y alguna de las circunstancias

¹⁰ MUÑOZ CONDE, F. (2022). Delitos contra la libertad sexual. *Derecho penal: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 224-225.

¹¹ MONGE FERNÁNDEZ, A. (2019). Lección 11.ª Delitos sexuales. En Polaino Navarrete M. (dir.) *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. 2ª edic., Madrid: Tecnos, pp. 245-282.

¹² ACALE SÁNCHEZ, M. (2022). Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa. En Espinosa Ceballos, E.M. y Esquinas Valverde, P. (dir.) *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuesta de reforma*, Navarra: Aranzadi, pp. 39-83.

¹³ SÁNCHEZ-RUBIO, B. (2021). Incidencia de la cultura online en la violencia sexual. En Cristóbal Torres Fernández y otros (Ed.), *Libro de Actas del II Congreso Internacional de Diversidad Sexual y Género en la Educación, la Filología y las Artes*, Madrid: Dykison, p. 173.

¹⁴ PÉREZ DEL VALLE, C. (2022). La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma. *Diario La Ley*, n.º 10045.

¹⁵ ACALE SÁNCHEZ, M. “Los delitos...” cit., pp. 55-57.

contempladas en el tipo agrado del 180, o de doce a quince años si concurrían las citadas circunstancias agravantes y la conducta típica descrita en el tipo cualificado del 179.

Diferente era el delito de abuso sexual que estaba tipificado en el artículo 181.1 del Código Penal y que castigaba al que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. Por su parte, el artículo 181.3 del Código Penal hacía referencia a aquellos casos en los que el consentimiento era obtenido prevaleciendo el responsable de una situación de superioridad manifiesta, que coartara la libertad de la misma. El apartado 4 del mismo precepto preveía un tipo cualificado si el abuso sexual consistía en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. Finalizando con un último apartado 5 que contemplaba las circunstancias agravantes, casos en que la víctima era especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, o si el autor se preveía de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. La descripción típica de abuso sexual era completada por el artículo 182.2 del Código Penal que concretaba que, en todo caso, eran abusos sexuales no consentidos los ejecutados sobre personas privadas de sentido, de cuyo trastorno mental se abusare, o anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

Nos interesa aquí examinar dos cuestiones fundamentales para comprender el cambio que se ha producido, como vamos a ver al analizar de un lado la agresión sexual y, de otro, el abuso sexual. Respecto a la primera conducta deben tenerse muy cuenta los conceptos de violencia e intimidación y en cuanto a la segunda, el papel del consentimiento.

1. Agresiones sexuales

Como adelantábamos, la conducta típica prevista en el antiguo artículo 178 del Código penal era todo comportamiento lascivo, realizado con violencia o con intimidación atentatorio contra la libertad sexual (una cláusula genérica). Por su parte, el artículo 179 exigía una serie de comportamientos tasados: acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal, integrados en las agresiones sexuales cualificadas o violación.

Hasta la última reforma el concepto legal de agresión sexual giraba sobre dos elementos esenciales: la producción de un “atentado” contra la libertad sexual de otra persona, implicando el concepto de atentado la ausencia de consentimiento válido y eficaz del sujeto pasivo; y la utilización como medios específicos para la producción de dicho atentado, de violencia o intimidación. Este es el primer problema que surgía en la anterior regulación: delimitar que es una “atentado” contra la libertad sexual¹⁶.

Algunos entendieron que el “atentado contra la libertad sexual” exige ante todo un contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo¹⁷. La jurisprudencia, en cambio, ha marcado una postura diferente al afirmar que la agresión sexual del art. 178 no exige contacto físico con la víctima, bastando con que la someta a comportamientos sexuales no queridos usando los medios comisivos descritos en el tipo¹⁸. En esta línea, autores como SÁINZ-CANTERO han señalado que basta cualquier tipo de comportamiento, incluso sin tocamiento o

¹⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. (2021). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): Agresiones y abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años. En L. Morillas Cueva (dir.) *Sistema de Derecho Penal. Parte general* (pp. 261-300). Madrid: Dykinson.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, F. (2022). Delitos contra la libertad sexual. *Derecho penal: parte especial*. Valencia. Tirant lo Blanch, p. 228.

¹⁸ Véase Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) N.º 1397/2009, de 29 de diciembre. RJ 2010\432. Aranzadi; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) N.º 311/2020, de 15 de junio. RJ 2020\2461. Aranzadi.

contacto físico, siempre que se aprecien la “inequívoca significación sexual” de la conducta que se impone y que tenga cierta gravedad o trascendencia¹⁹.

Respecto al medio específico “la violencia”, puede caracterizarse en los mismos términos en que doctrina y jurisprudencia entendían la voz “fuerza”²⁰, usada en el antiguo delito de violación y caracterizada conforme a los siguientes elementos:

-Violencia equivale a fuerza física, a medios de acción material, que se proyectan y actúan sobre el cuerpo de la víctima.

- No tiene que ser irresistible o de gravedad inusitada, pero sí suficiente, adecuada para el logro del fin perseguido. Se mide, por tanto, por su idoneidad, por su eficacia, no por su cantidad.

-La violencia ha de ponderarse atendiendo al conjunto de circunstancias que rodean al hecho, tanto las concernientes a los sujetos, como las relativas al lugar, la ocasión, el entorno, etc.

-Entre la violencia y la acción sexual ejecutada ha de haber una conexión causal, de modo tal que pueda afirmarse que la segunda se ha producido como consecuencia de haberse utilizado la primera o que la violencia tiene un carácter funcional (ordenada de medio a fin).

-Y en cuanto a la resistencia de la víctima, se ha convenido en que no precisa ser desesperada. Es bastante con que sea real, verdadera, que exteriorice de forma inequívoca la voluntad opuesta al contacto sexual y no desaparece porque la víctima acepte lo inevitable para evitar males mayores²¹.

Y es esta, la resistencia de la víctima, una de las cuestiones más polémicas. Si bien la resistencia de la víctima no es un elemento del tipo, muchos lo han defendido así y, no siendo así, sí se ha recurrido a ella como un hecho indiciario²². Esto ha supuesto que si la norma exige violencia o intimidación y no solo la ausencia de consentimiento, el mero rechazo verbal o no verbal no bastaba para excluir el tipo.

2. Abusos sexuales

El capítulo II, Título VIII regulaba la segunda modalidad de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, describiendo el art. 181.1 CP la conducta típica del delito básico de abusos sexuales refiriéndose a “*El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona*”. Una descripción típica que adolece tradicionalmente de indeterminación e inseguridad jurídica como consecuencia de no ofrecer una definición legal de abuso sexual²³.

Estamos ante un delito de naturaleza sexual consistente en la imposición de la realización de una conducta sexual al sujeto pasivo sin “violencia o intimidación” y sin que medie su consentimiento. Aquí el consentimiento actuaba como causa de atipicidad. Ahora bien la expresión “sin que medie consentimiento” puede abarcar varios supuestos:

- a) Casos en que no hay consentimiento, porque la conducta se ha impuesto sin usar violencia o intimidación, obligando al sujeto a soportarla, haya manifestado o no su negativa.

¹⁹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. (2021). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Op. Cit. p 270.

²⁰ Véase a modo de ejemplo Sentencia del Tribunal Supremo N.º 380/2004 de 19 de marzo de 2004. RJ 2004/3413. Aranzadi. García Albero, R. (1996). Título VIII. En Quintero Olivares, G. (dir.) Comentarios al Nuevo Código Penal. Aranzadi. Cizur Menor. p. 877.

²¹ ORTS BERENGUER, E. (2019). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales. En J.L. González Cussac (coord.) Derecho penal parte especial, 6ª edición. Valencia. Tirant lo Blanch pp. 215-216.

²² GONZÁLEZ RUS, J.J. (2008). “¡No!, y basta (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales)”. En García Valdés, C., y otros (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II, Madrid: Edisofer, pp. 2011 ss.

²³ PÉREZ ALONSO, E. (2018). Delimitación entre los abusos sexuales graves y leves o de equívoco carácter sexual. En Morales Prats F., Tamarit Sumalla J.M., García Albero R.M. (coord.) *Represión penal y estado de derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Navarra: Aranzadi, p. 991.

- b) Los casos en que por mandato de la ley se entiende que no hay consentimiento (párrafo 2 del artículo 181).
- c) Aquellos en que media consentimiento del sujeto pasivo pero el mismo carece de validez por estar viciando al haberse utilizado el prevalimiento de una posición de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, engaño o abuso de una situación de confianza o autoridad sobre la víctima.

A diferencia de lo que acontece en las agresiones, la conducta no resulta impuesta, sino que el sujeto logra influir en el proceso de formación de la voluntad de la víctima de manera que aquella voluntad se conforme a sus deseos²⁴.

La prueba de la ausencia de consentimiento correspondía a la presunta víctima, llegando a declarar los Tribunales que “es indispensable que la ausencia de consentimiento sea captada por el autor”²⁵. Esa falta de consentimiento debía captarse no solo a través del “no” expresamente emitido, sino habiéndose admitido en ocasiones el silencio como una forma de comunicación en este contexto, con la “sordidez” y “crudeza” el silencio “puede ser interpretado como un rechazo”²⁶. El hecho de que no existan vías sencillas para probar la violencia o la intimidación determina que en muchas ocasiones se revictimice a la víctima pues la prueba sobre su falta de consentimiento se busca en su comportamiento, más que en el comportamiento del autor o en la objetividad de los hechos, en la medida en que si no se probaba la existencia de esos medios comisivos, entonces se aplicaba el delito de abuso sexual²⁷. Además, la falta de uniformidad judicial en los criterios interpretativos y en su aplicación al caso concreto pone de manifiesto una suerte de decisionismo judicial que genera inseguridad jurídica, indefensión y un trato discriminatorio, abonando el terreno de la arbitrariedad judicial²⁸. Y es que sobre las decisiones de los Tribunales inciden una serie de factores extralegales, ejemplo de ello es el efecto en la pena del impacto del delito sobre la víctima²⁹. Llegándose en ocasiones a requerir de la víctima una suerte de “perfección en su actuar” configurando lo que se ha conocido como víctima ideal, entendida como aquella que no ha intervenido en absoluto en el acto criminal y, por tanto, resulta amparada por la sociedad y el sistema penal, entrando en el *status* de victimidad³⁰.

En definitiva, la regulación de los delitos de agresiones y abusos sexuales antes de la reforma de 2022 giraba en torno a los conceptos de violencia, intimidación y prevalimiento, que desde un punto de vista teórico, abstraído de los casos que plantea la vida diaria, no son fáciles de concebir de forma separada en el sentido de que ya el mero hecho de llevar a cabo un acto sexual sin consentimiento de la víctima es de por sí un acto violento³¹. Puede, por tanto, colegirse que la distinción entre las figuras de la agresión y el abuso sexual resultaría diáfana, no siendo así en las agresiones en las que media la intimidación y el abuso sexual con

²⁴ RAMON RIBAS, E. (2003). El concepto de intimidación en los delitos de agresiones sexuales. Comentario de la STS 1396/1999, de octubre (RJ 1999, 7597). *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 10, p. 268.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo N.º 408/2007 (Sala de lo Penal, Sección Primera), de 3 de mayo de 2007. RJ 2007\4729. Aranzadi.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo N.º 344/2019 (Sala de lo Penal, Sección Primera), de 4 de julio de 2019. RJ 2019\3382. Aranzadi.

²⁷ ACALE SÁNCHEZ, M. (2019). Tratamiento penal de la violencia de género contra las mujeres: especial referencia a la violencia sexual. *Pensamiento Americano*, n.º 23, p. 81.

²⁸ PÉREZ ALONSO, E. (2019). Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abuso sexual. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, p. 9.

²⁹ TAMARIT SUMALLA J.M. (2022). Respuesta judicial a la agresión y al abuso sexual: relevancia de los factores legales y extralegales en las sentencia. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 38, p. 215.

³⁰ SÁNCHEZ RUBIO, B. (2022). La víctima ideal en los delitos de agresión y abuso sexual. ¿Es posible evitar la victimización secundaria? *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, n.º 38, p. 9.

³¹ ACALE SÁNCHEZ, M. (2021). La reforma del delito de agresiones sexuales: un apunte relevante en nuestra agenda política. En León Alapont (dir.) *Temas clave de derecho penal: presente y futuro de la política criminal en España*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, p. 75.

prevalimiento, cuya diferenciación es extremadamente compleja³². Es en el elemento “violencia”, donde se ha producido un cambio sustancial con la nueva LO 10/2022. Hasta septiembre de 2022, conforme al artículo 24.2 de la Constitución Española, que consagra el Derecho a la presunción de inocencia, correspondía probar la violencia y la oposición/resistencia a la acusación y la concurrencia de los elementos que integran el tipo debía hacerse en base a las pruebas practicadas en el acto del Juicio, a partir de los parámetros que según la jurisprudencia deben tenerse en cuenta a la hora de valorar el testimonio cuando sea la única prueba de cargo: La comprobación de la credibilidad subjetiva que exige el análisis de las características físicas o psíquicas del testigo, el análisis de su credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio y la persistencia en la incriminación³³. Fue precisamente, esta cuestión y la interpretación de la violencia y la resistencia que hizo la Audiencia Provincial de Navarra en el mediático caso de “La Manada”, el detonante de los movimientos sociales y, la consiguiente, presión sobre los poderes públicos, lo que llevaría al legislador a acometer el cambio legislativo. La propia sentencia dispone en su Fundamento Jurídico 3º que “no se aprecian indicadores que permitan considerar la existencia de interacción sexual entre denunciante y procesados, ni sincronía de movimientos que sugieran una actuación concertada, al contrario, aprecia una situación en la que es patente la ausencia de fuerza y vigor por la denunciante, que evoca una actitud de sometimiento y sumisión por parte de aquella, que muestra un rictus ausente, mantiene durante todo el tiempo los ojos cerrados, no realiza ningún gesto ni muestra ninguna actitud que impresione de toma de iniciativa respecto de actos de índole sexual, ni de interacción con los realizados por los procesados, apreciando el Tribunal que los soporta en un estado que le sugiere ausencia y embotamiento de sus facultades superiores”³⁴. Concluyó el Tribunal calificando los hechos como un delito de abuso sexual por no haber probado las acusaciones “el empleo de un medio físico para doblegar la voluntad de la denunciante, que con arreglo a la doctrina jurisprudencial implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros; es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la denunciante y obligarle a realizar actos de naturaleza sexual, integrando de este modo la violencia como elemento normativo del tipo de agresión sexual”³⁵.

El uso de la “fuerza” o intimidación por el autor fue sustituida en el Código Penal en la versión de 1995, en que se exigía que se atentare contra la libertad sexual de otra persona “con violencia o intimidación”. Se pasó de una concepción de la violación como una agresión sexual sin el consentimiento de la víctima (en los casos en los que ésta se encontraba en una situación en la que no le era posible consentir), a otra en la que lo determinante era la acción de “doblegar”. De esta forma, la agresión sexual agravada pasó a convertirse en un delito contra la libertad sexual violento que exigía como elementos objetivos la existencia de “violencia”³⁶.

V. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL TRAS LA APROBACIÓN DE LA LO 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual 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 diversos factores que las sitúa en una situación de discriminación. 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 coordinada³⁷. Intenta con

³² 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*, vol. 68, n.º 1, p. 530.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo N.º 527/2019 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 31 de octubre de 2019, Recurso 10366/2019, RJ 2019\5307. Aranzadi.

³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra N.º 38/2018 (Sección 2ª), de 20 de marzo de 2018. ARP 2018\149. Aranzadi.

³⁵ Fundamento jurídico 4º Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra N.º 38/2018 (Sección 2ª), de 20 de marzo de 2018. ARP 2018\149. Aranzadi.

³⁶ ACALE SÁNCHEZ, M. (2021). La reforma del delito de agresiones sexuales: un apunte relevante en nuestra agenda política. En León Alapont, J. (dir.) *Temas clave de derecho penal presente y futuro de la política criminal en España*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, pp. 70-71.

³⁷ Preámbulo de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

ello evitar la victimización primaria, así como la revictimización o victimización secundaria que sufren mayoritariamente “mujeres, niñas y niños”³⁸.

La disposición final cuarta modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, con la finalidad, dice el preámbulo, de cumplir con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul, lo que se ha considerado una falacia por algunos autores al entender que la regulación anterior ya cumplía con el mencionado instrumento internacional³⁹. Este cambio de perspectiva contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada «sumisión química» o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul, se introduce la circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos.

Nos interesa aquí, la equiparación de los delitos de agresión y abuso sexual en un mismo tipo penal, en el que la clave típica reside en el consentimiento, expresado mediante una fórmula en sentido positivo y tratando de abarcar en un tipo cualquier relación sexual no consentida⁴⁰. De esta manera, el reformulado artículo 178 del Código Penal, recoge en su apartado primero, que será agresión sexual cualquier acto que atente contra la libertad sexual de la víctima sin consentimiento, entendiéndose que éste media cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención de las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la víctima.

Según el apartado 2 del precepto “*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*”. Vuelve a hacer referencia a los conceptos de violencia, intimidación y abuso de situación de superioridad, pero como veremos de manera diferente.

La conducta típica de esta primera figura más genérica comprende todo ataque menos el consistente en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal, integrados en las agresiones sexuales cualificadas o violación (art. 179).

En cuanto al tipo objetivo, sujeto (activo y pasivo) de la agresión sexual tipificada en el art.178 puede serlo cualquier persona, tanto hombre, como mujer. Por tanto, caben agresiones sexuales de mujer sobre mujer, mujer sobre hombre, hombre sobre hombre y hombre sobre mujer. Sin embargo, se han señalado algunas puntualizaciones debido a las diferentes conductas tipificadas en los arts. 178 (genérica) y 179 (cualificada)⁴¹:

a) las agresiones sexuales básicas pueden ser cometidas por cualquier persona, pues se integran por comportamientos al alcance de todos;

b) las agresiones sexuales cualificadas, suscitan dudas, al menos en algunas de sus modalidades:

³⁸ 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 2021. *Revista Sistema Penal Crítico*, n.º 2, 155-179.

³⁹ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L. (2023). “La nueva configuración...” cit. p. 44.

⁴⁰ CUERDA ARNAU, M. L. (2018). Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado. En Faraldo Cabana, P. (dir.) *La Manada un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 113-114. Se opone a dar el mismo tratamiento a cualquier relación sexual in consentida.

⁴¹ Así lo ha precisado Orts Berenguer, E. (2022). Lección XI Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales. En González Cussac, J. L. (coord.) *Derecho Penal parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 228.

– las consistentes en introducción de objetos o miembros corporales, en realidad, no suscitan ninguna, pues, por su propia naturaleza, toda persona puede ser autora de las mismas;

– el acceso carnal por vía vaginal (el coito *stricto sensu*) es un acto realizado tanto por el hombre como por la mujer que copulan, por lo que autor puede ser un hombre o una mujer (debiendo, en este segundo caso, pertenecer el sujeto pasivo al sexo opuesto);

– el acceso carnal por vía anal o bucal resulta más problemático, pero como acceso carnal significa coito, y éste se produce mediante el acoplamiento de un hombre y una mujer o de dos hombres, según el tenor literal del precepto, parece viable sostener que en el sujeto activo tienen cabida el hombre y la mujer, puesto que ambos realizan el acceso carnal.

El artículo 178.1 se refiere a la realización del acto contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”. Estamos ante una construcción en positivo de cuándo se entiende que sí existe consentimiento. Se ha eliminado la referencia que en el antecedente legislativo se hacía a que ese consentimiento lo fuera por “actos exteriores, concluyentes e inequívocos”. Ahora basta con que la víctima exprese de manera clara su voluntad libremente “en atención a las circunstancias del caso”, entendiéndose que no existe libertad y por tanto no hay consentimiento –en ningún caso– conforme a lo dispuesto en el apartado segundo, cuando se emplee violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como cuando la persona se halle privada de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad. De esta forma no es ya la violencia la que revela la falta de consentimiento sino que es la falta de consentimiento la que define una relación sexual como violenta⁴².

Estas dos conductas se completan con el artículo 180 que contiene una serie de agravaciones específicas, que operan sobre las dos conductas anteriores, que no podrán ser tenidas en cuenta si ya lo han sido para apreciar el tipo básico, de lo contrario se vulneraría el principio *ne bis in idem*. El propio artículo hace hincapié sobre ello al disponer que:

“Serán castigadas con la pena de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a quince años para las del artículo 179 cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias, salvo que las mismas hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179:

- 1.^a Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
- 2.^a Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
- 3.^a Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181.
- 4.^a Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.
- 5.^a Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, o de una relación de superioridad con respecto a la víctima.
- 6.^a Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.
- 7.^a Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.

⁴² ACALE SÁNCHEZ, M. (2021). Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma. *IgualdadES*, n.º 5, p. 475.

En último lugar, la segunda gran modificación en torno al delito de agresión sexual viene determinada por la separación de las agresiones sexuales a menores de dieciséis años, pues la Ley modifica el Capítulo II del Título VIII del Libro II, ahora denominado “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”.

VI. EL PAPEL DEL CONSENTIMIENTO

Antes de la reforma llevada a cabo por la LO 10/2022, se anteponía la intensidad del ataque a la libertad de decisión de la víctima, lo que permitió que en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de marzo de 2018, se optara, ante la ausencia de violencia o intimidación, por la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de abusos sexuales con prevalimiento. Con la nueva regulación, será necesario probar la falta de consentimiento, lo que puede plantear problemas probatorios, “solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”. Quizás podría el legislador haberse ahorrado la palabra “libremente” puesto que el consentimiento viciado no sería consentimiento, pero su punto débil es, como posible inversión de la carga de la prueba, la exigencia de que el consentimiento se preste “de manera clara”⁴³.

La figura del consentimiento no está detallada expresamente en nuestro Ordenamiento jurídico-penal, sino que el legislador es el que, en los propios tipos, de forma expresa o tácita, determina el papel que juega la voluntad del titular del bien jurídico en cada caso. En sentido jurídico ha sido definido como el acto de disposición por parte del titular del bien jurídico protegido en el tipo delictivo, en virtud del cual aquél renuncia a la protección y, como consecuencia de ello, decae también el interés del Estado en la persecución penal⁴⁴. Hay quienes han visto en el consentimiento una renuncia a la protección jurídica que asiste a un bien⁴⁵. Debiendo entenderse referido a bienes jurídicos disponibles⁴⁶. En los delitos sexuales los jueces deberán valorar qué debe entenderse por consentimiento en una relación sexual (o más bien la falta de él, a fin de valorar la conducta típica), para lo que deberán acudir a lo dispuesto en el Convenio de Estambul, que sí define el término. La incorporación de esta redacción a la normativa penal garantizaría no sólo una adecuada aplicación de la norma, de acuerdo con los convenios y tratados internacionales, si no una mejora de las garantías tanto para la víctima como para la propia persona agresora. Y ello porque la prueba sobre si existió o no consentimiento sería relativa a si se cumplen o no los requisitos de dicha redacción⁴⁷.

Dicho esto, el consentimiento tiene diversas formas de operar: unas, excluyendo efectivamente la tipicidad, cuando la definición positiva del delito presupone como necesaria la voluntad adversa del sujeto pasivo, mientras que otras lo que destruye es la antijuricidad de la acción persistiendo, en cambio, la estructura típica del delito⁴⁸. La primera (causa de exclusión del tipo), se proyecta sobre tres pilares esenciales: a) la libertad de acción del que consiente como fundamento de la no tipicidad; b) con un consentimiento eficaz no tiene lugar el desvalor del resultado y con él el desvalor de la acción y el tipo delictivo; c) a contrario, la falta de ponderación de intereses como argumento contra una mera justificación, ésta, la justificación, se consolida en los principios de ponderación de intereses y de necesidad, mientras que en el consentimiento no se plantea ni un conflicto de intereses entre el que actúa y el que consienten ni la necesidad del hecho, por lo que, en principio, el

⁴³ MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (2022). El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual. *Diario La Ley*, n.º 10143. p. 1.

⁴⁴ CUELLO CONTRERAS, J., (2002). *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría jurídica del delito*. 3ª Ed., Universidad de Extremadura, Servicio de publicaciones: Dykinson, p. 723.

⁴⁵ WELZEL, H., (1976). *Derecho Penal Alemán*. 11ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 139.

⁴⁶ MEZGER, E. (1954). *Derecho penal. Parte general*. trad. 6ª ed. alemana por Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, p. 164.

⁴⁷ ESTEVE MALLENT, L. (2021). Consent in sexual attacks. Difference between sexual attacks and sexual abuse. *El Criminalista Digital*, 9, 20-37 Recuperado de: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/cridi/article/view/21636> (fecha de consulta: 21 de enero de 2023).

⁴⁸ QUINTANO RIPOLLES, A., (1950). Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 3, Fasc/Mes 2. p. 329.

consentimiento se muestra como un ente extraño en el sistema de las causas de justificación, más todavía en el Derecho penal español en el que aparecen claramente tasadas⁴⁹.

En este tipo delictivo, el legislador, de forma expresa incluye el consentimiento como causa de atipicidad pero, es la forma en que debe manifestarse el consentimiento, esto es “mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”, la que mayor polémica ha suscitado, llegando a afirmarse que la nueva regulación vulnera el derecho a la presunción de inocencia o, que se produce así una inversión de la carga de la prueba, el propio Anteproyecto establecía entre los objetivos de la Ley “reorientar el régimen de valoración de la prueba”, aunque finalmente prescindió de esta referencia en la ley aprobada⁵⁰.

El Consejo General del Poder Judicial expresó que la definición proyectada de consentimiento sexual resultaba innecesaria. Según este, la cuestión problemática que plantea el consentimiento no es conceptual (qué deba ser consentimiento), sino probatoria (cuándo existe o no consentimiento) y consideró que las eventuales dificultades procesales de acreditar la ausencia de consentimiento no pueden trasladarse al ámbito de la tipicidad, mediante la incorporación de una definición normativa de un elemento típico. Tal definición determina un aparente desplazamiento de la carga probatoria. Según el Consejo la definición del consentimiento proyectada parece configurar un elemento negativo del tipo cuyas distintas notas características (manifestación libre, actos exteriores, concluyentes e inequívocos y voluntad expresa de participar en el acto) deberían ser probadas por la defensa para excluir la tipicidad, alterándose de esta forma de modo sustancial las normas sobre la carga de la prueba en el proceso penal⁵¹.

Lo que ha venido a instaurar la reforma es el denominado “yes model”, modelo positivo o de afirmación del consentimiento, cuyas ventajas pasan por dejar claro que el silencio pasivo, sin actos que manifiesten claramente la voluntad de participar en el encuentro sexual, no puede interpretarse como consentimiento. Además de que, desde el punto de vista de la imputación subjetiva, resulta de esta forma más difícil apreciar error sobre el consentimiento y excluir el dolo, que implica dejar sin castigo la conducta, dada la falta de previsión de una modalidad imprudente⁵². De modo, que si lo trasladamos al caso real, como el reiterado caso de “La Manada”, la actitud pasiva de la víctima probada según el Tribunal hubiese bastado para apreciar el delito de agresión sexual, sin necesidad de tener que demostrar la existencia de violencia o intimidación. Si bien, hay que tener en cuenta que este cambio de paradigma ya se inició antes de la nueva LO, a diferencia de la anterior regulación, ya no se pide a la víctima que se resista de modo feroz ante la agresión, no se le pide que sea una heroína, se ha pasado de exigir un determinado grado de resistencia a una interpretación en la que era suficiente con “decir no”, lo que se ha venido a reforzar a través del movimiento feminista con el “solo sí es sí”, de modo que se evite extraer un consentimiento del mero silencio⁵³.

⁴⁹ MORILLAS CUEVA, L., (2013). Consentimiento y consentimiento presunto ¿dos formas de un mismo todo? En Álvarez García F. J., Cobos Gómez de Linares M. A., Gómez Pavón P., Manjón-Cabeza Olmeda A., Martínez Guerra A., Ramos Rodríguez L. (coord.) *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 138.

⁵⁰ Véase Anteproyecto de Ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Disponible en: <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/APLOGILSV2.pdf>

⁵¹ Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (2021). Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>

⁵² Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Disponible en: <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV03LO-20200902&lang=gl&fcAct=Fri%20Apr%2008%2010:04:53%20CEST%202022>

⁵³ VILLA SIEIRO, S.V. (2022). El tratamiento penal del abuso y la agresión sexual. En González Tascón M.M. (coord.) *Medidas penales frente a la victimización sexual de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual*, 1ª edic., Valencia: Tirant lo Blanch, p. 183.

VII. CONCLUSIONES

Estamos ante una materia comprometida, de difícil tratamiento por su especial sensibilidad y necesitada de la intervención del *ius puniendi* del Estado. Una intervención que no siempre ha sido coherente y es que, muchas veces los objetivos político-criminales difieren en mucho de los objetivos conseguidos.

La primera reflexión a la que este trabajo me lleva es en relación a la regulación existente antes de la LO 10/2022, y es que, incluso, sin la reforma del Código penal que acaba con la separación entre agresión y abuso sexual, carecía de sentido la interpretación que en algunas ocasiones han realizado los Tribunales de Justicia. Es el caso de la interpretación que en su momento hizo la Audiencia Provincial en el conocido caso de “La Manada”, porque difícilmente puede pensarse que no existiera intimidación en una situación en que una mujer está rodeada por cinco hombres, en un lugar en el que no puede acceder a ayuda y en la que queda probada su falta de iniciativa en la conducta sexual. Lo que hubiera impedido calificar los hechos de mero abuso sexual, con fundamento en la consolidada intimidación “ambiental” en la doctrina jurisprudencial.

A lo que debo añadir que es difícil que se produzca un atentado a la libertad sexual sin que concurra alguna forma de violencia o intimidación o que pueda llevarse a cabo con el consentimiento de la víctima. Tanto en las agresiones sexuales como en los abusos, se atenta contra la libertad sexual de la víctima y por mínima que sea debe estar presente la violencia o la intimidación. No puedo imaginar un atentado sexual sin el consentimiento de la víctima en que no haya violencia o intimidación, el propio atentado lleva intrínseca la violencia o la intimidación, otra cosa es el carácter y gravedad que revistan.

Sentada esta reflexión, la nueva Ley, aunque se torne poco reflexiva en algunos aspectos delictivos que no han sido objeto de análisis en este trabajo, con buenas intenciones tiene como finalidad evitar este tipo de situaciones, sobre la base de que la gravedad de la violación radica en ser un atentado a la libertad sexual forzado con otra persona, no el medio comisivo utilizado. La misma dirección han seguido diversos países, sumándose al Convenio de Estambul. Es el caso de las legislaciones de Suecia, Alemania, Reino Unido o Bélgica, que recogen la falta o ausencia de consentimiento como elemento definidor del delito sexual que nos ocupa, esto es, existe violación si no ha existido un consentimiento expreso verbal o gestual de la víctima, descartando el requisito de la existencia de violencia, amenazas o aprovechamiento de la indefensión para que un acto sea considerado violación.

Si bien es cierto, que ahora la dificultad radica en la prueba de ese consentimiento, ante la dificultad que supone determinar qué es un consentimiento manifestado de forma clara. No obstante, la dificultad probatoria también se daba con la regulación anterior, ante hechos que suelen producirse en lugares ocultos que obligan a que descansa la prueba en la testifical de la víctima. Para ello deberán concurrir los criterios que ya son sólidos en la jurisprudencia sobre la testifical de la víctima: La comprobación de la credibilidad subjetiva que exige el análisis de las características físicas o psíquicas del testigo, el análisis de su credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio y la persistencia en la incriminación.

Respecto a qué parte debe probar si hay un consentimiento claro, debemos tener en cuenta el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el art. 24 de la CE, implica, entre otras consecuencias, que toda persona debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la ley, culpabilidad que debe establecerse más allá de toda duda razonable, correspondiendo a las partes acusadoras probar los hechos constitutivos de la pretensión penal. Conforme a este Derecho, no puede ser de otra forma, seguirán siendo las partes acusadoras las que tienen la carga de probar el hecho punible, de lo contrario sí se estaría vulnerando la presunción de inocencia. Le corresponderá, por tanto, a la parte acusadora probar el hecho constitutivo de delito, es decir, que hubo actos de contenido sexual entre el acusado y la víctima, y que dichos actos tuvieron lugar sin el consentimiento de la víctima, entendiéndose, conforme al nuevo art. 178.1º CP, que el consentimiento no existe cuando se prueba que la víctima no había manifestado su consentimiento “libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona” de participar en la actividad sexual. No hay desplazamiento de la carga probatoria ni inversión de la carga de la prueba. Son las partes acusadoras las que tienen que probar que la víctima no consintió la actividad sexual y que no hubo hechos o actos que implicaran, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, un consentimiento

libre y claro de la misma. A lo que hay que añadir que el testimonio de la víctima no solo ha de ser creíble, sino también ha de resultar fiable, extremo que también deberá demostrar la acusación⁵⁴.

En definitiva, lejos de los problemas penológicos que la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual ha supuesto, que están en boca de todos y que no son el objeto de este estudio, se puede extraer una seria de conclusiones positivas de la ya consagrada como Ley del “solo sí es sí”: En primer lugar, la nueva regulación no supone una inversión de la carga de la prueba, como decíamos supra la víctima ahora tendrá que probar que no hubo un “Sí”. En segundo lugar, estimo muy positiva la eliminación de la violencia o la intimidación como elementos del tipo que obligaban a la víctima a demostrar la oposición de cierta resistencia, evitando así la revictimización que conllevaba en muchos casos la anterior regulación.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M. (2019). Tratamiento penal de la violencia de género contra las mujeres: especial referencia a la violencia sexual. *Pensamiento Americano*, n.º 23.
- ACALE SÁNCHEZ, M. (2021). La reforma del delito de agresiones sexuales: un apunte relevante en nuestra agenda política. En León Alapont (dir.) *Temas clave de derecho penal: presente y futuro de la política criminal en España*. J.M. Bosch Editor: Barcelona.
- ACALE SÁNCHEZ, M. (2021). Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma. *IgualdadES*, n.º 5.
- 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 2021. *Revista Sistema Penal Crítico*, n.º 2.
- ACALE SÁNCHEZ, M. (2022). Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa. En Espinosa Ceballos, E.M. y Esquinas Valverde, P. (dir.) *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuesta de reforma*, Navarra: Aranzadi.
- 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*, vol. 68, n.º 1.
- BODELÓN, E. (2012). *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Buenos Aires: Didot.
- CUELLO CONTRERAS, J., (2002). *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría jurídica del delito*. 3ª Ed., Universidad de Extremadura, Servicio de publicaciones: Dykinson.
- CUERDA ARNAU, M. L. (2018). Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado. En Faraldo Cabana, P. (dir.) *La Manada un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ RIPOLLÉS J.L. (2000). El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Anuario de Derecho Penal*, n.º 1999-2000.
- ESTEVE MALLENT, L. (2021). Consent in sexual attacks. Difference between sexual attacks and sexual abuse. *El Criminalista Digital*, 9.
- GARCÍA ALBERO, R. (1996). Título VIII. En Quintero Olivares, G. (dir.) *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Navarra: Aranzadi. Cizur Menor.
- GONZÁLEZ RUS, J.J., (2008). “¡No!, y basta (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales)”, en García Valdés, C., y otros (Coords.), *Estudios penales en homenaje*

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 671/2021, de 9 de septiembre. RJ 2021\4428. Aranzadi; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 487/2022, de 18 de mayo. RJ 2022\2694. Aranzadi.

- a Enrique Gimbernat. Tomo II, Madrid: Edisofer, 2008.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (2022). El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual. *Diario La Ley*, núm. 10143.
- MEZGER, E. (1954). Derecho penal. Parte general. trad. 6º ed. alemana por Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- MONJE FERNÁNDEZ, A. (2019). *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Barcelona: Bosch.
- MONJE FERNÁNDEZ, A. (2019). Lección 11.ª Delitos sexuales. En Polaino Navarrete M. (dir.) *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. 2ª edic., Madrid: Tecnos.
- MORILLAS CUEVA, L., (2013). Consentimiento y consentimiento presunto ¿dos formas de un mismo todo? En Álvarez García F. J., Cobos Gómez de Linares M. A., Gómez Pavón P., Manjón-Cabeza Olmeda A., Martínez Guerra A., Ramos Rodríguez L. (coord.) *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L. (2023). La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley Orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid: Dykinson.
- MUÑOZ CONDE, F. (1989). Los delitos contra la libertad sexual. *Estudios penales y criminológicos*, n.º 13.
- MUÑOZ CONDE, F. (2022). Delitos contra la libertad sexual. *Derecho penal: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, E. (2019). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales. En J.L. González Cussac (coord.) *Derecho penal parte especial*, 6ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, E. (2022). Lección XI Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales. En González Cussac. J. L. (coord.) *Derecho Penal parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ ALONSO, E. (2018). Delimitación entre los abusos sexuales graves y leves o de equívoco carácter sexual. En Morales Prats F., Tamarit Sumalla J.M., García Alberó R.M. (coord.) *Represión penal y estado de derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Navarra: Aranzadi.
- PÉREZ ALONSO, E. (2019). Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abuso sexual. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3.
- PÉREZ DEL VALLE, C. (2022). La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma. *Diario La Ley*, n.º 10045.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., (1950). Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 3, Fasc/Mes 2.
- RAMON RIBAS, E. (2003), El concepto de intimidación en los delitos de agresiones sexuales. Comentario de la STS 1396/1999, de octubre (RJ 1999, 7597). *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 10.
- SÁNCHEZ-RUBIO, B. (2021). Incidencia de la cultura online en la violencia sexual. En Cristóbal Torres Fernández y otros (Ed.), *Libro de Actas del II Congreso Internacional de Diversidad Sexual y Género en la Educación, la Filología y las Artes*, Madrid: Dykison.
- SÁNCHEZ RUBIO, B. (2022). La víctima ideal en los delitos de agresión y abuso sexual. ¿Es posible evitar la victimización secundaria? *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, n.º 38.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. (2021). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): Agresiones y abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años. En L. Morillas Cueva (dir.)

Sistema de Derecho Penal. Parte general. Madrid: Dykinson.

Tamarit Sumalla J.M. (2022). Respuesta judicial a la agresión y al abuso sexual: relevancia de los factores legales y extralegales en las sentencia. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 38.

VILLA SIEIRO, S.V. (2022). El tratamiento penal del abuso y la agresión sexual. En González Tascón M.M. (coord.) *Medidas penales frente a la victimización sexual de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual*, 1ª edic., Valencia: Tirant lo Blanch.

WELZEL, H., (1976). *Derecho Penal Alemán*. 11º edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

OTRAS FUENTES

Anteproyecto de Ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Disponible en: <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/APLOGILSV2.pdf>

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. BOE-A-2014-5947.

Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (2021). Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPI/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>

Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. BOE-A-1989-14247.

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, BOE-A-2022-14630.

Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Disponible en: <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV03L0-20200902&lang=gl&fcAct=Fri%20Apr%2008%2010:04:53%20CEST%202022>

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo N.º 380/2004 de 19 de marzo de 2004. RJ 2004/3413. Aranzadi.

Sentencia del Tribunal Supremo N.º 408/2007 (Sala de lo Penal, Sección Primera), de 3 de mayo de 2007. RJ 2007\4729. Aranzadi.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) N.º 1397/2009, de 29 de diciembre. RJ 2010\432. Aranzadi.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra N.º 38/2018 (Sección 2ª), de 20 de marzo de 2018. ARP 2018\149. Aranzadi.

Sentencia del Tribunal Supremo N.º 344/2019 (Sala de lo Penal, Sección Primera), de 4 de julio de 2019. RJ 2019\3382. Aranzadi.

Sentencia del Tribunal Supremo N.º 527/2019 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 31 de octubre de 2019, Recurso 10366/2019, RJ 2019\5307. Aranzadi.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) N.º 311/2020, de 15 de junio. RJ 2020\2461. Aranzadi.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 671/2021, de 9 de septiembre. RJ 2021\4428. Aranzadi.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 487/2022, de 18 de mayo. RJ 2022\2694.

Aranzadi.