
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Martínez Concha, Samuel; Cuenca García, Ma. José; Rodriguez Puerta, Ma. José. *Pasado, presente y futuro de los delitos contra la libertad sexual : análisis crítico del 'Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual'*. 2021. 96 pag. (1284 Grau en Criminología i Grau en Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/244274>

under the terms of the  license



PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Análisis crítico del ‘Anteproyecto de Ley Orgánica
de Garantía Integral de la Libertad Sexual’

Trabajo Final de Grado

Curso 2020-21

Grado de Derecho

Alumno: Samuel Martínez Concha

Tutoras: Dra. María José Cuenca García y Dra. María
José Rodríguez Puerta

Fecha de entrega: 14 de mayo de 2021

*A mi abuelo, Agustín, y mi abuela, Charo, por transmitirme
los valores del esfuerzo, la humildad y la familia.*

*A mi padre y mis hermanos, por aceptarme sin condiciones
y apoyarme en cada paso que doy.*

*A Javier, por recorrer juntos este largo camino, pero, sobre
todo, por su amor.*

*Y, en especial, a mi madre, la mujer de mi vida, por su sacrificio y
su amor incondicional. Espero que estés orgullosa de mí.*

RESUMEN

En el marco de la legislación penal, uno de los sectores que ha experimentado mayores cambios ha sido precisamente el de los delitos sexuales. Son muchas las reformas a la que se ha visto sometida esta parcela del Derecho Penal, como se detalla en este trabajo, pero todavía parece estar pendiente la más importante: la prevista en el ‘Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual’. El presente estudio persigue examinar, críticamente, los aspectos esenciales incorporados en esa proyectada reforma penal. Para ello, ofrezco al lector, previamente, un análisis de las modificaciones legales sufridas por los delitos contra la libertad sexual, desde la Ley Orgánica 3/1989 hasta la reciente Ley Orgánica 1/2015. A partir de esa información y del análisis de las conductas que integran el delito de ‘agresión sexual’ en la propuesta de reforma, realizo algunas reflexiones y propuestas de futuro.

Palabras clave: delitos sexuales, Código Penal, libertad sexual, agresión sexual, violación, consentimiento, reforma penal.

ABSTRACT

Within the framework of criminal law, one of the sectors that has undergone the greatest changes has been precisely that of sexual offences. There are many reforms to which this section of Criminal Law has been subjected, as detailed in this work, but the most important one still seems to be pending: the one provided for in the 'Draft Organic Law for the Comprehensive Guarantee of Sexual Freedom'. This study seeks to critically examine the essential aspects incorporated in that projected criminal reform. To do this, I offer the reader, previously, an analysis of the legal modifications suffered by crimes against sexual freedom, from the Organic Law 3/1989 to the recent Organic Law 1/2015. Based on this information and the analysis of the behaviors that make up the crime of 'sexual assault' in the reform proposal, I make some reflections and proposals for the future.

Keywords: sexual offences, Criminal Code, sexual freedom, sexual assault, rape, consent, criminal reform.

ABREVIATURAS

APLO	Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual
Art. / Arts.	Artículo / Artículos
CE	Constitución Español
cit.	Citado
Cfr.	“Compárese con”
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
ed.	Edición
etc.	Etcétera
Fasc.	Fascículo
FJ	Fundamento jurídico
Ibid.	“En el mismo lugar”
LO	Ley Orgánica
núm.	Número
PANCP	Propuesta de Anteproyecto de Código Penal
p.ej.	Por ejemplo
pg. / pgs.	Página / Páginas
PLOCP	Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal
sic.	“Así”
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
t.	Tomo
TS	Tribunal Supremo
Vid.	“Véase”
Vol.	Volumen

ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN	5
II.- EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.....	7
1.- Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal	8
2.- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	13
3.- Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.....	23
4.- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	30
5.- 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	33
6.- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	36
III.- ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL.....	39
1.- Rúbrica del Título VIII del Libro II del Código Penal	41
2.- Unificación de los delitos contra la libertad sexual: el nuevo delito de ‘agresión sexual’	44
3.- Tipo atenuado en atención a la menor entidad del hecho	60
4.- Definición normativa del consentimiento.....	62
5.- El nuevo delito de ‘violación’	71
6.- Circunstancias de agravación.....	75
7.- Modalidad imprudente de comisión del delito	84
IV.- CONCLUSIONES	86
V.- BIBLIOGRAFÍA	89

I.- INTRODUCCIÓN.

Los continuos cambios que inevitablemente sufren las sociedades con el paso del tiempo tienen como consecuencia que el ordenamiento jurídico se encuentre sometido a un proceso constante de revisión. De este modo, el legislador debe enfrentarse a la ardua tarea de adaptar el Derecho a la realidad social vigente en cada momento, haciendo que el cambio experimentado por la sociedad (el ‘cambio social’) se vea acompañado de la correspondiente transformación legislativa.

Esta reforma de la legislación para adaptarla a las necesidades sociales de cada momento es una necesidad que se expande a todas las ramas del Derecho y que, por tanto, alcanza también, y especialmente, al Derecho Penal. Muestra de ello son los diferentes Códigos Penales que se han ido sucediendo en el tiempo desde el siglo XIX y que son el resultado del clima político, la ideología y las concepciones morales propias del momento de su aprobación.

En el ámbito de la legislación penal, sin embargo, parece fuera de toda duda que uno de los sectores que ha estado sometido a mayores reformas ha sido precisamente el de los delitos contra la libertad sexual. Como acertadamente señala Cancio Meliá, las modificaciones que ha sufrido este grupo de infracciones “alcanzan un número, profundidad y rapidez especialmente marcados en el caso del ordenamiento jurídico-penal español, hasta el punto de que puede afirmarse que han estado sometidas en los últimos años a una verdadera cascada de cambios”¹, lo que ha puesto de manifiesto la ausencia de una política criminal coherente en la regulación de estos delitos.

Siendo ello así, el tema parece no cerrarse; siguen proponiéndose reformas y generándose debates sociales y jurídicos en torno a los delitos sexuales. Muestra de ello es la aprobación en marzo de 2020 por el Consejo de Ministros del borrador del ‘Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual’, que tras pasar por la fase de audiencia e información pública y ser sometido a la

¹ Vid. CANCIO MELIÁ, Manuel, “Una reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en *La Ley Penal*, núm. 80, 2011, pg. 1.

evaluación de diferentes órganos consultivos, se encuentra actualmente a la espera de su aprobación como Proyecto de Ley.

A diferencia de las reformas anteriores, en las que se procedió a “retocar” o solventar lagunas o algunos problemas concretos que planteaban estos delitos, el Anteproyecto pretende llevar a cabo un abordaje holístico e integral del tema. A decir de muchos, pretende llevar a cabo una reforma de calado y global de los delitos contra la libertad sexual.

Ante este nuevo reto, resulta necesario llevar a cabo, y ese es el objetivo último de mi trabajo, un análisis, desde una perspectiva crítica, de la reforma propuesta. Si bien, considero que, para poder entender hacia dónde nos dirigimos, es necesario conocer previamente de dónde venimos.

Con este objetivo, he realizado, en primer lugar, un estudio de las reformas llevadas a cabo en materia de libertad sexual, identificando las novedades introducidas y poniendo de manifiesto sus posibles aciertos y errores. Mi análisis parte de la Ley 3/1989 como primer precedente de lo que sería una “nueva forma de abordar estos delitos”. A continuación, he examinado la regulación contenida en el Código Penal de 1995, que rompe con el modelo anterior e impone un nuevo esquema regulativo, así como las posteriores reformas al mismo, concretamente las introducidas por las Leyes Orgánicas 11/1999, 15/2003, 5/2010 y 1/2015.

En segundo lugar, una vez expuesta la evolución normativa, he entrado a analizar en profundidad los cambios que el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual pretende introducir en la regulación de los delitos sexuales, poniendo de manifiesto los debates que podrían generarse, así como los aciertos y errores en los que, a mi juicio, puede incurrir la propuesta de regulación.

Finalmente, considero importante señalar que en el presente trabajo solo se tomarán en consideración los delitos contra la libertad sexual de adultos, concretamente los tipos penales de agresión y abuso sexual, dejando de lado por tanto las cuestiones relativas a los delitos contra la indemnidad sexual de menores y también otros delitos relacionados, como, p.ej., el acoso sexual, todo ello sin perjuicio de las posibles referencias que resulte necesario realizar a estas materias.

II.- EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.

En el marco de la legislación penal española, uno de los sectores que se ha visto sometido a mayores modificaciones en los últimos años es, sin duda, el de los delitos contra la libertad sexual. Este sinfín de reformas penales, no obstante, es una consecuencia lógica de la evolución social que se ha ido produciendo con el paso del tiempo en este ámbito. Como señala Lamarca, posiblemente “en pocos capítulos del Derecho Penal el legislador se haya mostrado más atento a los cambios de mentalidad y de costumbres sociales como en este de la sexualidad”².

Un claro ejemplo de ello lo encontramos en las primeras reformas que se produjeron durante la Transición española a la Democracia, que, con el objetivo de adaptar la legislación penal a la realidad social del momento, abordaron como tarea principal, antes incluso de que se aprobara la propia Constitución, la reforma de los delitos de carácter sexual³. En este sentido, los denominados ‘Pactos de la Moncloa’ dieron lugar, entre otras, a la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento, y la Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto.

No obstante, con posterioridad a estas reformas de urgencia, y pese a la entrada en vigor de la Constitución, que como es lógico supuso un antes y un después, no se produjeron importantes modificaciones en la regulación de los delitos sexuales⁴. Es cierto que desde 1980 vieron la luz varios proyectos de Código Penal, pero ninguno de ellos consiguió ser finalmente aprobado⁵.

² Vid. LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal”, en *Jueces para la democracia*, núm. 27, 1996, pg. 50.

³ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual: Algunas reflexiones sobre el caso ‘La Manada’”, en *Revista Criminalia Nueva Época*, vol. 86, núm. 1, 2020, pg. 223.

⁴ A tal efecto, pueden señalarse la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, que modificó los delitos de prostitución, y la Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, que reformuló los antiguos delitos de escándalo público.

⁵ Concretamente, estamos hablando del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 (en adelante, PLOCOP de 1980) y de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 (en adelante, PANCP de 1983).

Por el contrario, no fue hasta finales de los años ochenta, con la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, cuando se produjo una reforma que transformó de manera transcendental, y de un modo que perdura hasta nuestros días, el modo en que el Código Penal venía concibiendo los delitos sexuales, motivo por el cual dicha Ley ha de tomarse como punto de partida en el análisis de la evolución normativa de los delitos contra la libertad sexual.

1.- Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

La primera gran novedad que introduce la LO 3/1989, y posiblemente la más importante, consiste en la **modificación de la rúbrica del Título IX** del Libro II del Código Penal de 1973, que hasta ese momento sancionaba los delitos sexuales bajo la denominación “*De los delitos contra la honestidad*” y que tras la reforma pasa a denominarse “*Delitos contra la libertad sexual*”⁶, respetando así la idea de que “las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos”⁷.

En este sentido, hay que tener cuenta que en el campo de los delitos sexuales han existido diversas posturas acerca de cuál habría de ser el valor que el ordenamiento jurídico debe proteger. De este modo, una doctrina minoritaria, partidaria de una concepción ético-social, venía refiriéndose a cuestiones tales como ‘el pudor’, ‘la honestidad’, ‘el honor sexual’, elementos todos ellos dotados de una enorme ambigüedad y variabilidad intersubjetiva⁸. Frente a ella, la doctrina mayoritaria consideraba que, en realidad, el bien jurídico protegido en los delitos sexuales debía ser la libertad sexual, adoptando así una concepción jurídico-individual⁹.

Con la reforma de la LO 3/1989, por lo tanto, el legislador se hace eco del reclamo, no solo de la posición doctrinal mayoritaria, sino también del conjunto de la

⁶ Señalar que esta modificación de la rúbrica del entonces Título IX del Código Penal aparecía ya contemplada tanto en el PLOCOP de 1980, como en la PANCP de 1983.

⁷ Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, “El delito de violación: la conducta típica”, en *ADPCP*, t. XLII, fasc. II, mayo-agosto, 1989, pg. 587.

⁸ Cfr. SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos, *El Delito de Agresiones Sexuales Asociadas a la Violación*, Pamplona, 1995, pg. 33.

⁹ La libertad sexual como bien jurídico protegido ha sido interpretada por la doctrina tanto desde una concepción positiva o dinámica, entendiendo que lo que se protege es la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad (esto es, la libre disponibilidad del propio cuerpo), como desde una concepción negativa o estática, según la cual lo que se protege en realidad es el derecho a no sufrir injerencias indeseadas en la propia sexualidad.

sociedad, pasando a concebir los delitos sexuales como delitos cuyo bien jurídico protegido no es “el vago y moralizante concepto de ‘honestidad’, sino la libertad de una persona para decidir su comportamiento en el ámbito de las relaciones sexuales”¹⁰, por lo que toda referencia a la honestidad pasa a quedar fuera de lugar.

Es importante señalar que este cambio de concepción en torno al bien jurídico protegido en los delitos sexuales no solo supuso una modificación de la rúbrica del Código Penal, sino que, al contrario, trajo consigo importantes consecuencias, especialmente una ampliación del ámbito de protección. En este sentido, la consideración de la honestidad como bien jurídico protegido dejaba fuera de protección ciertas categorías de personas, como, por ejemplo, la prostituta o la mujer casada.

Por lo que respecta al primer supuesto, un sector de la doctrina entendía que, en la medida en que la violación constituía un delito contra la honestidad, si la mujer no era honesta (como se consideraba en el caso de la prostituta) no podía ser sujeto pasivo del delito de violación y, en definitiva, solo quedaría la posibilidad de un presunto delito de coacciones¹¹. En términos parecidos, se consideraba que el yacimiento carnal entre esposos no podía ser constitutivo de delito, pues, aunque es cierto “que el marido que acude a la violencia o a la intimidación ataca la libertad sexual de la mujer (...) no lo hace mediante una acción deshonesta”¹², dado que el yacimiento matrimonial nunca puede ser deshonesto. Con la reforma de 1989, por tanto, estas interpretaciones dejan de tener sustento y el CP pasa a castigar todo ataque contra la libertad sexual de la persona, independientemente de su edad, estado civil, conducta o estilo de vida¹³.

¹⁰ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, *La vinculación del juez a la ley...*, cit., pg. 224.

¹¹ Conviene señalar que, para un sector de la doctrina y la jurisprudencia, la referencia del Título IX a la honestidad no implica que este sea el bien jurídico protegido, sino que los hechos allí tipificados se cometen mediante acciones deshonestas, inmorales. En este sentido, señala Gimbernat, “nada se opone a considerar violación el yacimiento violento o intimidatorio con una prostituta”. Vid. GIMEBERNAT ORDEIG, Enrique, “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violencia intimidatoria”, en *Estudios de Derecho Penal*, 3^a ed., Madrid, 1990, pg. 507.

¹² Ibid., pg. 509.

¹³ En este sentido, la STS 11461/1991, de 13 de septiembre, afirma, en relación con el delito de violación, que “el bien jurídico protegido es la libertad sexual con lo que quedan absolutamente superadas todas las dificultades que en otros tiempos, cuando se incluía la infracción penal entre

Por otro lado, en lo que respecta a los tipos penales previstos en el Código Penal anterior, otra de las grandes novedades de la LO 3/1989 fue la **ampliación del delito de violación**, que pasa a incluir, además de la penetración vaginal, el acceso carnal por vía anal y/u oral.

En este sentido, previamente a la reforma, el art. 429 CP 1973 definía la violación como el ‘yacimiento con una mujer’, cuando se hubiera empleado para ello fuerza o intimidación, la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa, o fuere menor de doce años cumplidos. Como señala Muñoz Conde¹⁴, y así lo ha venido interpretando unánimemente la jurisprudencia y doctrina, tanto del sentido literal del término ‘yacer’ como de la referencia expresa al sujeto pasivo femenino, se deduce que el delito de violación quedaba reducido únicamente al coito heterosexual vaginal, quedando excluido del mismo por lo tanto el coito anal (tanto heterosexual como homosexual), que era castigado por la vía del entonces delito de ‘abusos deshonestos’ (art. 430 CP 1973).

Esta regulación, no obstante, fue duramente criticada por su carácter discriminatorio y porque desde el punto de vista social ambas modalidades de penetración (e incluso la bucal de forma más distante) eran consideradas prácticamente idénticas y catalogadas como ‘violación’. Como consecuencia de ello, por tanto, la LO 3/1989 amplía la acción típica del delito y castiga como violación el acceso carnal con otra persona por vía vaginal, anal o bucal¹⁵. Hay que tener en cuenta, además, que esta equiparación implica a su vez la inclusión del hombre como sujeto pasivo del delito de violación, categoría que hasta entonces estaba reservada de forma exclusiva a la mujer¹⁶.

los llamados delitos contra la honestidad, se presentaban respecto de las mujeres que se dedicaban a la prostitución y a las casadas respecto de los maridos” (FJ 1º).

¹⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal: Parte especial*, 7^a ed., Valencia, 1988, citado por ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, *El delito de violación...*, cit., pg. 579.

¹⁵ Concretamente, el artículo 429 del Código Penal pasa a establecer lo siguiente: “*La violación será castigada con la pena de reclusión menor. Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes: 1. Cuando se usare fuerza o intimidación. 2. Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación. 3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.”*

¹⁶ En lo que respecta al sujeto activo del delito, tanto la doctrina como la jurisprudencia venía entendiendo que podían serlo tanto el hombre como la mujer, por cuanto, si bien es cierto que se requiere la presencia del órgano sexual masculino, la conducta típica requiere el acoplamiento de

Considero conveniente señalar, no obstante, que la posición doctrinaria al respecto no era homogénea, sino que, al contrario, podían identificarse dos posiciones: quienes consideraban que el acceso carnal por vía anal debía equiparse al vaginal y por tanto ser tipificado y penado junto con la violación clásica¹⁷, y quienes, al contrario, consideraban que esta conducta debía configurarse como un tipo intermedio entre la violación y el abuso deshonesto, con una pena también intermedia¹⁸, postura que Alonso justifica, por ejemplo, en el posible riesgo de embarazo que comporta el yacimiento heterosexual vaginal¹⁹. Asimismo, gran parte de la doctrina rechazaba la “ampliación de la violación hasta el coito oral por sus diferencias materiales y valorativas respecto del coito vaginal y anal”²⁰, considerándolo más bien una manifestación de abuso sexual. A pesar de todo ello, no obstante, el legislador, como hemos podido observar, decidió equiparar todas estas conductas y castigar como violación el acceso carnal tanto por vía vaginal, como anal o bucal, equiparación que perdura hasta el día de hoy.

Asimismo, de manera subsidiaria al delito de violación, la reforma de 1989 pasa a castigar en el art. 430 del Código Penal como **f g n k v q " f g " ÷ cualquier u k » p " u g z v** otra conducta no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresadas (esto es, fuerza o intimidación, hallarse la persona privada de sentido o abusar de su enajenación, o ser la víctima menor de doce años).

Hay que tener en cuenta que la conducta típica se encontraba ya recogida en el Código Penal anterior de forma previa a la reforma, si bien recibía el nombre de ‘abusos deshonestos’ (*nomen iuris* presente desde el CP de 1848). No obstante, en la medida en que el bien jurídico tutelado deja de ser la honestidad y pasa a protegerse la libertad sexual de la persona, se hace necesario eliminar toda

los órganos sexuales, lo que comprende, no solo la acción de penetrar, sino también la de ‘hacerse penetrar’.

¹⁷ Vid. en este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Las últimas reformas en el Derecho penal sexual”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, pg. 55.

¹⁸ Esta segunda postura podemos observarla tanto en el PLOCOP de 1980, como en la PANCP de 1983.

¹⁹ Cfr. ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, *El delito de violación...*, cit., pg. 583.

²⁰ Ibid., pg. 580. Vid. en este sentido, también, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Las últimas reformas...*, cit., pgs. 55 y 56.

referencia al honor y buscar una nueva denominación. De este modo, el legislador pasa a calificar como ‘agresión sexual’ toda conducta que atente contra la libertad sexual, no constitutiva de violación, y que reúna las circunstancias expresadas en el art. 429 CP²¹.

Conviene destacar, no obstante, que la denominación acuñada por el legislador fue criticada por un sector importante de la doctrina, que, si bien consideraba acertada y necesaria la eliminación de la referencia a la honestidad en el tipo penal, sin embargo, consideró incorrecto el uso del término ‘agresión’, dado que la violencia no caracteriza a todas las posibles modalidades comisivas del delito²². En este sentido, por ejemplo, Alonso considera preferible la expresión “abusos sexuales”²³ en la medida en que el art. 430 CP se refiere, en relación con la conducta típica, a la realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo anterior, las cuales no siempre implican una conducta violenta (p.ej. que la víctima se hallare privada de sentido)²⁴.

Por último, es importante destacar que, junto al cambio de *nombres iuris*, la LO 3/1989 introdujo también un **tipo cualificado de agresión sexual** con el objetivo de “dar una mejor respuesta punitiva a determinados actos de naturaleza sexual que, sin llegar a constituir propiamente el delito de violación -lo cual imposibilita su calificación como tal-, eran no obstante, portadores de un contenido de injusto”²⁵ que se expandía más allá de los límites de la simple agresión sexual. De este modo, el art. 430 del Código Penal pasa a castigar de manera agravada aquellos supuestos en los que la agresión “consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios”.

²¹ En consonancia con ello, se modifica la rúbrica del Capítulo Primero del Título IX, que hasta entonces venía denominándose “De la violación y de los abusos deshonestos” y que pasa a denominarse “De la violación y de las agresiones sexuales”.

²² Cfr. SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos, *El Delito de Agresiones Sexuales...*, cit., pg. 65.

²³ Cfr. ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, *El delito de violación...*, cit., pg. 588.

²⁴ En este sentido, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Actualización del Código Penal contemplaba la expresión ‘abusos sexuales’, si bien ésta fue finalmente sustituida por la de ‘agresiones sexuales’.

²⁵ Vid. SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos, *El Delito de Agresiones Sexuales...*, cit., pg. 101.

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

Pese a la indudable relevancia de la Ley Orgánica 3/1989 y de las modificaciones que introdujo, ésta ha sido frecuentemente considerada por la doctrina como un mero parche que atrasó aún más el deber del legislador de promulgar un nuevo Código Penal adaptado a la conciencia social del momento y a los valores y principios instaurados por la Constitución. No obstante, este objetivo se cumpliría tan solo seis años más tarde con la aprobación del Código Penal de 1995, cuya vigencia perdura hasta la actualidad.

La llegada del denominado Código Penal de la Democracia introduce importantes novedades en la configuración de los delitos sexuales con respecto a la regulación anterior, a través de las cuales se asienta de manera definitiva la idea de que “el Código penal debe proteger ante todo la libertad de decisión en el ámbito de la esfera sexual y no una determinada concepción moral acerca de la sexualidad en sí”²⁶. No obstante, la regulación introducida por el nuevo CP ha sido criticada por un sector de la doctrina, por considerar que la Ley adolece de importantes deficiencias de técnica legislativa, que complican de manera innecesaria el marco legal y lo dotan de una profunda confusión, además de incurrir en tensiones con principios rectores de política criminal como el principio de proporcionalidad o *non bis in idem*²⁷. Consecuencia de ello son las numerosas reformas a las que, como veremos, se ha visto sometido el Código desde su entrada en vigor.

En lo que respecta a la regulación de los delitos contra la libertad sexual, la principal novedad introducida por el Código Penal (y que perdura hasta la actualidad) consiste en la diferenciación del delito en función del modo de ejecución de la conducta. De este modo, el Título VIII del Libro II (*‘De los delitos contra la libertad sexual’*) pasa a castigar en el Capítulo I las ‘agresiones sexuales’, caracterizadas por la violencia o intimidación como forma de doblegar la voluntad del sujeto pasivo, y en el Capítulo II los denominados ‘abusos sexuales’, actos

²⁶ Vid. LAMARCA PÉREZ, Carmen, *La protección de la libertad sexual...*, cit., pg. 50.

²⁷ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Barcelona, 2004, pg. 12.

contra la libertad sexual realizados sin violencia o intimidación, pero sin el consentimiento válido de la víctima²⁸.

a) De las agresiones sexuales.

En lo que respecta a las **agresiones sexuales**, estas pasan a estar reguladas en los arts. 178 a 180 del Código Penal. De este modo, el art. 178 CP recoge el tipo básico del delito en los siguientes términos:

“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años”.

A diferencia de lo previsto en el CP anterior, donde el uso de violencia o intimidación constituía uno más de los supuestos típicos, en el nuevo Código este modo de ejecución comporta un delito diferenciado: el delito de agresión sexual. Resulta llamativo, no obstante, que la nueva redacción sustituye el tradicional término de ‘fuerza’ (que empleaba el antiguo art. 429) por el de ‘violencia’.

Esta modificación podría responder a dos motivos: en primer lugar, que el concepto de fuerza iba necesariamente unido al de resistencia de la víctima, criterio abandonado por la Jurisprudencia²⁹, siendo suficiente acreditar que se produjo una violencia idónea para doblegar la voluntad de la víctima³⁰; y, en segundo lugar, por cuanto una consolidada jurisprudencia venía vinculando “el concepto fuerza a la ejercida sobre las cosas, reservando el de violencia a la vis física practicada sobre las personas”³¹.

²⁸ La diferenciación introducida por el nuevo CP permite además poner fin al debate generado tras la LO 3/1989, puesto que, como vimos, un importante sector de la doctrina consideraba incorrecto el uso del término ‘agresión’ por no estar presente la violencia en todas las posibles modalidades comisivas del delito y, por tanto, consideraba más aconsejable la expresión ‘abuso’ para aquellos supuestos en los que no existe violencia ni intimidación.

²⁹ Vid. en este sentido, la STS 10084/1995, de 16 de mayo, de acuerdo con la cual “*lo verdaderamente importante en la violación, desde el punto de vista jurídico, es saber de la intencionalidad deducida del violador, es saber de los medios empleados en su ataque físico o moral. Porque en cuanto a la resistencia, que el sujeto pasivo por su parte ofrece, ya se ha abandonado la antigua doctrina que exigía que ésta fuera trascendente, casi heroica*” (FJ 4º).

³⁰ Cfr. GOENAGA OLAIZOLA, Reyes, “Delitos contra la libertad sexual”, en Eguzkilore, núm. 10, San Sebastián, 1997, pg. 99.

³¹ Vid. LAMARCA PÉREZ, Carmen, *La protección de la libertad sexual...*, cit., pg. 54.

Junto al tipo básico del delito de agresión sexual, el nuevo artículo 179 CP introduce un **tipo cualificado** cuando la conducta consista en “*acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal*”, elevándose la pena de prisión de seis a doce años. En relación con el tipo agravado, es importante hacer referencia a tres cuestiones.

En primer lugar, la conducta típica descrita equipara las tradicionales conductas constitutivas de violación del artículo 429 (acceso carnal y penetración bucal o anal) con parte de las conductas de agresión sexual agravadas del artículo 430 (introducción de objetos), las cuales eran sancionadas con una pena inferior³². Esta equiparación resulta acertada, especialmente si tenemos en cuenta que “en todos los casos la mujer o el hombre pueden sentir igualmente vulnerada su libertad sexual y en el mismo grado o intensidad”³³.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, resulta llamativo que, a diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior, el Código Penal del 95 distinga entre el acceso canal (limitado al coito vaginal heterosexual) y la ‘penetración’ anal o bucal. Esta diferenciación ha sido interpretada por un sector de la doctrina como una exclusión de la mujer como eventual sujeto activo del delito cualificado³⁴, en el sentido de que cuando el texto legal diferencia entre ‘acceso carnal’ y ‘penetración bucal o anal’, y sobre todo cuando utiliza la expresión ‘penetración’, está pensando exclusivamente en el varón³⁵, por lo que solo éste podrá ser sujeto activo del tipo cualificado en la modalidad de penetración bucal o anal, lo que resulta difícil de comprender³⁶.

Por último, considero importante destacar que, pese a que la conducta descrita en el art. 179 resulta asimilable en gran medida a la tradicional ‘violación’, sin

³² Esta diferencia punitiva había sido ya criticada por un sector de la doctrina, que consideraba incoherente el hecho de que conductas más graves que la felación, como, p.ej., la introducción de un palo o una botella por la vagina o el ano, recibieran sin embargo una pena inferior a aquella. Vid. en este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Las últimas reformas...*, cit., pg. 70.

³³ Vid. LAMARCA PÉREZ, Carmen, *La protección de la libertad sexual...*, cit., pg. 51.

³⁴ Vid. en este sentido, QUINTERIO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 10^a ed., Navarra, 2016, pg. 313.

³⁵ Cfr. GOENAGA OLAIZOLA, Reyes, *Delitos contra la libertad sexual...*, cit., pg. 100.

³⁶ En base a esta interpretación, por lo tanto, quedarían fuera del tipo cualificado supuestos como la *fellatio* cuando el sujeto activo es la mujer, y que pasarían a sancionarse por tanto a través del tipo básico de agresión sexual.

embargo, el nuevo Código Penal opta por abandonar dicha categoría. La supresión del término ‘violación’, no obstante, dio lugar a fuertes discusiones, no solo políticas, sino también doctrinales. De este modo, por un lado, se encontraban quienes consideraban necesario mantener la tradición del vocablo, sobre todo por ser un término empleado de forma clara y evidente por la ciudadanía, y, por otro lado, quienes eran partidarios de su supresión, especialmente por dos motivos: por contener “connotaciones claras que responden a la concepción histórica que ligaba la sexualidad a la honestidad”³⁷ y por el fuerte carácter estigmatizante que dicha categoría proyecta sobre las víctimas, promoviendo así su victimización.

Más allá de lo anterior, junto al tipo básico y agravado del delito de agresión sexual, el nuevo Código Penal introduce como absoluta novedad en el artículo 180 una serie de **circunstancias agravantes** cuya concurrencia conlleva un incremento punitivo, que, en el caso del tipo agravado, puede llegar incluso a superar la pena prevista para el delito de homicidio. Estas circunstancias son las siguientes:

1. *“Cuando la violencia o la intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”.*

Esta circunstancia viene a sancionar las conductas previstas en el inciso final del antiguo artículo 430, que castigaba de forma cualificada la agresión sexual cuando “*se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios*”. Hay que tener en cuenta, no obstante, que el carácter degradante o vejatorio viene referido “al medio violento o intimidatorio que configura la agresión sexual, no a la propia agresión sexual, que en sí misma tiene siempre carácter degradante y humillante para la víctima”³⁸.

2. *“Cuando los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo”.*

Esta circunstancia viene a sancionar de forma cualificada los supuestos de violencia sexual colectiva, dada la gravedad de este tipo de actuación, ya que, además de un mayor riesgo lesivo, suponen una clara disminución de las

³⁷ Vid. ASUA BATARRITA, Adela, “Las agresiones sexuales en el Código Penal español: el estado actual de la cuestión”, en *Actualidad Penal*, 2001, pg. 29.

³⁸ Vid. GOENAGA OLAIZOLA, Reyes, *Delitos contra la libertad sexual...*, cit., pg. 102.

posibilidades de defensa de la víctima³⁹. Se plantea, no obstante, una situación poco coherente en la práctica, y es que en el supuesto de ser dos sujetos activos (en lugar de tres) no se podrá aplicar el delito agravado, sino que cada uno habrá de responder como autor de su propia agresión y como copartícipe de la otra, pues así lo venía interpretando la jurisprudencia antes de la entrada en vigor nuevo CP⁴⁰.

3. “*Cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación*”.

Señalar que esta circunstancia ha sido criticada por gran parte de la doctrina dada su gran amplitud e indefinición, empleando términos absolutamente indeterminados (p.ej. por razón de su situación), que pueden dar lugar una gran variabilidad de resoluciones judiciales.

4. “*Cuando el delito se cometiera, prevaliéndose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima*”.

El fundamento de esta agravante se encuentra en el hecho de que, en el ámbito familiar, es posible que se creen vínculos que afecten a la libertad de la víctima y además la coloquen en una situación de mayor indefensión. Esta circunstancia, no obstante, no ha sido valorada positivamente por parte de la doctrina, por cuanto puede dar lugar a una mera aplicación objetiva de la misma que responde más bien a prejuicios de tipo ético-moral que a un mayor desvalor de la conducta (y que podría extenderse, incluso, a supuestos en los que no necesariamente tiene por qué existir relación afectiva alguna)⁴¹.

5. “*Cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas*”.

³⁹ Cfr. LAMARCA PÉREZ, Carmen, *La protección de la libertad sexual...*, cit., pg. 55.

⁴⁰ Cfr. GOENAGA OLAIZOLA, Reyes, *Delitos contra la libertad sexual...*, cit., pg. 102.

⁴¹ Ibid., pg. 103, y LAMARCA PÉREZ, Carmen, *La protección de la libertad sexual...*, cit., pg. 56.

A través de esta circunstancia se pretende básicamente sancionar “más gravemente el uso de medios que produzcan un plus de peligro en la conducta de agresión sexual”⁴². Aunque aparece concebida como un tipo de peligro, en el supuesto de que se produzca el resultado concreto de muerte o lesiones se plantea, desde el punto de vista jurídico, la posibilidad de vulnerar el principio *non bis in idem*.

Finalmente, el último párrafo del art. 180 señala que en el caso de concurrir dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas deberán imponerse en su mitad superior (que, en el caso del tipo agravado del art. 179, iría de trece años y medio a quince).

b) De los abusos sexuales.

Junto a los delitos de agresiones sexuales, encontramos en el Capítulo II los tipos de **abuso sexual** (arts. 181 a 183 CP), los cuales entrañan, a mi juicio, una mayor complejidad. En este sentido, el tipo básico del delito de abusos sexuales lo encontramos en el art. 181.1 CP, que establece lo siguiente:

“El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona, será castigado como culpable de abuso sexual con la pena de multa de doce a veinticuatro meses”.

A través de este tipo básico, en definitiva, el legislador pretende castigar la realización de conductas de contenido sexual que se llevan a cabo sin violencia o intimidación, pero sin consentimiento. Habida cuenta de que el Código Penal, como veremos a continuación, castiga de manera diferenciada una serie de supuestos concretos, el problema que plantea este tipo consiste en determinar qué conductas podrían subsumirse en el mismo. Así, algunos autores han señalado que “pudiera estar destinado a los pequeños abusos que en ocasiones se producen en las

⁴² Vid. GOENAGA OLAIZOLA, Reyes, *Delitos contra la libertad sexual...*, cit., pg. 104.

aglomeraciones o de un modo sorpresivo”⁴³ o supuestos de víctimas inmovilizadas por un impedimento físico (p.ej. una paraplejia)⁴⁴.

A continuación, el apartado segundo del art. 181 CP considera, en todo caso, como abusos sexuales no consentidos (falta de consentimiento *ope legis*) los que se ejecuten sobre menores de doce años y sobre personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental. Ambos supuestos, que en la legislación anterior se equiparaban al empleo de fuerza o intimidación, se castigan en el Código Penal del 95 de manera diferenciada como abusos sexuales cualificados con la pena de prisión de seis meses a dos años.⁴⁵

Conviene señalar que el nuevo Código Penal deja atrás el antiguo concepto de ‘enajenación’ y lo sustituye por el de ‘trastorno mental’, que posee un carácter mucho más amplio. No obstante, sigue siendo necesario que se lleve a cabo un abuso de dicha situación, sin que sea suficiente el mero conocimiento por parte del sujeto activo de la existencia de una situación de trastorno mental en la víctima.

Finalmente, el art. 181.3 CP castiga aquellos supuestos en los que el consentimiento “se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima”. De este modo, la conducta típica consiste básicamente en “obtener un favor sexual por medio de un consentimiento viciado, es decir, determinado por una situación de superioridad”⁴⁶, situación que puede tener su origen en múltiples causas (de dependencia económica, de tipo familiar, de amistad, etc.).

⁴³ Vid. ORTS BERENGUER, Enrique, “Abusos y agresiones sexuales en el Proyecto de 1994”, en *Mujer y Derecho penal: presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Tirant lo Blanch, 1995, citado por LAMARCA PÉREZ, Carmen, *La protección de la libertad sexual...*, cit., pg. 56

⁴⁴ Cfr. MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, 1996, citados por GOENAGA OLAIZOLA, Reyes, *Delitos contra la libertad sexual...*, cit., pg. 107. En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Las últimas reformas...*, cit., pg. 61, venía señalando la laguna existente en la regulación anterior respecto de aquellos casos en lo que existe una incapacidad física para resistir, los cuales no estaban contemplados en ninguno de los supuestos penados.

⁴⁵ Resulta conveniente señalar que esta diferenciación entre el empleo de fuerza o intimidación, por un lado, y el hecho de que la víctima sea menor de doce años, se halle privada de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, por otro, aparecía ya contemplada tanto en el PLOCOP de 1980, como en la PANCP de 1983, aunque finalmente desaparece con la Ley Orgánica 3/1989.

⁴⁶ Vid. GOENAGA OLAIZOLA, Reyes, *Delitos contra la libertad sexual...*, cit., pg. 106.

A través de este tipo penal el legislador viene a castigar el antiguo delito de ‘estupro de prevalimiento’⁴⁷, previsto en el artículo 434 del viejo Código Penal⁴⁸. No obstante, como novedad añadida, la nueva normativa no establece ninguna limitación basada en la edad del sujeto pasivo, dado que hasta ese momento la conducta sólo resultaba típica si la víctima tenía una edad comprendida entre los doce y los veintitrés años⁴⁹. Esta modificación, solicitada por la doctrina, permite cubrir una laguna en la tutela de la libertad sexual respecto a “situaciones en las que el agresor no necesita acudir a la intimidación porque puede utilizar otro tipo de presiones para lograr que la víctima acceda a soportar o realizar los actos que le propone”⁵⁰.

A pesar del acierto que supone la exclusión del límite de edad, no obstante, se ha criticado en gran medida el tratamiento privilegiado que el legislador ha otorgado al abuso sexual con prevalimiento, castigado con una pena de multa de seis a doce meses. El Código Penal del 95, por lo tanto, castiga con una pena mayor la conducta básica (reservada para supuestos leves, como los abusos sorpresivos) que los casos de abuso sexual con prevalimiento de una situación de superioridad, pese a que estos últimos serían merecedores de un mayor reproche penal⁵¹.

Por otro lado, y siguiendo la misma técnica de diferenciación empleada en el delito de agresión sexual, el nuevo artículo 182 CP establece un **tipo cualificado** cuando la conducta de abuso sexual consista en “*acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal*”, imponiendo así una pena de prisión de cuatro a diez años en los supuestos de ausencia de consentimiento y de uno a seis años en los de abuso de superioridad (o consentimiento viciado)⁵².

⁴⁷ Al igual que ocurre con el término ‘violación’, la denominación de ‘estupro’ desaparece en el nuevo Código Penal.

⁴⁸ Concretamente, el derogado art. 434 CP establecía lo siguiente: “*El estupro de una doncella mayor de doce años y menor de veintitrés, cometido por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, se castigará con la pena de prisión menor*”.

⁴⁹ Cfr. LAMARCA PÉREZ, Carmen, *La protección de la libertad sexual...*, cit., pg. 58.

⁵⁰ Vid. ASUA BATARRITA, Adela, *Las agresiones sexuales en el nuevo Código...*, cit., pg. 24.

⁵¹ Cfr. QUINTERIO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios a la Parte Especial...*, cit., pg. 326 y GOENAGA OLAIZOLA, Reyes, *Delitos contra la libertad sexual...*, cit., pg. 106.

⁵² Resulta llamativo que, mientras que en el art. 181.2 CP el legislador impone, respecto al tipo básico, una pena mayor en aquellos supuestos en los que el abuso se ejecute sobre menores de doce

Hay que tener en cuenta, además, que en los casos de acceso carnal o conducta asimilada la pena puede quedar doblemente agravada, pues el segundo párrafo del art. 182 prevé la imposición de la pena en su mitad superior cuando el delito se cometa previéndose el autor de su relación de parentesco o cuando la víctima sea persona especialmente vulnerable. No obstante, como señala Goenaga⁵³ este apartado plantea dos discusiones: en primer lugar, resulta difícil comprender por qué el legislador ha optado por introducir estas agravaciones en el tipo cualificado y en cambio no cuando se trata de conductas más leves de abuso sexual (como ocurre en los casos de agresión sexual), y, en segundo lugar, se suscitan dudas sobre cómo habrán de aplicarse en la práctica, dado que la jurisprudencia viene considerando ambas circunstancias como un supuesto de abuso de superioridad, ya previsto y penado por el art. 181.3 del Código Penal.

Para finalizar, en el marco de los delitos de abusos sexuales, el nuevo artículo 183 castiga con una pena de multa de doce a veinticuatro meses a quien “*interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de doce años y menor de dieciséis*”⁵⁴. No obstante, cuando el abuso consistiere en acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal se prevé una pena de prisión de seis meses a tres años. En todo caso, cuando concurran las circunstancias 3^a o 4^a del art. 180.1 CP las penas habrán de imponerse en su mitad superior .

A través de este tipo penal, básicamente, el legislador pretende castigar el antiguo delito de ‘estupro por engaño’ o ‘estupro fraudulento’, regulado en el art. 436 del antiguo Código⁵⁵, y que tradicionalmente la Jurisprudencia ha venido relacionando con los supuestos de ‘falsa promesa de matrimonio’. Es importante señalar, no obstante, que el tipo penal de abuso sexual con engaño ha sido mayoritariamente

años y sobre personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental, por el contrario, cuando la conducta consiste en acceso carnal o asimilada, la sanción que corresponde aplicar es exactamente la misma en ambos casos, lo que resulta ciertamente incoherente.

⁵³ Cfr. GOENAGA OLAIZOLA, Reyes, *Delitos contra la libertad sexual...*, cit., pg. 107.

⁵⁴ Por engaño ha de entenderse “cualquier medio fraudulento empleado por el sujeto activo para conseguir el acceso carnal que determine causalmente un vicio de voluntad o seducción del sujeto pasivo”. Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal: Parte Especial*, 10^a ed., Valencia, 1995, citado por GOENAGA OLAIZOLA, Reyes, *Delitos contra la libertad sexual...*, cit., pg. 109.

⁵⁵ Concretamente, el derogado art. 436 CP establecía lo siguiente: “*El estupro cometido por cualquier otra persona con mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés, interviniendo engaño, será castigado con arresto mayor*”.

criticado por la doctrina, por considerar que lo que se está protegiendo, más que la libertad sexual, es la frustración de objetivos, de tal modo que las conductas por él sancionadas podrían ser castigadas a través del abuso de superioridad⁵⁶.

Asimismo, desde una perspectiva penológica, se han criticado dos situaciones. En primer lugar, el tratamiento privilegiado que el CP otorga a estas conductas en comparación con el tipo básico de abusos sexuales (art. 181.1 CP), por cuanto son sancionadas con la misma pena, pese al mayor reproche penal que merecería el abuso sexual con engaño⁵⁷. Y, en segundo lugar, la incoherencia que supone que el abuso sexual con engaño se castigue con una pena mayor que el abuso por prevalimiento de una situación de superioridad, pero, sin embargo, cuando el abuso conlleve acceso carnal, la pena prevista para el engaño sea notablemente inferior a la del abuso de superioridad.

En resumen, a través de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se introduce una nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual que trata de asentar de manera definitiva los cambios introducidos por la reforma de 1989, especialmente la configuración de la ‘libertad sexual’ como bien jurídico protegido. De este modo, el nuevo Código Penal pasa a castigar de manera diferenciada aquellos ataques contra la libertad sexual efectuados con violencia o intimidación (agresiones sexuales), de aquellos que se llevan a cabo sin violencia o intimidación, pero sin consentimiento (abusos sexuales). A pesar de esta diferenciación, como hemos visto, el legislador adopta una estructura similar, partiendo en ambos supuestos de un concepto básico de la conducta, seguido de una serie de agravaciones (entre ellas, el acceso carnal o conductas asimiladas)⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. GOENAGA OLAIZOLA, Reyes, *Delitos contra la libertad sexual...*, cit., pg. 108.

⁵⁷ Este tratamiento privilegiado resulta aún más llamativo en los supuestos de acceso carnal o conductas asimiladas, por cuanto la pena prevista en el art. 183 CP (prisión de seis meses a tres años) es muy inferior a la prevista para el abuso sexual sin engaño (cuatro a diez años).

⁵⁸ A diferencia de lo que ocurría en el Código Penal anterior, donde la penetración estaba dotada de un gran protagonismo, configurándose la agresión sexual como un tipo subsidiario, con la entrada en vigor del nuevo Código Penal se sitúa el acento en el constreñimiento de la libertad del sujeto pasivo, configurándose la penetración como una simple circunstancia indicadora de una mayor gravedad del ataque.

3.- Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

A pesar de los indudables aciertos que el Código Penal de 1995 introdujo en el marco de los delitos contra la libertad sexual, hemos podido comprobar en el apartado anterior que dicha regulación no estuvo exenta de errores y críticas. Muestra de ello es que tan solo cuatro años después de su entrada en vigor se produce la primera reforma en la materia a través de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, mediante la cual tratan de resolverse algunos de los defectos en que incurrió el CP en su redacción original.

De acuerdo con lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley, dicha reforma tenía como objetivo “*garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces, específicamente mediante la reforma de los tipos delictivos de abuso sexual*”. No obstante, si prestamos atención a las modificaciones introducidas por el texto, podemos observar que éstas van más allá de la tutela de menores e incapaces. Se trata, en definitiva, de una reforma de mayor alcance que se expande por todo el Título VIII y que introduce importantes modificaciones en la regulación de los delitos contra la libertad sexual prevista por el Código Penal del 95.

De este modo, la primera novedad introducida por la LO 11/1999 la encontramos en la propia **rúbrica del Título VIII**, que pasa a denominarse “*De los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”⁵⁹. Con esta modificación, que perdura hasta el día de hoy, pretende ponerse de manifiesto que la ‘libertad sexual’ no es el único bien jurídico protegido en el Título VIII, sino que, en el caso de los delitos sexuales que afectan a menores e incapaces, lo que se está protegiendo realmente es la intangibilidad o indemnidad que debe otorgarse a estas personas en su faceta sexual⁶⁰.

⁵⁹ Denominación ya contemplada en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983.

⁶⁰ En este sentido, la Exposición de Motivos de la LO 11/1999 señala expresamente que los bienes jurídicos en juego no se reducen a la expresada libertad sexual, sino que también se ha de tener muy especialmente en cuenta “*el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación*

Resulta conveniente señalar que esta diferenciación del bien jurídico en el caso de menores e incapaces no es algo totalmente novedoso de la LO 11/1999, sino que, al contrario, esta diferenciación venía siendo apreciada por la doctrina y jurisprudencia ya incluso desde la reforma de 1989⁶¹. De este modo, en el amplio debate sobre el bien jurídico protegido en los delitos sexuales, la doctrina mayoritaria consideraba que dada la incapacidad de menores e incapaces para comprender el significado y trascendencia de las conductas sexuales, estos no podían ser considerados titulares del derecho a la libertad sexual, de tal modo que en estos casos lo que se estaría protegiendo realmente es su ‘indemnidad’ o ‘intangibilidad’, esto es, el derecho a desarrollar libremente el sentido de la sexualidad⁶². El añadido introducido en la rúbrica, por lo tanto, permite acoger en el texto legal esta posición doctrinal, pero más allá de ello, no se introducen importantes modificaciones al respecto.

En lo que respecta a la regulación de las **agresiones sexuales** (arts. 178 a 180 CP), son varias las modificaciones que introduce la LO 11/1999, comenzando por sustituir, de forma acertada, el término ‘culpable’ por el de ‘responsable’ en el tipo básico del delito (art. 178 CP), insistiendo así en la distinción entre culpabilidad y responsabilidad penal. No obstante, mayor importancia tienen los cambios introducidos en el tipo cualificado del artículo 179 CP, que tras la reforma pasa a disponer lo siguiente:

“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el

para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos”.

⁶¹ Vid. en este sentido, la STS 10686/1989, de 7 de diciembre, de acuerdo con la cual “la idea de libertad sexual exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo del agravio sexual, y los menores y los privados de razón o sentido carecen de capacidad de comprender el significado y trascendencia de los actos sexuales y, consecuentemente autodeterminarse; sin embargo, el derecho de estas personas a estar exentas o libres de cualquier daño de orden sexual ha inspirado ese concepto de intangibilidad o de indemnidad” (FJ 2º).

⁶² Vid. en este sentido, LAMARCA PÉREZ, Carmen, *La protección de la libertad sexual...*, cit., pg. 57. Al contrario, otros autores, como DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Las últimas reformas...*, cit., pg. 47, consideraban que la ‘indemnidad’ sexual del menor quedaba comprendida dentro de la tutela de la libertad sexual, por cuanto esta debe entenderse como el derecho a ejercer la sexualidad ‘en libertad’.

responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años”.

A la vista de la nueva redacción del tipo penal, es necesario hacer referencia a tres cuestiones diferenciadas. En primer lugar, el nuevo artículo 179 CP, recuperando la redacción propia de la LO 3/1989, dispone que el acceso carnal puede llevarse a cabo tanto por vía vaginal, como por vía anal o bucal, superando de este modo la redacción anterior que diferenciaba entre acceso carnal y penetración bucal o anal.

En este sentido, se ha señalado previamente que, en su redacción originaria, el Código Penal del 95 había diferenciado de manera incomprensible entre el acceso carnal (referido al coito vaginal heterosexual), por un lado, y la ‘penetración’ anal o bucal, por otro, de tal manera que mientras la primera acción podía ser llevada a cabo tanto por un hombre como por una mujer, la segunda únicamente podía ser realizada por el hombre. No obstante, tras la reforma, se prevé únicamente la expresión ‘acceso carnal’, entendida como acoplamiento de los órganos sexuales, lo que conlleva una ampliación del sujeto activo, por cuanto comete violación no solo el hombre que penetra a una mujer o a otro hombre, sino también la mujer o el hombre que se hacen penetrar por cualquiera de las tres vías citadas⁶³. Asimismo, pese a que la nueva redacción elimina la referencia expresa a la ‘penetración’, la doctrina mayoritaria sigue considerando necesario para la concurrencia del tipo cualificado la presencia en todo caso de al menos un hombre⁶⁴.

En segundo lugar, con la nueva redacción, el tipo cualificado del art. 179 CP castiga la introducción de objetos “*por alguna de las dos primeras vías*”, esto es, por vía vaginal o anal. En este sentido, si bien es cierto que la redacción originaria

⁶³ Cfr. BOIX REIG, Javier y ORTS BERENGUER, Enrique, “Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999”, en *Actualidad Penal*, núm. 35, 1999, pg. 8.

⁶⁴ En sentido contrario, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal: Parte Especial*, 12^a ed., Valencia, 1999, citado por ARIAS EIBE, Manuel José, “Las agresiones sexuales en el Código Penal español: el estado actual de la cuestión”, en *Actualidad Penal*, 2001, pg. 17, considera que el hecho de que se haya suprimido la expresión ‘penetración’ abre la puerta a un posible delito de violación entre mujeres bajo la modalidad de acceso carnal, considerado como relación sexual en la que intervienen órganos genitales, y siendo suficiente por tanto la *coniuctio membrorum* o práctica fricativa entre genitales femeninos.

ya contemplaba la introducción de objetos, sin embargo, no incluía ninguna especificación sobre las posibles vías de acceso.

De este modo, y partiendo de una interpretación literal del anterior precepto penal, la doctrina mayoritaria venía entendiendo que la introducción de objetos podía llevarse a cabo por las vías vaginal, anal o bucal, siempre que el objeto, eso sí, tuviese un tamaño o forma análogos a los del pene (constituyendo un sucedáneo del mismo) y la conducta tuviese una clara connotación sexual⁶⁵. A pesar de ello, esta misma doctrina denunciaba los problemas que suponía sancionar la introducción bucal de objetos, especialmente por la dificultad de acreditar el contenido sexual de la conducta, debido al “carácter menos erógeno de la boca, y por ser receptor de múltiples objetos no relacionados, en absoluto, con la sexualidad”⁶⁶. La limitación de la conducta típica a los supuestos de introducción de objetos por vía vaginal o anal, por lo tanto, ha sido valorada positivamente, especialmente si tenemos en cuenta la menor lesividad que conlleva la vía de acceso bucal en comparación con las dos primeras.

Por último, considero importante destacar que a través de la reforma operada por la LO 11/1999 se da entrada de nuevo al *nomen iuris* de ‘violación’, pese a que originalmente el CP de 1995 optó por suprimir dicho término debido a su vinculación con la honestidad y su carácter estigmatizante, decisión que, como se ha señalado, se vio acompañada de un fuerte debate político y doctrinal. La reaparición de esta figura es interpretada por Boix y Orts como un gesto nostálgico del legislador mediante el cual ha querido recuperar una palabra perteneciente a nuestra tradición jurídica, a pesar de que no aporta ninguna ventaja⁶⁷.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que, si bien la reforma de 1999 reintroduce de nuevo la figura de la ‘violación’, se aparta del concepto tradicional, que en el antiguo Código Penal venía referida al acceso carnal con fuerza o intimidación, con persona menor de doce años, o con persona privada de sentido o abusando de su

⁶⁵ Vid. en este sentido, LAMARCA PÉREZ, Carmen, *La protección de la libertad sexual...*, cit., pg. 52, GOENAGA OLAIZOLA, Reyes, *Delitos contra la libertad sexual...*, cit., pg. 103 y SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos, *El Delito de Agresiones Sexuales...*, cit., pg. 103.

⁶⁶ Vid. SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos, *El Delito de Agresiones Sexuales...*, cit., pg. 105.

⁶⁷ Cfr. BOIX REIG, Javier y ORTS BERENGUER, Enrique, *Consideraciones sobre la reforma...*, cit., pg. 8.

enajenación. Con la nueva redacción del CP, no obstante, el término ‘violación’ queda circunscrito a los supuestos de acceso carnal o conductas asimiladas que se lleven a cabo con violencia o intimidación, mientras que, en el resto de los supuestos, no cabe hablar de violación, sino únicamente de abuso sexual agravado.

Finalmente, en el marco de las agresiones sexuales, y en relación con las circunstancias específicas del art. 180 CP, que pueden agravar la pena tanto del tipo básico como del tipo cualificado de violación, la LO 11/1999 introduce básicamente tres modificaciones.

En primer lugar, la circunstancia agravante segunda pasa a castigar aquellos supuestos en los que “*los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas*”, reduciendo de este modo el requisito del número de participantes. Con la nueva regulación, por lo tanto, será suficiente la intervención de dos personas (no ya de tres) en la ejecución de los hechos para poder apreciar esta circunstancia, solventando así la incoherencia en que incurría la anterior redacción.

En segundo lugar, a la circunstancia tercera, relativa a la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, enfermedad o situación, se añade que, en todo caso, se aplicará la agravante, cuando la víctima sea “*menor de trece años*”, dejando claro el legislador “a partir de qué edad se entiende que el menor carece de libertad sexual y, por ello, debe protegerse su derecho a la indemnidad sexual y a la libre formación de su personalidad”⁶⁸.

Por último, la circunstancia cuarta se ve también ampliada al haberse agregado a la relación de parentesco, la de superioridad, castigando de forma agravada aquellos supuestos en los que “*para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco*” con la víctima. No obstante, al igual que ocurría en el CP del 95, la doctrina continúa siendo bastante crítica con este precepto, considerado reiterativo e innecesario⁶⁹, por cuanto los hechos en él castigados podrían reconducirse a la agravante genérica del art. 22.2 CP (en el caso

⁶⁸ Vid. PLANET Y ROBLES, Silvia, “Comentario sobre las reformas del Código penal en materia de delitos sexuales y protección de las víctimas de malos tratos”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 2000, pg. 357.

⁶⁹ Ibid., pg. 357.

del prevalimiento de superioridad) o la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP⁷⁰.

Por otro lado, en lo que respecta a las modificaciones introducidas por la LO 11/1999 en la regulación de los **abusos sexuales** (arts. 181 a 183 CP), nos encontramos, en primer lugar, que la redacción del tipo básico (art. 181.1 CP), en coherencia con la nueva rúbrica del Título VIII, incluye la mención a la indemnidad sexual, castigando de este modo a quien “*sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual*”⁷¹.

En segundo lugar, en relación con los supuestos de falta de consentimiento *ope legis* (art. 181.2 CP), la reforma eleva el límite de edad para prestar consentimiento válido, que pasa de los doce a los trece años. De este modo, se establece una presunción *iuris et de iure* que considera, en todo caso, como abusos sexuales no consentidos “*los que se ejecuten sobre menores de trece años*”.

Por otro lado, desde una perspectiva penológica, la reforma introducida por la LO 11/1999, además de suponer un incremento de las penas, trata de resolver las incoherencias en que incurría la redacción originaria del CP de 1995, especialmente el tratamiento privilegiado que el legislador había otorgado al abuso sexual con prevalimiento. De este modo, la nueva redacción del Código Penal opta por equiparar los tres supuestos recogidos en el artículo 181, conminándolos así con la misma pena alternativa: prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses⁷².

Asimismo, en respuesta a las críticas suscitadas por la redacción del CP, la reforma introduce un nuevo apartado 4 que extiende a todas las modalidades (incluida la de

⁷⁰ Asimismo, un importante sector de la doctrina sigue considerando la mención al parentesco como una manifestación más propia del Derecho Penal de autor, que del Derecho Penal del hecho, dado que encuentra su razón de ser en un desvalor ético-moral y no en la mayor gravedad de la conducta.

⁷¹ No se entiende, sin embargo, por qué el legislador opta por no introducir esta misma mención en el tipo penal de agresión sexual, pues lo lógico sería su inclusión en ambos delitos.

⁷² Conviene señalar que la equiparación realizada por la LO 11/1999 no se encuentra exenta de críticas, especialmente por quienes consideran que no tienen la misma trascendencia “los abusos cometidos sobre un menor de trece años, o una persona privada de sentido o abusando de su trastorno mental, que los efectuados con un adulto una vez logrado su consentimiento merced al prevalimiento de una situación de superioridad”. Vid. BOIX REIG, Javier y ORTS BERENGUER, Enrique, *Consideraciones sobre la reforma...*, cit., pg. 9.

abuso con prevalimiento) los dos circunstancias agravantes específicas que originariamente solo estaban contempladas para el tipo cualificado del art. 182, esto es, la 3^a y 4^a del artículo 180 CP. Hay que tener en cuenta, no obstante, que este subtipo agravado ha generado varias problemáticas e interpretaciones, a las cuales es necesario hacer una breve referencia⁷³.

En primer lugar, por lo que respecta a la circunstancia de especial vulnerabilidad de la víctima, la doctrina y jurisprudencia han entendido que, en el supuesto de abusos sexuales sobre menores de trece años, la aplicación del art. 181.4 en relación con el art. 181.2 implica una vulneración del principio *non bis in idem*, por cuanto el factor ‘edad’ es tomado en consideración dos veces: una para fundamentar la figura delictiva y otra para aplicar la agravación⁷⁴. No obstante, ello no impide la apreciación de la agravante cuando, más allá de ser la víctima menor de trece años, concurren otras circunstancias que pongan de manifiesto su especial vulnerabilidad⁷⁵.

En segundo lugar, en relación con la circunstancia de prevalimiento de una relación de superioridad o parentesco, con el objetivo de no incurrir nuevamente en una vulneración del principio *non bis in idem* en relación con el art. 181.3 CP, se distingue en función de la concurrencia o no de consentimiento, de tal modo que, en aquellos supuestos en que exista consentimiento de la víctima obtenido con prevalimiento será de aplicación el art. 181.3, mientras que, cuando no exista consentimiento y el prevalimiento haya sido empleado para la ejecución del delito,

⁷³ En todo caso, la doctrina viene considerando innecesario el subtipo agravado, por cuanto el abuso sexual con prevalimiento (art. 181.3 CP) es de por sí susceptible de englobar las agravaciones contempladas en el apartado cuarto, en la medida en que el prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta puede comprender también el de parentesco e incluso, de alguna manera, los supuestos de vulnerabilidad de la víctima. Vid. BOIX REIG, Javier y ORTS BERENGUER, Enrique, *Consideraciones sobre la reforma...*, cit., pg. 10.

⁷⁴ Cfr. PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, “La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: algunos aspectos polémicos”, en *Diario La Ley*, 2000, pg. 2.

⁷⁵ En este sentido, la STS 912/1998, de 12 de febrero, rechaza ya la aplicación de la agravante de vulnerabilidad de la víctima en un supuesto de abuso sexual sobre una niña de 6 años, por cuanto “no tendría sentido, sin incurrir en el vedado *non bis in idem*, tomar la misma edad dos veces”. De este modo, “debe reducirse la agravación especial a aquellos supuestos en que además de la corta edad de la víctima se añada otra circunstancia confluente en esa especial vulnerabilidad” (FJ 2º).

será de aplicación el subtipo agravado del art. 181.4 en relación con el apartado primero⁷⁶.

Por otro lado, en consonancia con la nueva redacción del artículo 179 CP, el tipo cualificado del artículo 182 CP pasa a castigar aquellos abusos sexuales que consistan en “*acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías*”⁷⁷. Asimismo, debido a la equiparación que la reforma realiza entre los supuestos de falta de consentimiento y abuso de superioridad, el art. 182 CP impone para todos los casos del artículo anterior una pena de prisión de cuatro a diez años (manteniendo, en todo caso, en el apartado segundo, la agravante por relación de superioridad o parentesco, o especial vulnerabilidad de la víctima).

Finalmente, por lo que respecta al tipo de abuso sexual fraudulento del art. 183 CP, en coherencia con los cambios introducidos en los artículos anteriores, la reforma de 1999 eleva el límite de edad del sujeto pasivo a los trece años, castigando de este modo a quien “*interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis*”. Asimismo, con la reforma se introduce también la posibilidad de imponer la pena de prisión, de tal modo que a la pena de multa de doce a veinticuatro meses se añade de manera alternativa la prisión de uno a dos años. Esta tendencia punitiva puede observarse también en el tipo cualificado (art. 183.2 CP), que tras adoptar la misma fórmula que los artículos anteriores, castiga el acceso carnal o introducción de objetos con la pena de prisión de dos a seis años (antes seis meses a tres años)⁷⁸.

4.- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Tras los cambios introducidos por la LO 11/1999, la siguiente reforma en la materia se llevó a cabo a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre,

⁷⁶ Cfr. PLANET Y ROBLES, Silvia, *Comentario sobre las reformas...*, cit., pg. 359.

⁷⁷ No obstante, como ya se ha señalado, el Código Penal reserva el término ‘violación’ únicamente para el tipo cualificado de agresión sexual, es decir, aquellos supuestos en que el acceso carnal o conducta asimilada se lleve a cabo empleando violencia o intimidación.

⁷⁸ Las penas previstas por la LO 11/1999 para el delito abuso sexual fraudulento han sido catalogadas como especialmente excesivas, sobre todo si tenemos en cuenta que se trata de un tipo penal cuya presencia en el Código Penal es cuestionada por un importante sector de la doctrina.

por la que se modifica el Código Penal. Esta nueva reforma viene justificada por el legislador en su Exposición de Motivos en el sentido de que el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del Código “*ha puesto de manifiesto que es preciso llevar a cabo su actualización para abordar nuevas necesidades surgidas con la experiencia obtenida con su aplicación*”.

En este sentido, hay que tener en cuenta que, mientras que la reforma anterior tenía por objeto de forma casi exclusiva la regulación contenida en el Título VIII del Libro II, en cambio, la LO 15/2003 posee un contenido mucho más amplio, centrándose especialmente en el régimen de penas y su aplicación. A pesar de ello, la reforma pretende también adaptar los tipos ya existentes e incluso introduce nuevas figuras delictivas con el objetivo de dar una respuesta efectiva a la realidad delictiva del momento. En este sentido, por ejemplo, la Exposición de Motivos señala, en relación con los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, que estos “*se modifican para impedir interpretaciones que impidan penar determinadas conductas de una especial gravedad*”.

Concretamente, y en lo que aquí nos interesa (esto es, la regulación de los delitos de agresión y abusos sexuales), la LO 15/2003 introduce un único cambio. De este modo, la reforma modifica la redacción anterior del **tipo agravado de violación**, equiparando así la introducción de objetos por vía vaginal o anal a la introducción de ‘miembros corporales’. De este modo, el nuevo artículo 179 CP pasa a disponer lo siguiente:

“*Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años*”.

Este cambio en la descripción de la conducta típica, aunque pueda parecer irrelevante, sin embargo, entraña una gran importancia. Esto es así, en la medida en que, tanto al jurisprudencia como la doctrina mayoritaria, partiendo de una interpretación literal del precepto penal, venían entendiendo el término ‘objeto’ como cuerpo sólido e inanimado semejante en tamaño y forma al órgano sexual (del que trata de ser un sustitutivo), rechazando por tanto la posibilidad de que

determinadas extremidades del cuerpo humano pudieran ser consideradas ‘objetos’ a efectos del delito de violación⁷⁹.

De este modo, el Tribunal Supremo, en varios pronunciamientos al respecto, venía rechazando la posibilidad de que la introducción de extremidades corporales, como los dedos o la lengua, por alguna de las vías de acceso previstas, pudiera incardinarse en el tipo penal del delito de violación del art. 179 CP⁸⁰, razonando además dicha conclusión “en consideraciones tales como que si bien supone dicho acto una lesión de la libertad sexual, no implica una vulneración de la integridad física y moral equiparable a la introducción de un objeto”⁸¹.

En base a ello, un sector importante de la doctrina, entre ellos Muñoz Conde, venía mostrándose sumamente crítico con dicha interpretación, entre otros motivos por entender “perfectamente apta la capacidad del dedo o dedos para ser utilizados como objetos de significado sexual equivalente al miembro viril, sobre todo cuando se introducen varios o incluso el puño”⁸². Asimismo, esta interpretación daba lugar en la práctica a ciertas incoherencias como, por ejemplo, que se castigará más severamente los supuestos de *fellatio* que los de *cunnilingus*, en la medida los primeros eran constitutivos de un delito de violación (art. 179 CP), mientras que los segundos debían ser castigados a través del tipo básico de agresión sexual (art. 178 CP).

A través de la reforma introducida por la LO 15/2003, por lo tanto, se pone fin a este debate y se equiparan definitivamente la introducción de objetos y la introducción de miembros corporales, que únicamente resultan punibles, tras la

⁷⁹ Vid. en este sentido, ARIAS EIBE, Manuel José, *Las agresiones sexuales en el...*, cit., pg. 19; GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, pg. 6; LAMARCA PÉREZ, Carmen, *La protección de la libertad sexual...*, cit., pg. 52; y SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos, *El Delito de Agresiones Sexuales...*, cit., pg. 104.

⁸⁰ Vid., p.ej., la STS 12748/1991, de 26 de noviembre, según la cual “la penetración digital, como en este caso, o la lingual, no pueden suponer, sin más, la agravación que el legislador ha introducido en la última reforma” (FJ 6º). En el mismo sentido, la STS 10827/1994, de 14 de febrero señala: “Es indudable que los ‘dedos’ -que fue lo que introdujo el acusado Agustín, en el año de la víctima- no pueden ser considerados como ‘objetos’, a los efectos agravatorios de la figura penal de agresión sexual” (FJ 2º).

⁸¹ Vid. ARIAS EIBE, Manuel José, *Las agresiones sexuales en el...*, cit., pg. 19.

⁸² Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal: Parte Especial*, 12ª ed., Valencia, 1999, citado por ARIAS EIBE, Manuel José, *Las agresiones sexuales en el...*, cit., pg. 19.

reforma de 1999, cuando se llevan a cabo por vía vaginal o anal. Asimismo, como es lógico, la fórmula acogida por el delito de violación se traslada también al tipo cualificado de abusos sexuales (art. 182.1 CP) y al de abuso sexual fraudulento (art. 183.2 CP).

5.- 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.

La tercera reforma en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual se produce en el año 2010 mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal. Si prestamos atención a su Exposición de Motivos, el legislador justifica dicha reforma en base a tres circunstancias: la necesidad de adaptar el CP a la cambiante realidad social; corregir las carencias o desviaciones que ha puesto en evidencia la experiencia aplicativa del Código; y cumplir con las obligaciones internacionales contraídas, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea.

En el marco de los delitos sexuales, precisamente, a través de la LO 5/2010 se trata de trasponer a nuestro ordenamiento la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Por ello, la reforma gira principalmente en torno a los delitos contra la indemnidad sexual, y en este sentido el legislador afirma que “*resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas*”.

Precisamente en esta línea, la mayor novedad introducida por la reforma de 2010 se basa en la decisión del legislador de castigar de forma diferenciada las agresiones y abusos sexuales cometidos contra menores de trece años, creando para ello un nuevo capítulo en el Título VIII, concretamente el Capítulo II bis (“*De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*”). En definitiva, con la LO 5/2010 se opta por otorgar un tratamiento diferenciado a los delitos sexuales “cuando son cometidos frente a personas que deben quedar, en principio, conforme a la definición del ordenamiento penal español fuera de todo contexto sexual: los

menores de trece años”⁸³. No obstante, el análisis de estos delitos queda fuera del objeto de estudio del presente trabajo, motivo por el cual no entraremos a analizar la nueva redacción introducida al respecto en el CP.

En cuanto a los modificaciones introducidas con la reforma en los delitos de **agresión sexual** (arts. 178 a 180 CP), nos encontramos con que el legislador opta por elevar la pena máxima prevista para el tipo básico del delito, que pasa de cuatro a cinco años de prisión. Asimismo, esta modificación se ve acompañada inevitablemente de un incremento de la pena mínima prevista en el art. 180.1 CP, que pasa a castigar de cinco a diez años las agresiones del art. 178 CP en las que concurran alguna de las circunstancias agravantes específicas contempladas.

Este incremento punitivo tiene su razón de ser precisamente en la necesidad de adaptar la regulación española a la Decisión Marco antes mencionada, por cuanto exige a los Estados miembros sancionar, con una pena privativa de libertad de una duración máxima de al menos entre cinco y diez años, la práctica de actividades sexuales con menores de dieciocho años empleando para ello coacción, fuerza o amenaza (arts. 5.2.a, en relación con el art. 2.c.i de la Decisión Marco). Ante esta situación, por lo tanto, el legislador solo tenía dos opciones: o bien introducir una agravación específica para las agresiones sexuales a menores de 18 años, o bien incrementar la pena máxima del tipo penal con carácter general, optando de este modo el legislador por la segunda opción.

Junto a este incremento punitivo, la LO 5/2010 va a modificar también la circunstancia tercera del art. 180.1 del CP, incluyendo de este modo la ‘discapacidad’ como circunstancia de especial vulnerabilidad de la víctima, junto con la edad, enfermedad o situación. Esta inclusión, no obstante, es considerada por la doctrina como innecesaria, en la medida en que la interpretación mayoritaria venía entendiendo que la categoría ‘enfermedad’ comprendía ya los supuestos de discapacidad. Asimismo, en todo caso, para el ámbito concreto de esta circunstancia agravante, “el alcance potencialmente omnicomprensivo del término ‘situación’, o

⁸³ Vid. CANCIO MELIÁ, Manuel, *Una nueva reforma de...,* cit., pg. 7.

una interpretación razonable del término ‘enfermedad’ ya permitían incluir los supuestos relevantes de discapacidad”⁸⁴.

Por otro lado, en lo que respecta a los delitos de **abuso sexual** (arts. 181 y 182 CP), la reforma de la LO 5/2010 va a introducir varias modificaciones reseñables. En primer lugar, en relación con los supuestos previstos de ausencia de consentimiento *ope legis*, el apartado segundo del art. 181 consideraba abusos sexuales no consentidos los que se ejecutaren sobre menores de trece años. No obstante, el nuevo tratamiento diferenciado de los abusos cometidos sobre menores de trece años, ahora recogidos en el Capítulo II bis, obliga a eliminar la referencia a los mismos en el precepto.

Al mismo tiempo, la reforma añade un nuevo supuesto, de tal forma que la nueva redacción del apartado segundo considera abusos sexuales no consentidos, no solo los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, sino también “*los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto*”. Esta adición ha sido valorada por un sector de la doctrina como innecesaria, por entender que los supuestos de voluntad anulada bajo el efecto de fármacos, drogas u otras sustancias podían quedar perfectamente comprendidos en la hipótesis de la ‘privación del sentido’⁸⁵.

No obstante lo anterior, otros autores, consideran que el hecho de utilizar el gerundio (es decir, “*anulando la voluntad de la víctima*”) da a entender que no es suficiente con que el sujeto activo aproveche que la víctima se encuentra bajo los efectos de tales sustancias, sino que “para la existencia de los abusos sexuales se requiere que haya una relación de medio a fin entre la utilización del fármaco y la conducta sexual”⁸⁶, de tal modo que la persona ha de haber causado dicha situación

⁸⁴ Ibid., pg. 6.

⁸⁵ Vid. en sentido contrario, AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón y PANYELLA CARBÓ, María Neus, “Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas”, en *Política Criminal*, vol. 15, núm. 30, 2020, pg. 535, para quienes la ‘privación de sentido’ viene determinada por un estado de inconsciencia de la víctima que le impide otorgar el consentimiento, mientras que la ‘anulación de la voluntad’ supone que la víctima está consciente, pero ha perdido su capacidad de decidir y de autodeterminarse en el ámbito sexual.

⁸⁶ Vid. GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, 2010, pg. 724. En el mismo sentido, AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón y PANYELLA CARBÓ, María Neus, *Redefiniendo los delitos sexuales...*, cit., pg. 538.

proporcionando instrumentalmente las sustancias a la víctima. En cualquier caso, parte de la doctrina ha criticado que tales supuestos sean tipificados como abuso, por cuanto deberían ser considerados realmente como delito de agresión sexual⁸⁷.

Por otro lado, otra de las novedades que se introducen con la LO 5/2010 es la incorporación del tipo cualificado de acceso carnal o conducta asimilada al apartado cuarto del art. 181 (antes regulado en el art. 182). En consonancia con ello, la agravación por la concurrencia de las circunstancias 3^a o 4^a del art. 180.1 CP pasa a quedar recogida en el apartado quinto, siendo de aplicación tanto al tipo básico como al tipo cualificado.

En la misma línea, el tipo penal de abuso sexual fraudulento pasa entonces a estar castigado en el art. 182 CP, dejando libre de este modo el art. 183 CP para el nuevo ‘Capítulo II bis’ relativo a los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Asimismo, señalar que el nuevo art. 182 CP modificó el tenor literal del precepto, sustituyendo la expresión “*cometiere abuso sexual*” por la de “*realice actos de carácter sexual*”. No obstante, esta modificación no parece que tenga ninguna incidencia sobre el alcance del tipo, en la medida en que el empleo de violencia o intimidación obligaría en todo caso a castigar los hechos como una agresión sexual.

6.- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Tras algunos años de relativa calma en el ámbito penal, el legislador afronta una última gran reforma que viene a configurar la regulación actual del Código Penal, y que es introducida a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Del mismo modo que ocurría con la reforma inmediatamente anterior, a través de esta Ley Orgánica se introducen una serie de modificaciones en la regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual que tienen como objetivo cumplir con las exigencias internacionales⁸⁸.

⁸⁷ Vid. en este sentido, CUGAT MAURI, Miriam, *Comentarios al Código Penal: Parte Especial*, 2004, citado por CANCIO MELIÁ, Manuel, *Una nueva reforma de...*, cit., pg. 15.

⁸⁸ Concretamente, con la Directiva 2011/93/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004&68/JAI del Consejo.

Las principales novedades que se introducen con la reforma de 2015 tienen lugar en el ámbito de los delitos contra la indemnidad sexual, es decir, aquellos que se realicen sobre menores. Concretamente, la novedad más importante la encontramos en la elevación de la edad del consentimiento sexual⁸⁹, que pasa de los trece a los dieciséis años. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley señala que, en la actualidad, la edad de consentimiento prevista en el Código “*resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos -donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años- y una de las más bajas del mundo*”. De este modo, tras la reforma, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años es considerada, en todo caso, como un hecho delictivo⁹⁰.

En lo que respecta a los delitos de agresiones y abusos sexuales en adultos, que constituyen el objeto del presente trabajo, no se han visto afectados por la reforma, manteniendo por tanto la misma redacción. La única novedad la encontramos en el **abuso sexual fraudulento** (art. 182 CP), que pasa a disponer lo siguiente:

“*1. El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años*”.

En la nueva redacción, por lo tanto, podemos observar tres modificaciones. En primer lugar, en consonancia con la elevación de la edad de consentimiento sexual, se eleva también la edad del sujeto pasivo del delito. De este modo, mientras que con carácter previo a la reforma el Código Penal castigaba a quien, interviniendo engaño, realizara actos de carácter sexual con personas mayores de trece años y menores de dieciséis, tras la LO 1/2015 la conducta se castiga cuando el sujeto pasivo sea persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho. De este modo, “aunque la característica fundamental de la reforma desde el punto de vista de la

⁸⁹ La Directiva 2011/93/UE define la ‘edad de consentimiento sexual’ como “*la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor*” (art. 2.b).

⁹⁰ Con la excepción de que se trate de relaciones consentidas con una persona “*próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez*” (art. 183 quáter CP).

víctima haya sido la elevación de la edad de los trece a los dieciséis, la protección se ha generalizado a todos los menores de edad en su conjunto”⁹¹.

En segundo lugar, podemos observar que tras la reforma se ha producido un incremento de la pena prevista en el tipo. De este modo, mientras que previamente el CP preveía una pena alternativa de prisión de uno a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, tras la reforma de 2015 se impone una pena de prisión de uno a tres años, eliminando por tanto la multa y elevando la pena máxima del delito.

Por último, la LO 1/2015 ha incrementado también las conductas constitutivas del abuso, de tal modo que el art. 182 CP pasa a castigar a quien realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho, no solo interviniendo engaño, sino también “*abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima*”. Un sector importante de la doctrina, no obstante, viene interpretando estas circunstancias como supuestos en los que existe un prevalimiento de superioridad⁹², lo que ha generado una doble discusión.

En primer lugar, Muñoz Conde señala que esta equiparación valorativa entre el abuso mediante engaño y el abuso por prevalimiento es discutible, ya que “en el abuso por prevalimiento se incluyen casos rayanos en la intimidación propia de la agresión sexual, lo que puede ser mucho más grave tratándose de menores, mientras que el engaño incluye supuestos de menor relevancia”⁹³. Y, en segundo lugar, hay que tener en cuenta que el abuso por prevalimiento de persona menor de edad y mayor de dieciséis se encontraba ya castigado a través del art. 181.3 CP, no obstante, el hecho de que ahora aparezca recogido de forma específica en el art. 182 obliga a imponer la pena prevista en el mismo (*lex specialis*), que en los supuestos de acceso carnal o conducta asimilada es de dos a seis años (art. 182.2), mientras que cuando se trata de persona mayor de edad la pena es sensiblemente superior, oscilando de cuatro a diez (art. 181.4), lo que resulta ciertamente incoherente⁹⁴.

⁹¹ Vid. SILLA SANCHIS, Francisco de Asís, “Las últimas reformas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España”, en *JUGLAR*, núm. 28, 2016, pg. 248.

⁹² Vid. en este sentido, QUINTERIO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios a la Parte Especial...*, cit., pg. 337.

⁹³ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal: Parte especial*, 20^a ed., Valencia, 2015, pg. 188.

⁹⁴ Cfr. SILLA SANCHIS, Francisco de Asís, *Las últimas reformas en...*, cit., pg. 248.

III.- ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL⁹⁵.

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, actualmente a la espera de su aprobación como Proyecto de Ley por el Consejo de Ministros, tiene como principal objetivo otorgar una protección integral del derecho a la libertad sexual de todas las personas, mediante la prevención y la erradicación de todas las violencias sexuales.

A efectos del Anteproyecto, se consideran violencia sexual “*los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado*”⁹⁶, definición que engloba, no solo las agresiones sexuales, sino también conductas tales como el acoso sexual, la explotación de la prostitución ajena, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, etc.

Es importante tener en cuenta que la violencia sexual, una de las violaciones de Derechos Humanos más grave y, posiblemente también, más frecuente y oculta, afecta de manera específica y desproporcionada a las mujeres y a los menores (especialmente a las niñas)⁹⁷, motivo por el cual todo el Anteproyecto se encuentra dotado de una fuerte y necesaria perspectiva de género. En este sentido, son precisamente los avances y movilizaciones propias del movimiento feminista las que han dotado en los últimos años de una mayor visibilidad a las violencias sexuales y “*ha puesto de manifiesto la envergadura de los desafíos a que se enfrentan los poderes públicos para su prevención y erradicación*”⁹⁸.

⁹⁵ Señalar que el Anteproyecto objeto de análisis está basado en dos recientes propuestas de reforma de los delitos sexuales: por un lado, la ‘Proposición de Ley de protección integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales’ presentada por el Grupo parlamentario Unidas Podemos, y, por otro, el ‘Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal para la protección de la libertad sexual de las ciudadanas y los ciudadanos’ fruto de las recomendaciones de la Comisión General de Codificación.

⁹⁶ Vid. apartado I de Exposición de Motivos.

⁹⁷ De acuerdo con los datos ofrecidos por el Ministerio del Interior (portal estadístico de criminalidad), del total de victimizaciones de infracciones contra la libertad e indemnidad sexual que se registraron en 2019 (12.204), el 85% de las víctimas fueron mujeres (10.380).

⁹⁸ Vid. apartado I de Exposición de Motivos.

Como señala de manera acertada la Exposición de Motivos, las violencias sexuales no se basan en comportamientos aislados de carácter individual, sino que derivan de un problema social y estructural estrechamente relacionado con una cultura sexual arraigada en patrones discriminatorios. Por ello, el Anteproyecto de Ley Orgánica trata de abordar la violencia sexual adoptando una perspectiva integral, transversal y coordinada, incidiendo en los ámbitos educativo, sanitario, laboral... todo ello con el objetivo de “*remover los obstáculos para la prevención de estas violencias, así como para garantizar una respuesta adecuada, integral y coordinada que proporcione atención, protección, justicia y reparación a las víctimas*”⁹⁹.

Para alcanzar estos objetivos, el Anteproyecto incorpora una serie de modificaciones legislativas, entre las cuales se encuentra la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁰⁰. Esta vendría a ser, por lo tanto, la quinta modificación en la regulación de los delitos contra la libertad sexual desde la entrada en vigor del CP del 95. Sin embargo, y a diferencia de lo ocurrido con las anteriores, la reforma que pretende llevar a cabo el Anteproyecto objeto de análisis constituye una profunda revisión de la regulación contenida en Título VIII.

Antes de entrar a analizar desde una perspectiva crítica los cambios concretos que se pretenden introducir, considero conveniente señalar que, a mi juicio, resulta efectivamente necesaria una reforma de la regulación que el actual Código Penal prevé entorno a los delitos contra la libertad sexual, y ello es así por dos motivos fundamentales.

En primer lugar, porque, como se ha puesto de manifiesto al exponer la evolución normativa previa, la regulación de los delitos sexuales introducida por el legislador de 1995 adolece de importantes deficiencias de técnica legislativa, así como notables tensiones con principios rectores de la política criminal. Es cierto que tales deficiencias han tratado de ser subsanadas a través de las numerosas reformas que,

⁹⁹ Vid. apartado II de Exposición de Motivos.

¹⁰⁰ Vid. Disposición Final quinta del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

a modo de sucesivos parches, se han llevado a cabo con posterioridad, pero la regulación actual sigue adoleciendo, a mi juicio, de un esquema regulativo complejo y profundamente confuso que hace necesaria una reconsideración global de los delitos contra la libertad sexual.

Y, en segundo lugar, porque resulta evidente que el contexto social y cultural imperante en la actualidad no es el mismo que regía en el momento de promulgación del Código Penal. Muestra de ello es el patente descontento social que en los últimos años se viene manifestando en torno a la regulación de los delitos sexuales y ciertos pronunciamientos judiciales. De este modo, y como ya se ha señalado con anterioridad, es necesario, especialmente en un ámbito tan sensible como la libertad sexual, que el cambio social y de mentalidad se vea acompañado de una evolución legislativa paralela.

Todo lo anterior, no obstante, no debe interpretarse en el sentido de mostrar mi conformidad con el proyecto de reforma. Más bien al contrario, considero que, si bien es cierto que dicha propuesta contiene importantes aciertos, también adolece, a mi juicio, de grandes defectos. De este modo, en los siguientes apartados se pretende llevar a cabo un análisis crítico de las modificaciones que, en la regulación de los delitos contra la libertad sexual, introduce el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, tomando en consideración el debate doctrinal que dicha propuesta está generando, así como los informes emitidos por los correspondientes órganos consultivos¹⁰¹.

1.- Rúbrica del Título VIII del Libro II del Código Penal.

La primera modificación que introduce el Anteproyecto de Ley Orgánica, ausente en su primera versión, consiste en la eliminación de la referencia a la ‘indemnidad’ en el epígrafe del Título VIII propuesto. De esta manera, la nueva rúbrica del Título VIII dejaría de denominarse ‘*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*’ para pasar a ser simplemente ‘*Delitos contra la libertad sexual*’.

¹⁰¹ Concretamente, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el Consejo Económico y Social, y el Consejo Fiscal.

Como se ha señalado en la exposición normativa previa, el concepto de ‘indemnidad’ como objeto de tutela penal fue incorporado por la Ley Orgánica 11/1999, poniendo de manifiesto que la ‘libertad sexual’ no era el único bien jurídico protegido en el Título VIII, sino que, en el caso de los delitos sexuales que afectan a menores e incapaces, lo que se estaba protegiendo realmente era la intangibilidad o indemnidad que debe otorgarse a estas personas en su faceta sexual, esto es, el derecho a desarrollar libremente el sentido de la sexualidad.

Esta modificación asumía así la doctrina mayoritaria del momento, de acuerdo con la cual, dada la incapacidad de menores e incapaces para comprender el significado y trascendencia de las conductas sexuales, estos no podían ser considerados titulares del derecho a la libertad sexual, y que, por lo tanto, concebía la libertad e indemnidad sexuales como bienes jurídicos autónomos y diferenciados¹⁰².

En sentido contrario, algunos autores, entre ellos Diez Ripollés, consideraban que el concepto de libertad sexual no venía referido “a la facultad subjetiva de la persona de ejercer la libertad sexual que ya posee, sino al derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad”¹⁰³, de tal modo que una adecuada interpretación del concepto de ‘libertad sexual’ permitiría integrar dentro de su tutela la denominada ‘indemnidad sexual’.

La reforma propuesta por el Anteproyecto, en definitiva, parece adoptar esta última posición y recupera la denominación previa a la reforma de 1999, asumiendo de este modo un concepto de ‘libertad sexual’ que comprendería a su vez el concepto de ‘indemnidad’. En este sentido, tal y como señala el informe emitido por el Consejo Fiscal, la libertad sexual quedaría conceptualizada, en sintonía con el Anteproyecto, “como un derecho humano y un bien jurídico especialmente relevante, que consiste en el derecho a ejercer la autodeterminación sexual presente o potencial”¹⁰⁴, de tal modo que, en los delitos sexuales contra menores, lo que se

¹⁰² Vid. en este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal: Parte especial*, 20^a ed., cit., p. 173.

¹⁰³ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Las últimas reformas...*, cit., pg. 47.

¹⁰⁴ Vid. *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, pg. 62.

estaría protegiendo realmente es su libertad sexual *in fieri* (es decir, en formación)¹⁰⁵.

El Consejo General del Poder Judicial, por su parte, ha adoptado una posición contraria a la supresión de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido, sugiriendo así el mantenimiento de la rúbrica actual del Título VIII. Dicha opinión se sustenta sobre dos motivos: en primer lugar, que la reforma propuesta supone hacer abstracción de una consolidada doctrina jurisprudencial sobre el concepto de indemnidad sexual, y, en segundo lugar, que no parece correcto afirmar que, en el supuesto, por ejemplo, de una agresión sexual agravada cuando el sujeto pasivo sea menor de cuatro años, el bien jurídico tutelado sea la libertad sexual del menor¹⁰⁶.

Desde mi punto de vista, si bien es cierto que suprimir la mención a la ‘indemnidad’ en la rúbrica del Título VIII permite prescindir de conceptos ciertamente moralizadores, como ‘indemnidad’ o ‘intangibilidad’ en relación con la sexualidad de los menores, “reconduciendo esta al ámbito de la libertad sexual potencial o en formación”¹⁰⁷, sin embargo, hay ciertas modalidades delictivas que solo pueden ser entendidas en términos de indemnidad sexual.

En este sentido, hay que tener en cuenta que el concepto de ‘indemnidad sexual’ al que alude la rúbrica del Título VIII viene referido, no solo a los delitos sexuales que recaen sobre menores, sino también a aquellos que recaen sobre personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En el caso de estas últimas, por lo tanto, lo que se estaría tratando, no es de proteger la libertad sexual futura o en formación propia de los menores, sino de evitar que estas personas sean utilizadas “como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales”¹⁰⁸. En estos supuestos de incapacidad para consentir, en los

¹⁰⁵ Vid. en este sentido, QUINTERIO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios a la Parte Especial...*, cit., pg. 303.

¹⁰⁶ Vid. *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, pg. 78.

¹⁰⁷ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21, 2019, pg. 5.

¹⁰⁸ Vid. en este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal: Parte especial*, 20^a ed., cit., p. 172.

que resulta irrelevante lo que el sujeto pueda decir, hacer o querer, difícilmente podría estar protegiéndose su libertad sexual¹⁰⁹.

En definitiva, y en consonancia con la valoración emitida por el CGPJ, considero conveniente mantener la rúbrica actual del Título VIII y, por tanto, la referencia a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido. Es importante señalar, no obstante, que, independientemente de la denominación que finalmente se adopte, la supresión de la referencia a la indemnidad sexual propuesta por el Anteproyecto no conlleva ningún cambio regulatorio significativo en la tipificación de los delitos sexuales que recaen sobre menores e incapaces, manteniéndose por tanto la situación actual y, sobre todo, la irrelevancia del consentimiento de los menores de 16 años.

2.- Unificación de los delitos contra la libertad sexual: el nuevo delito de agresión sexual

La principal novedad que pretende introducir el Anteproyecto de Ley Orgánica consiste en la creación de una única categoría delictiva que aglutine lo que hoy constituyen dos tipos penales diferenciados: la agresión sexual (art. 178 CP) y el abuso sexual (art. 181 CP). El Anteproyecto propone por tanto la desaparición del abuso sexual, configurando así todos los atentados contra la libertad sexual como un delito de ‘agresión sexual’¹¹⁰. Concretamente, la redacción que se propone es la siguiente:

“Artículo 178.

1. *Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. (...).*
2. *A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia,*

¹⁰⁹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José, “La reforma de las agresiones sexuales”, en *Diario La Ley*, núm. 9790, 2021, pg. 5.

¹¹⁰ En base a ello, se elimina el contenido del actual Capítulo II del Título VIII (*‘De los abusos sexuales’*), y se traslada todo su contenido, con modificaciones, al Capítulo I del Título VIII (*‘De las agresiones sexuales’*).

intimidación o abuso de una situación de superioridad o 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”.

El artículo 178 APLO, por lo tanto, pasaría a castigar como ‘agresión sexual’ todo atentado contra la libertad sexual que se lleve a cabo sin el consentimiento de la otra persona, sin diferenciar aquellos supuestos en los que el sujeto activo emplee violencia o intimidación en la ejecución del delito. Se englobarían así en un único tipo penal todas las conductas que vienen a configurar los tipos penales de abuso y agresión sexual de manera diferenciada.

Esta modificación supone, en definitiva, un cambio trascendental del modo en que los delitos contra la libertad sexual se encuentran configurados en el actual Código Penal, y precisamente por ello ha generado una enorme controversia. No obstante, antes de entrar a analizar la redacción del art. 178 CP propuesto, es necesario atender primero al fundamento de la reforma.

a) Convenio de Estambul: el consentimiento en el centro de la regulación.

De acuerdo con lo señalado en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, la modificación propuesta tiene como principal objetivo cumplir con las obligaciones asumidas por España desde la ratificación del Convenio de Estambul¹¹¹ en el año 2014. En este sentido, del artículo 36 del Convenio¹¹² parece derivarse la obligación de los Estados de tipificar los delitos de carácter sexual en torno a la ausencia de consentimiento.

De este modo, la reforma propuesta trata de situar como elemento central de la regulación el consentimiento de la víctima, castigando en el tipo básico del delito

¹¹¹ 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.

¹¹² Art. 36 del Convenio de Estambul: “1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometiera 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”.

todo acto que atente contra la libertad sexual de otra persona llevado a cabo sin su consentimiento. Desaparece, por lo tanto, “la mención a la violencia o intimidación ejercida y la consiguiente distinción entre agresiones sexuales y abusos sexuales, siendo el consentimiento lo que determina la aparición del tipo penal”¹¹³.

La conveniencia de tipificar los delitos sexuales sobre la base del consentimiento se deriva, no solo de las obligaciones contenidas en el Convenio de Estambul, sino también de la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en su Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (caso MC. Contra Bulgaria) el tribunal afirmaba lo siguiente:

*“En la mayoría de los países europeos influenciados por la tradición continental, la definición de la violación contiene referencia al uso de la violencia o amenazas por el perpetrador. Es importante destacar, sin embargo, que, en la jurisprudencia y la teoría legal, es la falta de consentimiento, no la fuerza la que es considerada el elemento que constituye el delito de violación”*¹¹⁴.

Esta fundamentación de la reforma, no obstante, ha sido criticada por considerar que “la regulación del Código Penal vigente en materia de delitos contra la libertad sexual se asienta ya sobre la idea de consentimiento”¹¹⁵, en la medida en que su ausencia aparece configurada como presupuesto de la intervención penal, ya sea en la forma de agresión o de abuso sexual. No obstante, desde mi punto de vista, si bien dicha apreciación es cierta, el esquema regulativo actual sitúa el énfasis, no en el consentimiento de la víctima, sino en los medios empleados para la comisión del delito¹¹⁶.

¹¹³ Vid., *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 64.

¹¹⁴ Vid. STEDH de 4 de diciembre de 2003 (caso MC. contra Bulgaria), párrafo 159. En el mismo sentido, recientemente el Parlamento Europeo, a través de la Resolución de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género, ha solicitado a la Comisión que incluya “recomendaciones dirigidas a todos los Estados miembros para que modifiquen la definición de violación en su legislación nacional de forma que se base en la ausencia de consentimiento” (apartado 33).

¹¹⁵ Vid., *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 82. En el mismo sentido, RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, “¿Cambio de paradigma o juego de espejos?”, en *Juezas y Jueces para la Democracia*, comisión de penal, núm. 12, vol. I, 2021, pg. 35.

¹¹⁶ Vid. en sentido contrario, RODRÍGUEZ SÁEZ, Josep Antoni, “La reforma de los delitos contra la libertad sexual. Es preciso encontrar su necesidad.”, en *Juezas y Jueces para la Democracia*, comisión de penal, núm. 12, vol. I, 2021, pgs. 49 y 50.

La nueva regulación propuesta por el Anteproyecto, por lo tanto, pone en el centro de la regulación de los delitos sexuales lo que verdaderamente importa: el consentimiento de la víctima, de tal modo que “se abandona como criterio de tipificación la heterogeneidad del medio empleado para atentar con la libertad sexual”¹¹⁷. La violencia o intimidación, que en la regulación actual configuran el delito de agresión sexual, pasan a tener por lo tanto un papel secundario en el Anteproyecto, en la medida en que su presencia ni determina la existencia del delito, ni tiene incidencia en la pena¹¹⁸. El elemento nuclear de los tipos penales es, en definitiva, la ausencia de consentimiento.

Asimismo, este nuevo esquema regulativo, no solo permite cumplir con las exigencias derivadas del Convenio de Estambul, sino que, a mi juicio, posee también un fuerte carácter simbólico, pues permite lanzar el mensaje a la sociedad de que todo acto de carácter sexual realizado sin el consentimiento de la otra persona será siempre, y en todo caso, un hecho delictivo. En otras palabras, la redacción propuesta deja claro que la simple ausencia de consentimiento convierte al acto sexual en delito.

b) Unificación conceptual < " g n " f g n k v q " f g " ÷ c i t g u k » p " u g z w

Como se ha podido observar, el modo en que se ha situado el consentimiento en el centro de la regulación ha sido mediante la creación de una única categoría delictiva. De este modo, el Anteproyecto pretende realizar una unificación conceptual entre los actuales delitos de agresión y abuso sexual, pasando a castigar como delito de ‘agresión sexual’ todos aquellos actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento.

La configuración de un único tipo penal de agresión sexual no es algo novedoso del Anteproyecto de Ley Orgánica, sino que, al contrario, la reforma de 1989, tras suprimir el entonces delito de ‘abusos deshonestos’, pasó a calificar como ‘agresión sexual’ toda conducta atentatoria contra la libertad sexual no constitutiva de violación (art. 430 CP 1973). No obstante, como se ha señalado en la exposición

¹¹⁷ Vid. JERICÓ OJER, Leticia, “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de LO de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, en *Juezas y Jueces para la Democracia*, boletín de violencia de género, núm. 11, 2020, pg. 15.

¹¹⁸ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La reforma de las agresiones...*, cit. pg. 7.

normativa previa, ya en aquel entonces la denominación empleada fue criticada por un importante sector de la doctrina, que calificó de incorrecto el uso del término ‘agresión’ por considerar que la violencia no caracterizaba a todas las posibles modalidades comisivas del delito¹¹⁹.

Desde mi punto de vista, sin embargo, la supresión del término ‘abuso’ y la configuración de un único delito de ‘agresión sexual’ debe ser aplaudida¹²⁰. En este sentido, si prestamos atención al propio significado etimológico del término ‘abusar’ (*ab-usus*), este viene referido a un ‘uso excesivo, indebido o injusto de algo o alguien’, lo que implícitamente presupone el derecho a uso¹²¹. Asimismo, considero que el concepto de ‘abuso sexual’ tampoco permite hacer visible ante la sociedad la gravedad propia de estas conductas.

Aunque pueda parecer algo irrelevante, no lo es; las palabras que empleamos importan, especialmente por la carga simbólica que poseen¹²². Precisamente por ello, el propio Consejo Fiscal ha valorado positivamente la unificación terminológica en el concepto de ‘agresiones sexuales’, en la medida en que eliminar la referencia a los abusos sexuales puede contribuir a evitar o reducir la victimización secundaria de las víctimas¹²³.

En cuanto a quienes consideran incorrecto el uso del término ‘agresión’, por no implicar siempre el delito una conducta violenta, he de confesar que no comparto dicha apreciación. A mi juicio, toda conducta sexual que se impone a otra persona en contra de su voluntad constituye un acto de violencia, aunque dicha violencia no se exteriorice físicamente¹²⁴. La agrupación de estos delitos bajo el *nomen iuris* de agresión sexual, por lo tanto, permite transmitir correctamente el carácter coactivo

¹¹⁹ Vid. en este sentido, ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, *El delito de violación...*, cit., pg. 588.

¹²⁰ Vid. en sentido contrario, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Alegato contra un derecho penal...*, cit., pg. 11.

¹²¹ Cfr. GIL ESTEVE, Helena, “Una reforma necesaria”, en *Juezas y Jueces para la Democracia*, comisión de penal, núm. 12, vol. I, 2021, pg. 45, y JERICÓ OJER, Leticia, *Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica...*, cit., pg. 17.

¹²² Vid. en sentido contrario RODRÍGUEZ SÁEZ, Josep Antoni, *La reforma de los delitos...*, cit., pg. 49, quien califica la cuestión terminológica como ‘intrascendente’.

¹²³ Cfr. *Informe del Consejo Fiscal...*, cit., pg. 65. En el mismo sentido, JERICÓ OJER, Leticia, *Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica...*, cit., pg. 17.

¹²⁴ En el mismo sentido, GIL ESTEVE, Helena, *Una reforma necesaria...*, cit., pg. 45, considera que “existe una violencia intrínseca en cualquier acto de carácter sexual que la persona agresora realiza sin el consentimiento de la víctima”.

y agresivo de toda conducta sexual realizada sin el consentimiento de la persona agredida.

Aún en el supuesto de no compartir este punto de vista, debe tenerse en cuenta que, en la esfera penal, el concepto de ‘agresión’ no necesariamente se identifica con una manifestación de violencia, sino que, en ocasiones, dicho término es utilizado para referirse de forma general a todo atentado contra un bien jurídico¹²⁵. De todos modos, una forma de salvar este debate sobre el uso del término ‘agresión’ podría ser emplear un concepto diferente, por ejemplo, ‘ataque’ o ‘atentado sexual’, terminología esta última que aparece expresamente en la redacción del nuevo art. 194 bis CP¹²⁶.

En todo caso, si bien considero que debe valorarse positivamente la eliminación de la distinción entre agresión y abuso sexual y su equiparación en el plano terminológico, hay que tener en cuenta que “una cosa es proponer que todo ataque a la libertad sexual reciba el nombre de agresión, y otra que todo ataque a la libertad sexual tenga la misma pena”¹²⁷. En este sentido, precisamente, el propio CGPJ ha señalado que “el legislador podía haber unificado la denominación de estas dos modalidades de infracción (agresión sexual), sin necesidad de abandonar la distinción típica entre agresión y abuso que responde a un distinto desvalor de la acción lesiva del bien jurídico”¹²⁸.

c) Atenuación de los problemas probatorios.

Según la Exposición de Motivos del Anteproyecto, junto al cumplimiento de las exigencias derivadas del Convenio de Estambul, la equiparación del abuso y la

¹²⁵ Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo y FARALDO CABANA, Patricia, “‘Solo sí es sí’, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 40, 2020, pg. 42. En sentido similar, SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos, *El Delito de Agresiones Sexuales...*, cit., pg. 70, para quien el concepto de agresión viene referido a un acto que infringe o lesionan el derecho de otro.

¹²⁶ Cfr. JERICÓ OJER, Leticia, *Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica...*, cit., pg. 18. En un sentido similar, ESCODA MERINO, María del Prado, “Una ley necesaria que necesita mejorar”, en *Juezas y Jueces para la Democracia*, comisión de penal, núm. 12, vol. II, 2021, pg. 36.

¹²⁷ Vid. VARELA CASTEJÓN, Xerman, “Notas sobre la propuesta de reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en *Juezas y Jueces para la Democracia*, comisión de penal, núm. 12, vol. II, 2021, pg. 25.

¹²⁸ Vid., *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 79. Al efecto, conviene señalar además que el Convenio de Estambul, si bien obliga a situar el consentimiento en el centro de la regulación de los delitos sexuales, no exige en ningún momento la equiparación de trato de las conductas atentatorias a la libertad sexual.

agresión sexual en una única categoría delictiva persigue a su vez dos objetivos fundamentales: reorientar el régimen de valoración de la prueba y evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria¹²⁹.

Por lo que respecta al régimen de valoración de la prueba, el Consejo Fiscal ha señalado que, en ningún caso, la reforma propuesta por el Anteproyecto puede suponer una inversión de la carga de la prueba o una vulneración del principio de presunción de inocencia, interesando de este modo la eliminación de dicha expresión de la Exposición de Motivos¹³⁰. No obstante, a mi juicio, si bien es cierto que la expresión utilizada por el prelegislador resulta un tanto controvertida, lo que se pretende con la reforma no es invertir la carga de la prueba, sino, como acertadamente han señalado varios autores, una disminución de los problemas probatorios que presenta la tipificación actual¹³¹.

Estos problemas probatorios se ponen de manifiesto en el momento de determinar si nos encontramos ante un delito de agresión sexual, por la concurrencia de violencia o intimidación, o bien ante un delito de abuso sexual. Esta cuestión, que a priori puede parecer clara y sencilla, sin embargo, en la práctica no lo es tanto. Prueba de ello son las debatidas resoluciones judiciales sobre ‘*la Manada*’, que, sobre la base de prácticamente los mismos hechos probados, y con consistentes argumentaciones, han dado lugar a fallos contradictorios¹³².

Los supuestos en los que la conducta sexual se lleva a cabo empleando para ello violencia (entendida como *vis física*) no suelen plantear grandes dudas respecto a su consideración como delito de agresión sexual. Por el contrario, la dificultad es mayor en el caso de la intimidación, especialmente por la necesidad de diferenciarla de las situaciones típicas configuradoras de los abusos sexuales, concretamente el ‘abuso sexual por prevalimiento’. Los Tribunales, de este modo, se encuentran

¹²⁹ Vid. apartado III de Exposición de Motivos.

¹³⁰ Vid., *Informe del Consejo Fiscal...*, cit., pgs. 65 y 66.

¹³¹ Vid. en este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Alegato contra un derecho penal...*, cit., pg. 8, y JERICÓ OJER, Leticia, *Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica...*, cit., pg. 16.

¹³² En este sentido, COMAS D'ARGEMIR, Montserrat, “Necesidad de una ley integral para combatir las violencias sexuales”, en *Juezas y Jueces para la Democracia*, comisión de penal, núm. 12, vol. I, 2021, pg. 21, considera que “el hecho de que la aplicación de un mismo tipo penal, ante unos mismos hechos declarados probados, pueda enfrentar a los Tribunales con dos soluciones tan distintas, y esa divergencia se mantenga en tiempos y lugares diversos” provoca una gran inseguridad jurídica y pone de manifiesto que la ley es errónea y debe ser modificada.

frecuentemente con el problema de distinguir entre la agresión sexual intimidatoria y el abuso sexual por prevalimiento (denominado incluso por un sector de la doctrina como ‘intimidación menor’ o ‘intimidación de segundo grado’).

Como reconoce en su informe el CGPJ, entre uno y otro medio comisivo no existe, ciertamente, una diferencia material nítida, pues “ambos conceptos remiten a realidades que se solapan, haciendo que la distinción del núcleo de significación de uno y otro sea una cuestión de grado”¹³³. De este modo, no es extraño que se planteen ante los Tribunales casos límites entre una y otra figura delictiva que pueden generar dudas a la hora de determinar cuál de las dos debe aplicarse en el caso concreto¹³⁴.

No obstante, ante la dificultad de distinguir una y otra figura, el Tribunal Supremo ha recordado que, en caso de duda, debe aplicarse la solución más favorable al reo (esto es, el abuso por prevalimiento)¹³⁵, con el consiguiente riesgo de crítica a las resoluciones judiciales por no ajustarse a las expectativas de aplicación correcta, tal y como ha podido comprobarse en los últimos tiempos en algún caso notorio.

No se puede negar que, efectivamente, al eliminar la distinción entre la agresión y el abuso sexual, se atenúan los problemas probatorios actuales, pues será suficiente con probar la ausencia de consentimiento de la víctima para poder aplicar el tipo básico del delito, sin necesidad de entrar a valorar otras cuestiones. No obstante, como bien señala Muñoz Conde, debe tenerse en cuenta que el problema ante el que nos encontramos reside en la determinación y prueba de los hechos a los que la ley debe aplicarse, no en las insuficiencias o defectos de la regulación penal de estos delitos¹³⁶.

En definitiva, considero que, si bien es cierto que la reforma propuesta por el Anteproyecto permite disminuir los problemas probatorios que presenta la regulación actual, las dificultades con las que en ocasiones se encuentran los

¹³³ Vid., *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 79.

¹³⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *La vinculación del juez a la ley...*, cit., pg. 227.

¹³⁵ Vid. en este sentido, la STS 383/1999, de 10 de febrero, que establece lo siguiente: “*La frontera entre el prevalimiento de una situación de superioridad y la intimidación es algo que no puede, a veces, conocerse con precisión. Desde luego, si al respecto queda alguna duda en el Tribunal, debe aplicarse la solución más favorable al reo*” (FJ 5º).

¹³⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *La vinculación del juez a la ley...*, cit., pg. 232.

Tribunales para diferenciar entre los delitos de agresión y abuso sexual no deben llevar a desmontar la matizada regulación material de estos delitos que contiene el actual Código Penal¹³⁷.

d) Evitar la revictimización o victimización secundaria.

En estrecha relación con la disminución de los problemas probatorios, la eliminación de la distinción entre agresión y abuso sexual tiene también como objetivo evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria de la mujer víctima de delitos sexuales.

En este sentido, las dificultades de delimitación entre los delitos de agresión y abuso sexual han tenido como consecuencia que en el centro de la actividad probatoria se haya colocado el comportamiento y la actitud de la víctima del delito. Lo que hizo la mujer, lo que decidió no hacer o lo que le era exigible o no que hiciera “concentra prácticamente toda la actividad probatoria relevante, porque de ello se deriva la existencia o no de consentimiento (...) y la calificación del hecho como agresiones o abusos sexuales”¹³⁸.

Sin embargo, el problema no deriva únicamente del hecho de haber situado el comportamiento de la mujer en el centro de la actividad probatoria, sino también de la interpretación que de dicho comportamiento lleva a cabo el órgano judicial, en ocasiones dotado de fuertes estereotipos sexistas¹³⁹. Se produce de este modo una evidente victimización secundaria en la que la mujer víctima de violencia sexual es cuestionada frecuentemente, mucho más que en otros delitos, “no sólo porque se duda de la verosimilitud de su testimonio sino también porque se

¹³⁷ Vid. en el mismo sentido, RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, *Cambio de paradigma...*, cit., pg. 40, para quien la dificultad que puede ofrecer en casos concretos la diferenciación entre agresión y abuso sexual es “consustancial a la vaguedad inherente a todo enunciado normativo, donde siempre hay un núcleo duro de significado junto a un espacio de penumbra, y a la complejidad de interpretar la realidad que constituye el objeto regulativo”.

¹³⁸ Vid. GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La reforma de las agresiones...*, cit. pg. 2.

¹³⁹ En este sentido, véase, por ejemplo, en la sentencia de La Manada (SAP Navarra 38/2018, de 20 de marzo), el voto particular de uno de los magistrados integrantes del Tribunal sentenciador, el cual interpretó los hechos como un mero acto placentero del que gozaron por igual los cinco varones y la joven con la que mantuvieron las relaciones.

cuestiona su comportamiento, sus hábitos, su vida privada o incluso el modo de superar la experiencia traumática”¹⁴⁰.

En base a ello, considero que, efectivamente, incluir las distintas modalidades de ataque a la libertad sexual en una única categoría delictiva, permite reducir los riesgos de revictimización o victimización secundaria, por cuanto será suficiente acreditar la concurrencia de alguna de las modalidades descritas para aplicar el tipo penal de agresiones sexuales, sin necesidad de entrar a valorar ulteriores cuestiones. No obstante, ¿quiere esto decir que debemos prescindir de la valoración judicial para ir directamente a una reforma legal en la que se resuelva el problema haciendo tabla rasa de la distinción entre agresión y abuso sexual?

De acuerdo con Diez Ripollés, la necesidad de diseñar estrategias e instrumentos procesales, y consolidar rutinas judiciales, que eviten la victimización secundaria “no autoriza a desmontar la matizada regulación material de estos comportamientos, con los beneficios que conlleva, ni a reducir las exigencias probatorias”¹⁴¹.

En mi opinión, pese a que comparto firmemente el objetivo perseguido con la reforma, considero que el medio empleado para ello no es el correcto, sobre todo porque no permite alcanzar realmente la finalidad perseguida. En este sentido, si bien es cierto que la equiparación entre la agresión y el abuso sexual permite reducir la victimización secundaria, sin embargo, no consigue eliminarla, dado que el comportamiento de la víctima seguirá constituyendo el centro de la actividad probatoria a los efectos de determinar la existencia o no de consentimiento.

Si realmente se quiere eliminar el riesgo de que se produzca esta revictimización, la manera de hacerlo es, a mi juicio, abordando la raíz del problema: la interpretación que los órganos judiciales llevan a cabo del comportamiento y la actitud de las mujeres víctimas de delitos sexuales. En este sentido, resulta necesario que la interpretación y aplicación de las normas legales por parte de los órganos judiciales se adapte a las transformaciones sociales de las últimas décadas

¹⁴⁰ Vid. JERICÓ OJER, Leticia, *Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica...*, cit., pg. 16. En sentido similar, RAMÓN RIBAS, Eduardo y FARALDO CABANA, Patricia, *Solo sí es sí...*, cit., pg. 32.

¹⁴¹ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Alegato contra un derecho penal...*, cit., pg. 11.

y a las nuevas formas de entender el comportamiento sexual, especialmente de las mujeres. Para ello, los órganos judiciales, a la hora de valorar las circunstancias que rodean el caso concreto, deben tener en cuenta, no solo las reglas de la lógica, sino también adoptar una ‘perspectiva de género’¹⁴².

De este modo, a la luz de los nuevos patrones de comportamiento sexual, deben reevaluarse asuntos tan determinantes como “el consentimiento tácito o presunto, la reconsideración del sentido sexual implícito de ciertos comportamientos de la mujer, el mantenimiento del consentimiento durante una relación cuyas circunstancias pueden cambiar sustancialmente”¹⁴³, aspectos todos ellos que, a mi juicio, siguen siendo valorados en gran medida sobre la base de una interpretación dotada de fuertes estereotipos de signo machista. Solo así puede alcanzarse realmente el objetivo perseguido por el Anteproyecto¹⁴⁴.

Por otro lado, antes de finalizar este apartado, considero relevante hacer referencia a la propuesta formulada por González Rus, de acuerdo el cual, para evitar realmente la victimización secundaria de las víctimas, lo que debe hacerse es situar el énfasis de la regulación de los delitos sexuales en el comportamiento del autor, y no en el de la víctima. De este modo, pese a que valora positivamente la reforma del Anteproyecto, considera que no es suficiente, puesto que, al colocar el consentimiento en el centro de la intervención penal, lo que hace es focalizar el análisis en la actuación de quien debe prestarlo, esto es, la víctima, por lo que inevitablemente la actividad probatoria recae sobre su comportamiento¹⁴⁵. En definitiva, para este autor, es necesario configurar los delitos sexuales de tal manera que se sitúe en el centro de su interpretación y aplicación el comportamiento del sujeto activo del delito, y no el de la víctima.

¹⁴² Vid. en el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco, *La vinculación del juez a la ley...*, cit., pg. 238, y COMAS D'ARGEMIR, Montserrat, *Necesidad de una ley integral...*, cit., pg. 26.

¹⁴³ Vid. GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La reforma de las agresiones...*, cit. pg. 4.

¹⁴⁴ Precisamente en esta línea, la Disposición Final 18^a del Anteproyecto prevé la remisión por parte del Gobierno, en el plazo de un año, de un proyecto de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y de la Ley 50/1981, de 20 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánica del Ministerio Fiscal, dirigido a establecer la especialización, tanto de órganos judiciales como de sus titulares, en materia de violencias sexuales.

¹⁴⁵ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La reforma de las agresiones...*, cit. pg. 8.

e) Principio de proporcionalidad.

Al margen de los objetivos perseguidos por el Anteproyecto, un elemento en el que parecen coincidir, no solo el Consejo Fiscal y el CGPJ, sino también la mayor parte de la doctrina, es que la reforma propuesta por el Anteproyecto de Ley Orgánica puede afectar directamente al principio de proporcionalidad. En este sentido, el Anteproyecto, al crear una única categoría delictiva y equiparar punitivamente las diferentes modalidades comisivas, lo que está haciendo es otorgar el mismo tratamiento a supuestos de hecho que, en realidad, son materialmente desiguales.

Esta indiferenciación valorativa de los medios comisivos que comporta la unificación proyectada puede llevar aparejado, a juicio del CGPJ, un efecto de desprotección de las víctimas, pues “para el sujeto activo del delito no tendrá mayores consecuencias si se emplea un medio comisivo más lesivo que otro de intensidad menor”¹⁴⁶. No obstante, en sentido contrario, se ha señalado que la mayor o menor gravedad del atentado a la libertad sexual podrá ser tomada en consideración por el órgano judicial en la fase de individualización de la pena, habida cuenta de que el marco penal previsto por el prelegislador es suficientemente amplio¹⁴⁷.

Esta circunstancia, sin embargo, podría impedir alcanzar los objetivos perseguidos por la reforma, en la medida en que, a la hora de graduar la pena dentro del mismo marco, lo más probable es que los tribunales diferencien en función de la modalidad de ataque al bien jurídico protegido (persistiendo el problema probatorio)¹⁴⁸ y que, además, vuelva a situarse en el centro del debate el comportamiento de la víctima (propiciando su revictimización).

Asimismo, la configuración de marcos penales muy amplios para que sea el juez quien elija la pena que mejor se ajuste a la entidad del hecho delictivo podría ser incluso contrario al principio material de legalidad penal, puesto que es el legislador

¹⁴⁶ Vid. *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 80. En el mismo sentido, VARELA CASTEJÓN, Xerman, *Notas sobre la propuesta...*, cit., pg. 27.

¹⁴⁷ Vid. en este sentido, RAMÓN RIBAS, Eduardo y FARALDO CABANA, Patricia, *Solo sí es sí...*, cit., pg. 39.

¹⁴⁸ Cfr. RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, *Cambio de paradigma...*, cit., pg. 39.

quien debe distinguir, con la mayor claridad posible y en abstracto, aquellas conductas que presenten un desvalor diferenciado¹⁴⁹. El poder legislativo, en definitiva, no puede dejar en manos del poder judicial un ámbito tan amplio de decisión, pues ello, además, implica otorgar a los jueces una enorme discrecionalidad.

Por otro lado, en base al principio de proporcionalidad, la reforma propuesta puede incurrir también en una prohibición de exceso “al castigarse con gran severidad conductas que presentan un menor grado de lesividad”¹⁵⁰. En este sentido, desde el punto de vista penológico, el art. 178 APLO propone castigar el delito de agresión sexual, cualquiera que sea su modalidad comisiva, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Este nuevo marco punitivo supone, respecto del tipo básico de agresión sexual vigente, una rebaja en el límite máximo, que pasa de cinco años de prisión a cuatro, y, a la inversa, un incremento respecto de la actual regulación del delito de abuso sexual, cuya pena máxima se eleva de tres a cuatro años. No obstante, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, lo más relevante es que el Anteproyecto elimina la posibilidad de que el delito lleve aparejada la pena de multa (sin perjuicio del tipo atenuado del art. 178.3 APLO, que será analizado más adelante).

En definitiva, considero que, a efectos penológicos, la diferenciación contenida en el CP actual debe ser valorada positivamente, por cuanto permite reflejar con precisión la diferente intensidad del atentado a la libertad sexual sufrido, respetando de este modo el principio de proporcionalidad¹⁵¹. Asimismo, no puede pasarse por alto el hecho de que la ‘violencia o intimidación’ como criterio agravante está previsto, no sólo en relación con los delitos contra la libertad sexual, sino también

¹⁴⁹ Vid. en este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Alegato contra un derecho penal...*, cit., pg. 27, y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La vinculación del juez a la ley...*, cit., pg. 241.

¹⁵⁰ Vid. *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 80.

¹⁵¹ En sentido contrario, GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La reforma de las agresiones...*, cit. pg. 7, señala la posibilidad de que violencias o intimidaciones leves puedan comportar un desvalor de acción menor al inherente a otros supuestos de prevalimiento o de abuso de superioridad. Asimismo, si bien admite el posible menoscabo al principio de proporcionalidad, considera que no debe prevalecer sobre las ventajas que supone simplificar la aplicación del delito y facilitar la prueba.

en otros ámbitos de la delincuencia, como, por ejemplo, los delitos contra el patrimonio.

No se puede negar, no obstante, que el Código Penal no siempre tiene en cuenta la violencia o intimidación como factor de agravación cuando concurre. Al contrario, en el Código Penal conviven “figuras delictivas que sí otorgan relevancia (o mucha relevancia) al hecho de que se utilice violencia o intimidación, con otras que ignoran totalmente la presencia de estas o que la equiparan con otros medios no violentos”¹⁵² tales como el engaño o el abuso de superioridad. A mi juicio, no obstante, la diferenciación punitiva que prevé el CP actual en los delitos contra la libertad sexual resulta acertada, por cuanto el uso de violencia o intimidación constituye la forma más grave de ataque al bien jurídico protegido.

En resumen, y tomando en consideración todo lo señalado hasta ahora, considero que, si bien la unificación de todas las modalidades de atentado a la libertad sexual en el nuevo delito de ‘agresión sexual’ merece ser aplaudida, sin embargo, esta unificación conceptual no debe traducirse en una equiparación punitiva de las diferentes modalidades comisivas del delito. A mi juicio, lo más conveniente sería por lo tanto introducir en la regulación propuesta por el Anteproyecto una modalidad agravada de agresión sexual para aquellos supuestos en los que el hecho delictivo se lleve a cabo empleando medios especialmente lesivos (básicamente, violencia o intimidación)¹⁵³.

f) Redacción del Anteproyecto.

Entrando, ahora sí, a analizar la redacción propuesta por el Anteproyecto, nos encontramos con que el apartado primero del art. 178 APLO castiga como reo de agresión sexual a quien “*realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento*”. Esta redacción, como ya se ha señalado, tiene la virtud de dejar claro que la mera ausencia de consentimiento es suficiente para convertir el acto sexual en delito, y, además, mejora la descripción de la conducta típica, pues la expresión “*el que realice cualquier acto que atente contra*

¹⁵² Vid. RAMÓN RIBAS, Eduardo y FARALDO CABANA, Patricia, *Solo sí es sí...*, cit., pg. 30.

¹⁵³ Esta propuesta, sugerida también por *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 80, aparece contemplada en el ‘Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal para la proyección de la libertad sexual de las ciudadanas y los ciudadanos’.

la libertad sexual” resulta más precisa que “*el que atentare contra la libertad sexual*” de la redacción vigente¹⁵⁴.

A continuación, el apartado segundo del mismo artículo precisa que, a los efectos del apartado anterior, 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 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 (*sic*). A través de este apartado, básicamente, el Anteproyecto trata de equiparar los contenidos básicos de los tipos vigentes de agresión y abuso sexual, aunque con ciertas modificaciones.

En primer lugar, conviene señalar que, el apartado segundo, al utilizar la expresión “*se consideran en todo caso agresión sexual*”, viene a dejar claro que su contenido simplemente trata de explicitar algunos de los supuestos más importantes que resultan típicos conforme al apartado primero, reconociendo de este modo “la posibilidad de que haya otros que sean subsumibles directamente en el primer inciso”¹⁵⁵.

Se resuelven de este modo las incertidumbres que, como se señaló previamente, giran en torno al vigente art. 181.1 CP acerca de si se trata de una simple enunciación legal o, por el contrario, posee también un contenido prohibitivo propio. A través de esta redacción, en definitiva, el prelegislador deja claro su deseo de castigar “actos no consentidos de leve significación sexual o realizados con medios coercitivos o en situaciones de preeminencia de escasa relevancia”¹⁵⁶.

En segundo lugar, la introducción del término “*actos de contenido sexual*” en el apartado segundo, unido al hecho de que únicamente en dos supuestos se exija que el acto se lleve a cabo *sobre* la víctima (privada de sentido o trastornada mentalmente), lleva a interpretar que la conducta típica del delito de agresión sexual incluye también aquellas conductas sexuales que no impliquen contacto corporal

¹⁵⁴ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La reforma de las agresiones...*, cit. pg. 6.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Ibid.

entre autor y víctima¹⁵⁷. Habrán de entenderse incluidos dentro de la conducta típica, por lo tanto, aquellos actos que la víctima realice con un tercero o sobre sí misma a instancia del autor¹⁵⁸.

Por otro lado, si comparamos la redacción vigente con la propuesta por el Anteproyecto, podemos observar en el apartado segundo una potenciación del actual abuso sexual por prevalimiento¹⁵⁹. Al efecto, conviene señalar tres cuestiones: en primer lugar, nos encontramos con que la acción de ‘prevalerse’ se sustituye por la de ‘abusar’; en segundo lugar, a diferencia de la redacción vigente, no se exige que la situación de superioridad sea manifiesta; y, en tercer lugar, junto a la superioridad, se añade una nueva situación de abuso, la de vulnerabilidad, situaciones ambas que aparecen contempladas como circunstancias de agravación, lo que, como veremos, puede plantear problemas desde el punto de vista del principio *non bis in idem*.

Considero conveniente señalar también que el Anteproyecto transforma el actual supuesto básico de abusos sexuales por anulación de la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia, en una circunstancia de agravación (art. 180 APLO), limitándose el tipo básico del delito de agresión sexual a exigir que el acto sexual se realice teniendo anulada por cualquier causa la víctima su voluntad¹⁶⁰. De este modo, la propuesta distingue entre aquellos supuestos en los que el sujeto activo lo que hace es aprovechar que la víctima tiene anulada su voluntad, y aquellos en los que es el propio autor quien ha causado dicha situación proporcionando instrumentalmente las sustancias a la víctima.

Por último, la propuesta contenida en el art. 178 CP del Anteproyecto, a pesar de unificar en la agresión sexual las distintas modalidades de ataque punibles en el derecho vigente, deja fuera de la nueva regulación el tipo penal de abuso sexual

¹⁵⁷ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Alegato contra un derecho penal...*, cit., pg. 15, y GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La reforma de las agresiones...*, cit. pg. 6.

¹⁵⁸ Esta circunstancia, sin embargo, aparece ya recogida expresamente en el actual art. 183.2 CP en relación con el delito de agresión sexual a menores de 16 años (y se mantiene en el art. 181.1 CP propuesto).

¹⁵⁹ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Alegato contra un derecho penal...*, cit., pgs. 8 y 9.

¹⁶⁰ Tal y como señala VARELA CASTEJÓN, Xerman, *Notas sobre la propuesta...*, cit., pg. 28, pese a que el tipo penal hace referencia a que la víctima tenga anulada ‘por cualquier causa’ su voluntad, no resulta claro qué otros supuestos, diferentes al consumo de substancias, pueden quedar comprendidos en la anulación de la voluntad de la víctima.

fraudulento o por engaño, previsto en el actual art. 182 CP. La desaparición de este delito, no obstante, debe valorarse de forma positiva, pues, como se ha puesto de manifiesto previamente, así lo ha venido reclamando la doctrina mayoritaria desde su incorporación en el CP de 1995.

3.- Tipo atenuado en atención a la menor entidad del hecho.

Con el objetivo de evitar una respuesta penal desproporcionada, el Anteproyecto introduce un tipo atenuado facultativo que permite moderar la pena impuesta en atención a la menor entidad del hecho. Concretamente, el art. 178.3 APLO señala lo siguiente:

“El o la juez o tribunal, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión inferior en grado o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho”.

A través de este tipo atenuado “se minimizan en cierta manera las graves consecuencias que se hubieran derivado de tipificar únicamente los dos primeros apartados del art. 178 CP”¹⁶¹, vinculadas fundamentalmente a la vulneración del principio de proporcionalidad. De este modo, si, en atención a las circunstancias concurrentes, el hecho no es suficientemente grave, se permite rebajar sustancialmente la pena, pudiendo imponer la pena inferior en grado o incluso la pena de multa¹⁶².

El principal problema que plantea el tipo atenuado, no obstante, consiste en determinar qué debe entenderse por ‘la menor entidad del hecho’. En este sentido, el CGPJ ha señalado que el art. 178.3 CP adolece de imprecisión y falta de taxatividad, por cuanto no queda claro si la menor entidad viene referida al tipo de acto sexual, al medio comisivo, al tipo subjetivo de injusto... Todo ello “deja un

¹⁶¹ Vid. JERICÓ OJER, Leticia, *Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica...*, cit., pg. 19.

¹⁶² Vid. en sentido favorable a la introducción del tipo atenuado, COMAS D'ARGEMIR, Montserrat, *Necesidad de una ley integral...*, cit., pg. 27.

amplísimo margen interpretativo al aplicador de la norma, que puede comprometer la observancia del principio de legalidad penal (art. 25 CE)”¹⁶³.

Teniendo en cuenta que una de las penas alternativas contempladas es la prevista en el art. 181.1 CP vigente (multa de dieciocho a veinticuatro meses), hay quien sostiene que la menor entidad del hecho podría estar vinculada con las modalidades que configuran el actual delito de abuso sexual, esto es, aquellas modalidades de agresión sexual que no implican violencia ni intimidación¹⁶⁴. No obstante, la redacción propuesta por el Anteproyecto no impide aplicar el tipo atenuado a supuestos en los que se haya empleado violencia o intimidación, abriendo así la puerta a la posibilidad de que se gradúe su intensidad¹⁶⁵.

El Consejo General del Poder Judicial, sin embargo, va más allá, y considera que la aplicación del tipo atenuado debería excluirse ante cualquiera de las circunstancias previstas en el apartado segundo del art. 178 APLO (incluidas las propias del actual delito de abusos sexuales), cuya concurrencia no debería dar lugar a la apreciación de ‘menor entidad del hecho’¹⁶⁶. La atenuación del apartado tercero, en definitiva, quedaría limitada a los supuestos que conforman el primer apartado, lo que, a mi juicio, carece de lógica, pues de ser así podría sencillamente haberse castigado estos supuestos con una pena inferior a la prevista para las modalidades propias del segundo apartado.

Por otro lado, se plantea también la duda de si la rebaja de pena prevista en el apartado tercero resulta aplicable únicamente a los supuestos de agresión sexual (arts. 178.1 y 2), o también al delito de violación (art. 179), en la medida en que la única incompatibilidad que establece el tipo atenuado es que no concurran las

¹⁶³ Vid. *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 81. En sentido similar, RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, *Cambio de paradigma...*, cit., pg. 41, para quien, además, sería conveniente aclarar que la menor entidad del hecho ha de venir referida al grado de lesión del bien jurídico, para de este modo “evitar interpretaciones moralizantes que orbitaran sobre el tipo de acto sexual o el ánimo o propósito empírico del sujeto”.

¹⁶⁴ Cfr. JERICÓ OJER, Leticia, *Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica...*, cit., pg. 19.

¹⁶⁵ Esta circunstancia, no obstante, resulta ciertamente contraproducente a la luz de los objetivos perseguidos con el Anteproyecto, pues si antes los esfuerzos jurisprudenciales estaban dirigidos a delimitar los contornos difusos del concepto de intimidación, ahora estas dificultades se trasladarán al discernimiento de aquellos casos en los que el hecho es de menor entidad. Cfr. JERICÓ OJER, Leticia, *Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica...*, cit., pg. 20.

¹⁶⁶ Cfr. *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 81.

circunstancias del art. 180 APLO. A mi juicio, el hecho de que el prelegislador haya decidido incorporar el tipo atenuado en el apartado tercero del art. 178 CP implica que la atenuación únicamente resulta aplicable a los dos incisos anteriores, pues de no ser así lo habría recogido expresamente¹⁶⁷. De todos modos, considero que difícilmente podrá apreciarse la ‘menor entidad del hecho’ cuando la agresión sexual consista en acceso carnal o conducta asimilada (art. 179).

En todo caso, lo que resulta patente, tal y como señala Diez Ripollés, es que los propios proponentes “reconocen implícitamente los excesos regulatorios en que han incidido, y los intentan paliar aun a costa de crear una notable inseguridad jurídica”¹⁶⁸. En este sentido, a tenor de su formulación especialmente vaga y el variado número de conductas a que viene referido el tipo atenuado, el prelegislador otorga a los jueces una enorme discrecionalidad, lo que puede suponer un serio atentado a la seguridad jurídica¹⁶⁹.

Desde mi punto de vista, y tomando en consideración la propuesta que vengo formulando con anterioridad, las modalidades comisivas propias del actual delito de abuso sexual deberían aparecer recogidas en el tipo básico del delito de agresión sexual, y llevar aparejadas, junto con la pena de prisión, la pena alternativa de multa. En base a ello, resultaría innecesaria la previsión de un tipo atenuado, por cuanto la menor entidad del hecho podría ser tomada en consideración por el órgano judicial al aplicar el tipo básico del delito, evitando de este modo la posible vulneración del principio de seguridad jurídica en que incurre el tipo atenuado propuesto por el Anteproyecto.

4.- Definición normativa del consentimiento.

Junto a la creación de una única categoría delictiva de agresión sexual, otra de las grandes modificaciones que introduce el Anteproyecto de Ley Orgánica en su propósito de situar el consentimiento como piedra angular de los delitos sexuales

¹⁶⁷ Vid. en el mismo sentido, VARELA CASTEJÓN, Xerman, *Notas sobre la propuesta...*, cit., pg. 30. En sentido contrario, GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La reforma de las agresiones...*, cit. pg. 7, considera que la rebaja de pena resulta aplicable también al delito de violación.

¹⁶⁸ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Alegato contra un derecho penal...*, cit., pg. 13.

¹⁶⁹ Vid. en este sentido, ESCODA MERINO, María del Prado, *Una ley necesaria...*, cit., pg. 35.

consiste en la incorporación de una definición del consentimiento en el tipo básico del art. 178.1 CP. De este modo, el precepto citado pasaría a señalar lo siguiente:

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

Antes de entrar a analizar la redacción propuesta por el Anteproyecto, es necesario destacar que en el Derecho comparado europeo podemos identificar dos modelos diferentes de tipificación de los ataques a la libertad sexual: el modelo de la negativa expresa (modelo del ‘veto’ o del ‘no’) y el modelo del consentimiento expreso (modelo del ‘consentimiento afirmativo’ o del ‘si’).

El modelo de la negativa expresa, como su propio nombre indica, presupone, para que la conducta sea ilícita, que la víctima de alguna manera haya expresado su voluntad contraria a la relación o al acto sexual. Este modelo podemos encontrarlo, por ejemplo, en el Código Penal alemán, que tras el proyecto de reforma de 2016 (conocido como Proyecto ‘no es no’) castiga en su art. 177.1 como responsable del delito de agresión sexual “*a quien, contra la voluntad perceptible de la víctima, lleve a cabo actos sexuales sobre ella o la induzca a realizárselos al autor o a una tercera persona*”¹⁷⁰. En el derecho penal alemán, por lo tanto, lo que convierte el acto sexual en delito es la oposición del sujeto pasivo al acto.

Desde mi punto de vista, el modelo de la negativa expresa presenta una enorme desventaja, y es que sitúa la responsabilidad en la víctima, la cual, en el momento del acto sexual, ha de manifestar de alguna manera su oposición al mismo y posteriormente acreditar que así lo hizo, de tal modo que “en supuestos de situaciones ambiguas o silencio (...), deberá estimarse que no existe delito”¹⁷¹. Esta circunstancia, además de resultar contraria a los estándares internacionales, coloca a la mujer “ante una disyuntiva muy peligrosa: no resistirse ante el miedo racional y lógico de sufrir graves daños a pesar de que ello conlleve la impunidad del

¹⁷⁰ Por su parte, el apartado 2 del art. 177 CP alemán equipara la voluntad contraria de la víctima a los supuestos en que la víctima no es capaz de expresar su oposición y de consentimiento viciado o no válido.

¹⁷¹ Vid. *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 77.

agresor, o resistir asumiendo ese peligro para poder acreditar que la relación fue impuesta y no consentida”¹⁷².

Junto a este modelo, encontramos el modelo del consentimiento expreso o afirmativo, que exige, para que la conducta sea lícita, que la víctima haya expresado, de alguna manera, su voluntad de participar en el acto sexual. Este segundo modelo es el que han adoptado, por ejemplo, países como Islandia o Suecia.

De este modo, el Código Penal de Islandia, modificado en el año 2018, castiga como autor del delito de violación a quien “*practique el coito o tenga otro tipo de acto sexual con una persona sin el consentimiento de ésta*” (art. 194). Asimismo, acto seguido añade: “*Se entiende que hay consentimiento si este ha sido libremente expresado. No existirá consentimiento si este se obtiene mediante la violencia, la intimidación o cualquier otro acto de compulsión ilegítima*”.

En la misma línea, el Código Penal de Suecia, reformado en el mismo año, castiga como culpable de violación a quien mantenga una relación sexual o realice otro acto sexual equiparable con una persona “*que no participe voluntariamente*” (art. 1, Capítulo 6). Acto seguido, el precepto legal dispone que, para determinar si la participación de la otra persona es consentida o no, “*habrá que considerar especialmente las expresiones de voluntariedad derivadas de las palabras o acciones emitidas por ésta*”, listando una serie de circunstancias en las deberá considerarse que la participación no ha sido voluntaria.

En base a todo lo anterior, resulta patente, por lo tanto, que, el Anteproyecto de Ley Orgánica, al exigir que la persona haya manifestado libremente su voluntad expresa de participar en el acto sexual para que la conducta sea lícita, está adoptando el modelo del consentimiento expreso. Se abandona, por lo tanto, una tendencia que parece exigir a la víctima expresar el ‘no’ y se asume el postulado de ‘solo sí es sí’ que en los últimos años se ha venido reivindicando desde el movimiento feminista. Solo cuando la persona manifiesta de algún modo

¹⁷² Vid. PERATAMO MARTÍN, Teresa, “Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual. El consentimiento.”, en *Juezas y Jueces para la Democracia*, boletín de violencia de género, núm. 11, 2020, pg. 8.

reconocible su voluntad de participar en el acto sexual, solo cuando existe consentimiento, dicho acto es lícito¹⁷³.

La posición adoptada por el Anteproyecto se ajusta de este modo a las previsiones contenidas en el Convenio de Estambul, en concreto su artículo 36.2, en virtud del cual “*el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes*”¹⁷⁴. Asimismo, la opción del prelegislador por el consentimiento expreso se encuentra también en la línea de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo. En concreto, su sentencia 145/2020, de 14 de mayo, señala lo siguiente:

“[L]a decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin”¹⁷⁵.

No obstante lo anterior, tanto la doctrina como la legislación penal comparada ponen de manifiesto “la dificultad de definir qué es el consentimiento expreso y el modo en que se haya de materializar su expresión”¹⁷⁶. En el caso concreto del Anteproyecto, este entiende que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto (*sic*). Esta definición del consentimiento expreso, sin embargo, ha generado cierta controversia.

En primer lugar, aunque con escasa relevancia a mi juicio, el Consejo Fiscal considera que para una mayor claridad del texto y para mantener su espíritu sería

¹⁷³ Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo y FARALDO CABANA, Patricia, *Solo sí es sí...*, cit., pg. 33.

¹⁷⁴ Críticamente, el Consejo General del Poder Judicial considera que el precepto convencional se limita a señalar como elementos esenciales del consentimiento la voluntariedad y el principio de contexto, pero “no impone a los Estados parte una concreta definición del consentimiento sexual, sino que deja un margen de apreciación en este punto”. Vid. *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 82.

¹⁷⁵ Vid. STS 145/2020, de 14 de mayo (FJ 2º).

¹⁷⁶ Vid. PERATAMO MARTÍN, Teresa, *Anteproyecto de Ley Orgánica...*, cit., pg. 10.

conveniente que el art. 178 CP propuesto contuviese una afirmación simple, suprimiendo por tanto la doble negación¹⁷⁷. Concretamente, la redacción que propone es la siguiente: “*Sólo se entenderá que existe consentimiento cuando la víctima haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto*”.

En segundo lugar, se ha alegado también que la definición proyectada contiene elementos contradictorios, por cuanto, si bien es cierto que la primera parte de la definición admite claramente la posibilidad de que la voluntad se manifieste tanto de forma expresa como táctica, el inciso final exige que la voluntad de participar en el acto sea expresa¹⁷⁸. En esta misma línea, hay quien ha considerado que la redacción propuesta parece cerrar la puerta al consentimiento tácito o presunto¹⁷⁹. Desde mi punto de vista, sin embargo, ambas apreciaciones son incorrectas.

Tradicionalmente, los términos ‘expreso’ y ‘tácito’ han venido siendo interpretados como elementos contrapuestos, asociando el primero con las palabras (*expressis verbis*) y el segundo con los actos (*facta concludentia*). No obstante, si buscamos la palabra ‘expreso’ en el Diccionario de la RAE, nos encontramos el siguiente significado: “*claro, patente, especificado*”. De este modo, tal y como señalan Ramón y Faraldo, “reclamar que la voluntad sea expresa es reclamar que sea clara, que no haya dudas sobre si una persona consiente o no consiente mantener relaciones sexuales”¹⁸⁰.

La redacción propuesta por el Anteproyecto, por lo tanto, al exigir que la persona haya manifestado libremente su ‘voluntad expresa’ de participar en el acto no requiere, a mi juicio, que ésta haya consentido con palabras la conducta sexual, sino que es suficiente cualquier acto exterior que revele, de forma concluyente e

¹⁷⁷ Vid. *Informe del Consejo Fiscal...*, cit., pg. 64. En este sentido, COMAS D'ARGEMIR, Montserrat, *Necesidad de una ley integral...*, cit., pg. 23 y GIL ESTEVE, Helena, *Una reforma necesaria...*, cit., pg. 45.

¹⁷⁸ Cfr. *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 83.

¹⁷⁹ Vid. en este sentido, GIL GIL, Alicia y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, “A propósito de ‘La Manada’: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 77, 2018, pg. 12 y 13, y VARELA CASTEJÓN, Xerman, *Notas sobre la propuesta...*, cit., pgs. 29 y 30.

¹⁸⁰ Vid. RAMÓN RIBAS, Eduardo y FARALDO CABANA, Patricia, *Solo sí es sí...*, cit., pg. 35.

inequívoca, la voluntad de la persona de participar en el acto¹⁸¹. Si la conducta de la persona revela, de forma clara e indubitada, su voluntad de participar en la actividad sexual (que no es su deseo), entonces habrá de entenderse que existe consentimiento, aunque no haya dicho que ‘sí’ con palabras¹⁸². A pesar de ello, y con el objeto de evitar cualquier controversia, no creo que haya inconveniente en que el precepto penal se refiera únicamente a la voluntad de la víctima, sin otras precisiones, tal y como recomienda el CGPJ¹⁸³.

Finalmente, en relación con la fórmula adoptada, considero conveniente destacar que el Anteproyecto diferencia, de forma acertada, entre ‘consentimiento’ y ‘voluntad’, entendiendo que el consentimiento únicamente será válido cuando responda a una voluntad libre de la persona, lo que, además, “reafirma la invalidez del consentimiento obtenido en situaciones de coacción o de inferioridad”¹⁸⁴.

A pesar de todo lo anterior, e independientemente de la redacción que el precepto pudiese finalmente adoptar, el CGPJ ha considerado en su informe que introducir en el Código Penal una definición de consentimiento sexual resulta innecesario, dado que “la cuestión problemática que plantea el consentimiento no es conceptual (...), sino probatoria”¹⁸⁵. De este modo, afirma, la jurisprudencia ya ha determinado de forma suficiente cuándo cabe apreciar la concurrencia de consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad y las notas que deben concurrir en el consentimiento sexual¹⁸⁶.

Si bien coincido con el CGPJ en que, efectivamente, el principal problema que plantea el consentimiento en los delitos sexuales no es conceptual, sino probatorio, sin embargo, no considero que la fórmula propuesta por el Anteproyecto resulte innecesaria, sino al contrario. A través de la definición del consentimiento sexual

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Piénsese, por ejemplo, en las relaciones estables de pareja, en las cuales resulta frecuente la no verbalización de un consentimiento que sí que existe.

¹⁸³ Cfr. *Informe del CGPJ...*, cit. pgs. 83 y 84.

¹⁸⁴ Vid. GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La reforma de las agresiones...*, cit. pg. 5.

¹⁸⁵ Vid. *Informe del CGPJ...*, cit. pg. 82. En el mismo sentido, GIL GIL, Alicia y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *A propósito de ‘La Manada’...*, cit., pg. 12.

¹⁸⁶ Vid. en este sentido, por ejemplo, la STS 147/2020, de 14 de mayo (FJ 2º).

no se trata solo, ni principalmente, de evitar la impunidad de determinados actos, sino también de cumplir una función de pedagogía social¹⁸⁷.

Al introducir la definición del consentimiento en el tipo penal, el Anteproyecto trata de despertar en la conciencia social la idea de que el ejercicio de la sexualidad debe ser libre, y sólo será libre si todas las partes consienten la actividad sexual. Como acertadamente señalan Ramón y Faraldo, no se pretende solo convencer intimidando o asustando, sino, también, y muy especialmente, concienciando¹⁸⁸. El objetivo del prelegislador, por lo tanto, es dar a entender al conjunto de la sociedad que las relaciones sexuales únicamente podrán ser consideradas lícitas cuando todas las personas que intervengan en ellas hayan manifestado libremente su voluntad de participar en las mismas. La definición del consentimiento sexual posee, en definitiva, un fuerte carácter simbólico.

No obstante lo anterior, es evidente que esta función de pedagogía social que ejerce la norma penal no puede suponer, en ningún caso, una vulneración de los principios y garantías propias del Derecho Penal. En este sentido, se ha señalado críticamente que la formulación del Anteproyecto puede generar “inercias favorables a la inversión de la carga de la prueba, entendiendo que debe ser la defensa quien pruebe que hubo consentimiento”¹⁸⁹.

En la misma línea, el CGPJ ha considerado que la definición de consentimiento sexual en la propuesta de reforma conlleva un aparente desplazamiento de la carga probatoria, en la medida en que “parece configurar un elemento negativo del tipo cuyas distintas notas características (...) 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 penal”¹⁹⁰ y vulnerando el principio de presunción de inocencia (art. 24 CE).

¹⁸⁷ Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo y FARALDO CABANA, Patricia, *Solo sí es sí...*, cit., pg. 37. Críticamente con esta función pedagógica del Derecho Penal, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Alegato contra un derecho penal...*, cit., pg. 11.

¹⁸⁸ Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo y FARALDO CABANA, Patricia, *Solo sí es sí...*, cit., pg. 37.

¹⁸⁹ Vid. GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La reforma de las agresiones...*, cit. pg. 7. En el mismo sentido, GIL GIL, Alicia y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *A propósito de ‘La Manada’...*, cit., pg. 13.

¹⁹⁰ Vid. *Informe del CGPJ...*, cit. pgs. 82 y 83. En el mismo sentido, OREJÓN SÁNCHEZ-DE LAS HERAS, Nestor, “El caso de ‘La Manada’: cultura de la violación y Derecho Penal”, en *El Cronista*

A mi juicio, no obstante, la regulación que el Anteproyecto lleva a cabo del consentimiento sexual resulta plenamente garantista. Considero que en ningún caso se produce una inversión de la carga de la prueba ni se vulnera el principio de presunción de inocencia, por cuanto, y así lo señala el Consejo Fiscal en su informe, seguirá correspondiendo a la acusación “acreditar que conforme a las condiciones circundantes no hubo actos exteriores, concluyentes e inequívocos que implicasen un consentimiento”¹⁹¹. De este modo, si la parte acusadora no consigue probar de manera suficiente la ausencia de consentimiento, el órgano judicial deberá presumir que dicho consentimiento sí que existió, en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Asimismo, en relación con la definición introducida por el Anteproyecto, se ha considerado también que puede generar una situación de inseguridad jurídica y un efecto de ‘sobreinclusión’, al considerar delictivos supuestos en los que, pese a que existe consentimiento, este no se adapta a la fórmula legal establecida, por ejemplo, cuando el consentimiento es expresado a través de actos equívocos¹⁹². A mi juicio, sin embargo, estas afirmaciones, basadas en la idea de que siempre pueden existir dudas sobre si la víctima acordó o no la relación sexual, son bastante discutibles.

Desde mi punto de vista, considero que es perfectamente posible conocer, a través de criterios objetivos, cuándo una relación es consentida y se está participando en ella de forma activa¹⁹³. Como ya he señalado, la voluntad de mantener una relación sexual no puede ser interpretada subjetivamente por nadie, sino que ha de existir un consentimiento expreso de la otra persona. En aquellos supuestos, por lo tanto, en los que la voluntad de participar en el acto sexual es manifestada a través de actos

del *Estado Social y Democrático de Derecho*, núm 77, 2018, pg. 69, considera que la exigencia de consentimiento expreso por parte de la víctima supone una inversión de la carga de la prueba, trasladando al acusado el deber de acreditar que dicho consentimiento existió (*probatio diabolica*), lo que constituye una manifestación propia de Derecho penal del enemigo, inadmisible en un Estado democrático de Derecho.

¹⁹¹ Vid. *Informe del Consejo Fiscal...*, cit., pg. 66. En el mismo sentido, COMAS D'ARGEMIR, Montserrat, *Necesidad de una ley integral...*, cit., pg. 25, para quien el redactado acerca del consentimiento que introduce la reforma no resulta contrario al principio de presunción de inocencia, ni al principio *in dubio pro reo*, que seguirán imperando, como no puede ser de otro modo, en la valoración de la prueba.

¹⁹² Cfr. RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, *Cambio de paradigma...*, cit., pg. 37.

¹⁹³ Cfr. JERICÓ OJER, Leticia, *Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica...*, cit., pg. 24 y GIL ESTEVE, Helena, *Una reforma necesaria...*, cit., pg. 47.

equívocos, lo que debe hacerse es parar y asegurarnos de que efectivamente contamos con el consentimiento de la otra persona. Difícilmente puede defenderse el hecho de haber continuado con la conducta sexual aun existiendo dudas sobre si la víctima consintió o no dicha relación.

Finalmente, el CGPJ señala que la incorporación de una definición de consentimiento tampoco parece que pueda evitar la victimización secundaria de la víctima, que es precisamente uno de los objetivos perseguidos por el Anteproyecto¹⁹⁴. Esta circunstancia, como he reconocido previamente, es cierta, en la medida en que el comportamiento de la víctima se sitúa en el centro de la actividad probatoria a los efectos de determinar la existencia o no de consentimiento.

La definición que introduce el Anteproyecto, además, puede ser incluso contraproducente, por cuando el debate girará sobre la existencia de todos los elementos que integran la definición (manifestación libre, actos exteriores, concluyentes e inequívocos, y voluntad expresa de participar en el acto), lo que obliga a realizar una indagación detallada sobre el comportamiento de la víctima¹⁹⁵. No obstante, la forma de resolver este problema, y así lo he señalado con anterioridad, es que los órganos judiciales adopten una perspectiva de género en la interpretación y aplicación de las normas legales¹⁹⁶.

El consentimiento en las relaciones sexuales no puede ser analizado sin utilizar un enfoque de género, especialmente si tenemos en cuenta que, siendo innegable que todas las personas adultas y capaces tienen derecho a la libertad sexual, “también es innegable que (...) quienes ejercen la violencia sexual son mayoritariamente hombres y quienes la sufren mayoritariamente mujeres”¹⁹⁷. El problema no se encuentra, o por lo menos no principalmente, en el hecho de que el comportamiento de la víctima constituya el centro de la actividad probatoria, sino en el hecho de que éste sea interpretado sobre la base de una serie de estereotipos de signo machista

¹⁹⁴ Cfr. *Informe del CGPJ...*, cit. pg. 83.

¹⁹⁵ Cfr. RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, *Cambio de paradigma...*, cit., pgs. 37 y 38, y ESCODA MERINO, María del Prado, *Una ley necesaria...*, cit., pg. 37

¹⁹⁶ Vid. en el mismo sentido, COMAS D'ARGEMIR, Montserrat, *Necesidad de una ley integral...*, cit., pg. 26.

¹⁹⁷ Vid. PERATAMO MARTÍN, Teresa, *Anteproyecto de Ley Orgánica...*, cit., pg. 5.

que son el reflejo de una ideología patriarcal apuntada. La adopción de una perspectiva de género por parte de los órganos judiciales, por lo tanto, es un requisito indispensable a la hora de evitar la victimización secundaria de las mujeres víctimas de violencia sexual¹⁹⁸.

En definitiva, en base a todo lo señalado hasta ahora, considero que la incorporación por parte del Anteproyecto de una definición de consentimiento sexual debe ser valorada positivamente, especialmente por su carácter pedagógico, pues permite despertar en la conciencia social la idea de que únicamente son aceptadas y se consideran lícitas aquellas relaciones sexuales en las que todas las partes hayan manifestado libremente su voluntad de participar en el acto. No obstante, en ningún caso debe entenderse que la definición propuesta supone una inversión de la carga de la prueba, por cuanto seguirá correspondiendo a la parte acusadora acreditar la ausencia de consentimiento, salvaguardando así el principio constitucional de presunción de inocencia.

5.- G n " p w g x q " f g n k v q " f g " ÷ x k q n c e k » p ø 0

En coherencia con la nueva tipificación de las agresiones sexuales del art. 178 APLO, el Anteproyecto extiende el ámbito de aplicación del delito de violación a los supuestos de abuso sexual con penetración (art. 181.4 CP vigente). De este modo, el art. 179 CP propuesto pasa señalar lo siguiente:

“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 diez años”¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Así lo exige, además, el art. 49.2 del Convenio de Estambul: “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio”.

¹⁹⁹ En este caso, el tipo penal propuesto por el Anteproyecto entra en contradicción con lo establecido en el Convenio de Estambul, cuyo art. 36.1 equipara la introducción bucal de objetos o miembros corporales al resto de penetraciones, circunstancia que, sin embargo, fue excluida con buen criterio tras la LO 11/1999.

A través de esta modificación, y con una redacción prácticamente idéntica a la actual, el Código Penal pasa a castigar como delito de violación todos los atentados contra la libertad sexual que consistan en acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos, independientemente de si estos se llevan a cabo empleando violencia o intimidación²⁰⁰.

Como se ha señalado previamente, ante la comisión de un delito contra la libertad sexual, los Tribunales se enfrentan de forma frecuente a la dificultad de determinar si el hecho delictivo resulta subsumible en el tipo penal de agresión sexual intimidatoria o, por el contrario, constituye un abuso sexual por prevalimiento. De este modo, la existencia de casos límites entre una y otra figura ha ocasionado que en varias ocasiones los jueces hayan optado por castigar los hechos como un abuso sexual en lugar de una agresión, decisión que se ha visto acompañada en múltiples ocasiones de fuertes movilizaciones sociales manifestando su desacuerdo con la resolución judicial.

A mi juicio, estas movilizaciones en protesta por la decisión adoptada por el órgano judicial no vienen motivadas (o al menos no principalmente) por la pena impuesta²⁰¹, sino por la incomprendición social de que determinados hechos sean calificados como abuso sexual y no agresión, imposibilitando así su consideración jurídica como violación²⁰². Muestra clara de ello es el eslogan ampliamente coreado en las calles de Pamplona tras la sentencia de la Manada: “*no es abuso, es violación*”²⁰³.

La reforma propuesta por el Anteproyecto, por lo tanto, al calificar como delito de violación todo atentado sexual consistente en acceso carnal o introducción de

²⁰⁰ Se produce de este modo una especie de *pacto de retro* a la regulación contenida en el Código Penal anterior tras la reforma de 1989 (art. 430 CP 1973).

²⁰¹ Precisamente la pena propuesta por el Anteproyecto para el tipo básico de violación es la de prisión de cuatro a diez años, pena actualmente prevista para el abuso sexual con penetración, produciéndose así una rebaja penológica considerable respecto al actual delito de violación (prisión de seis a doce años).

²⁰² Vid. en el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Las huellas de ‘La Manada’”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 77, 2018, pg. 20, y COMAS D’ARGEMIR, Montserrat, *Necesidad de una ley integral...*, cit., pg. 21.

²⁰³ En este sentido, como ya se ha señalado, el CP actual circscribe el término ‘violación’ únicamente a los supuestos de acceso carnal o conductas asimiladas que se lleven a cabo empleando violencia o intimidación, mientras que, en el resto de los supuestos, no cabe hablar de violación, sino únicamente de abuso sexual agravado.

miembros corporales u objetos, permite acomodar el concepto jurídico y social de violación, por cuanto en la conciencia social el término ‘violación’ no queda circunscrito al empleo de violencia o intimidación, sino que engloba todos aquellos supuestos en los que el atentado contra la libertad sexual haya consistido en acceso carnal o conducta asimilada. Así lo señala expresamente el CGPJ, al afirmar en su informe que la ampliación propuesta permite ajustar el delito de violación “a los usos lingüísticos de la sociedad”²⁰⁴.

Este acercamiento del Código Penal a sus destinatarios ha de ser valorado positivamente, especialmente si tenemos en cuenta, como señala Lascuraín, que el intenso debate social sobre la condena a los miembros de ‘*la Manada*’ ha puesto de manifiesto que, en temas tan sensibles como la justicia penal, los ciudadanos quieren que se llame a las cosas por su nombre, pues las palabras, como ya se ha señalado, importan²⁰⁵. Asimismo, la inclusión en el delito de violación de todas las modalidades de ejecución señaladas constituye “una muestra de que el Derecho penal, desde una perspectiva de género, accompasa la creación de sus normas y pautas de interpretación a la evolución de la sensibilidad social”²⁰⁶.

Considero importante señalar, no obstante, que otra posible forma de resolver el problema de insatisfacción e incomprendición social en torno a la limitación del *nomen iuris* de ‘violación’ a los supuestos de violencia o intimidación por el actual Código Penal, podría haber sido mediante la eliminación de cualquier referencia al término ‘violación’ en la redacción del tipo penal²⁰⁷. Esta opción, además, resulta en mi opinión más acorde con las finalidades perseguidas por Anteproyecto, por cuanto el abandono de la categoría tradicional de ‘violación’ permite hacer frente al fuerte carácter estigmatizante que dicha figura proyecta sobre las víctimas, promoviendo de este modo su revictimización²⁰⁸.

²⁰⁴ Vid. *Informe del CGPJ...*, cit. pg. 85.

²⁰⁵ Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Las huellas de ‘La Manada’...*, cit., pg. 18.

²⁰⁶ Vid. JERICÓ OJER, Leticia, *Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica...*, cit., pg. 21.

²⁰⁷ La supresión del término ‘violación’, contemplada en la redacción originaria del CP de 1995, aparece también en la ‘Proposición de ley de Protección integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales’, que además trata de aminorar la relevancia del acceso carnal o conducta asimilada, que deja de estar configurado como un tipo agravado autónomo para pasar a ser una circunstancia específica de agravación.

²⁰⁸ Vid. en este sentido, también, GIL GIL, Alicia y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *A propósito de ‘La Manada’...*, cit., pg. 11, para quien lo más adecuado sería “crear una única categoría delictiva

No obstante lo anterior, y en la misma línea de lo defendido en torno al delito de agresión sexual propuesto, considero importante resaltar que la acomodación del lenguaje jurídico al común, esta equiparación terminológica del delito de violación, no debe, a mi juicio, venir acompañada de una equiparación valorativa en el reproche penal, como sucede en el Anteproyecto.

Del mismo modo que ocurre con la nueva categoría de ‘agresión sexual’ propuesta, la unificación en términos punitivos de las distintas modalidades de acceso carnal o conducta asimilada puede suponer una afectación al principio de proporcionalidad, en la medida en que ignora el distinto grado de lesividad o afectación que la conducta puede ocasionar al bien jurídico protegido, esto es, la libertad sexual²⁰⁹.

Desde mi punto de vista, por lo tanto, si bien puede valorarse positivamente la voluntad del prelegislador de llevar a cabo una rebaja penológica respecto de la pena establecida para el actual delito de violación, ello no debe implicar que cualquier modalidad de acceso carnal o conducta asimilada sea sancionada de idéntico modo, por cuanto el empleo de violencia o intimidación, al constituir la forma más grave de ataque al bien jurídico protegido, ha de llevar aparejada, a mi juicio, una penalidad superior.

En definitiva, si bien considero que la unificación terminológica de todas las modalidades de acceso carnal o conducta asimilada en un único concepto de ‘violación’ merece ser aplaudida, por cuanto permite ajustar el término jurídico a los usos lingüísticos de la sociedad, opino que el Anteproyecto debe realizar “mayores esfuerzos por graduar el reproche penal incrementando la pena en la medida en que aumente el desvalor de la conducta y la afectación a la libertad sexual”²¹⁰.

que abarcase lo que hasta ahora constituyen agresiones y abusos sexuales con penetración pero que no recibiese el nombre de violación”. Igualmente, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Las huellas de ‘La Manada’...*, cit., pg. 18.

²⁰⁹ Especialmente, si tenemos en consideración que, a mi juicio, el tipo atenuado del art. 178.3 APLO no resulta de aplicación al delito de violación.

²¹⁰ Vid. JERICÓ OJER, Leticia, *Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica...*, cit., pgs. 21 y 22.

6.- Circunstancias de agravación.

La reforma propuesta por el Anteproyecto ofrece en el art. 180 CP un catálogo cerrado de circunstancias agravantes que resultan de aplicación tanto al nuevo delito de agresión sexual (art. 178) como al delito de violación (art. 179). Se crea así, de forma acertada, un catálogo unificado de agravantes aplicable a todas las modalidades delictivas, algo que no sucede en la regulación vigente²¹¹. Concretamente, las circunstancias de agravación contenidas en el art. 180.1 CP propuesto son las siguientes:

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

La circunstancia primera viene referida a los supuestos en que el delito se realice conjuntamente por dos o más personas, agravación que se encuentra contenida en el inciso segundo art. 180.1 CP vigente, pero limitada a los actuales supuestos de agresión sexual y violación. La extensión de esta circunstancia agravante a los supuestos de abusos sexuales, pese a que ha sido valorada positivamente por el Consejo Fiscal y el CGPJ²¹², nos lleva a plantearnos si los supuestos de actuación conjunta deben constituirse como circunstancia agravante en todas las modalidades de atentado contra la libertad sexual.

Como señala Diez Ripollés, si entendemos que la realización del hecho por la actuación conjunta de dos o más personas supone un incremento del injusto, cabe pensar que “esto se debe, bien a una mayor facilidad de comisión bien a una mayor intensidad del daño al bien jurídico protegido”²¹³.

Por lo que respecta a la primera idea, es evidente que modalidades de comisión como el prevalimiento de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima pueden ser ciertamente facilitadas por la intervención de varias personas, pero no se alcanza a ver “cómo se puede facilitar la comisión del delito debido a

²¹¹ En este sentido, como se ha podido observar, en la regulación actual, la redacción de las agravantes se encuentra limitada exclusivamente a los delitos de agresión sexual y violación, pero no resulta de aplicación a los delitos de abuso sexual (con excepción de lo dispuesto en el art. 181.5 CP).

²¹² Vid. *Informe del Consejo Fiscal....*, cit., pg. 69, e *Informe del CGPJ....*, cit., pg. 85.

²¹³ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Alegato contra un derecho penal....*, cit., pg. 18.

que actúan varias personas en casos de víctima privada de sentido o con voluntad anulada”²¹⁴. Si se adopta este fundamento, por lo tanto, la agravante debería limitar su aplicación a aquellas modalidades del tipo básico respecto de las cuales efectivamente la actuación conjunta ha facilitado su realización²¹⁵.

Por el contrario, si atendemos a la segunda idea, esto es, la mayor intensidad del daño al bien jurídico, si lo que se quiere valorar es “el daño adicional que se causa a la dignidad de la víctima al ser abusada o agredida colectivamente”²¹⁶, esta circunstancia, como veremos, pertenece a otra agravante específica, la de que los hechos tengan un carácter particularmente degradante o vejatorio²¹⁷. En este caso, por lo tanto, la agravación por actuación conjunta de dos o más personas dejaría de estar justificada.

2. 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.

Esta circunstancia deriva de la agravante contenida en el inciso primero del actual art. 180.1 CP, si bien, de manera acertada, el Anteproyecto amplía notablemente su ámbito de aplicación. De este modo, junto con el carácter particularmente degradante o vejatorio de los actos, se añade la circunstancia de que “la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad”²¹⁸. La introducción de esta circunstancia responde a lo establecido en el art. 46.f del Convenio de Estambul²¹⁹.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Vid. en el mismo sentido, JERICÓ OJER, Leticia, *Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica...*, cit., pg. 23 y COMAS D'ARGEMIR, Montserrat, *Necesidad de una ley integral...*, cit., pg. 28.

²¹⁶ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Alegato contra un derecho penal...*, cit., pg. 18.

²¹⁷ Asimismo, no puede pasarse por alto que, en los supuestos de actuación conjunta de dos o más personas, cada una de ellas habrá de responder independientemente de los delitos que haya cometido sobre la víctima.

²¹⁸ Deberá ser la jurisprudencia la que acabe integrando el concepto de ‘violencia extrema’, distinguiéndola así de la violencia exigida en el tipo básico, lo que puede afectar a la seguridad jurídica.

²¹⁹ Art. 46 del Convenio de Estambul: “Las Partes adoptarán las medidas legislativa o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación (...) puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio: f) Que el delito haya sido precedido o se haya acompañado de una violencia de extrema gravedad”.

Debe tenerse en cuenta, además, que el carácter particularmente degradante o vejatorio viene predicado actualmente de la violencia o intimidación, mientras que la nueva circunstancia propuesta se refiere a ‘actos’ que revistan tal carácter, por lo que el Anteproyecto amplia el campo de aplicación de la agravante, en la medida en que el carácter particularmente degradante o vejatorio viene referido, no solo a los medios comisivos del delito, sino también al propio acto de naturaleza sexual en que consista el atentado²²⁰.

Asimismo, de manera acertada, el prelegislador especifica que, a la hora de aplicar la circunstancia agravante, la violencia extrema y los actos que revistan carácter degradante o vejatorio no necesariamente han de haber acompañado la agresión sexual, sino que pueden haberla precedido.

Sin perjuicio de todo lo anterior, el Consejo General del Poder Judicial considera que esta circunstancia agravante remite a dos bienes jurídicos distintos: la integridad física y la integridad moral. Por ello, opina que lo conveniente sería ubicar la referencia a la violencia de extrema gravedad en el art. 180.1.6 CP (referido al uso de armas u otros medios igualmente peligrosos), cuyo bien jurídico subyacente es el mismo²²¹.

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 por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el art. 183²²².*

Esta circunstancia aparece recogida en términos bastante similares a la actual redacción del art. 180.1.3 CP, y básicamente trata de castigar de manera agravada aquellos supuestos en los que la víctima del delito sexual sea una persona especialmente vulnerable.

El problema que se plantea, no obstante, es que el apartado segundo del art. 178 CP propuesto, al enumerar las diferentes modalidades comisivas del delito de

²²⁰ Cfr. *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 86.

²²¹ Ibid., pg. 85.

²²² Señalar que la referencia al art. 183 CP no es correcta, puesto que con la numeración adoptada por el Anteproyecto la referencia debería realizarse al art. 181 CP.

agresión sexual, alude a las conductas realizadas abusando de la vulnerabilidad de la víctima, por lo que en estos casos la aplicación de la circunstancia agravante podría resultar contraria al principio de *non bis in idem*. Para evitar esta situación, el Consejo Fiscal ha propuesto dos soluciones acertadas: una mejor redacción del precepto legal en el sentido de excluir su valoración si la circunstancia ya se tuvo en cuenta para aplicar el tipo básico del delito²²³, o, al igual que ocurre en la circunstancia segunda, establecer una cierta gradación en su aplicación, exigiendo así la concurrencia, por ejemplo, de una ‘extraordinaria vulnerabilidad’²²⁴.

Por otro lado, la redacción propuesta por el Anteproyecto introduce en la circunstancia de agravación como cláusula abierta la de que la situación de especial vulnerabilidad, además de por edad, enfermedad o discapacidad, puede apreciarse “*por cualquier otra circunstancia*”. No obstante, tal y como señala el CGPJ²²⁵, no parece que de este enunciado se desprenda la voluntad del prelegislador de apartarse de la doctrina jurisprudencial que ha venido sosteniendo una interpretación restrictiva del inciso ‘victima especialmente vulnerable por razón de su situación’, y en virtud de la cual el motivo de vulnerabilidad debe estar vinculado a la propia persona, y no a factores objetivos o exteriores a la misma²²⁶.

4. Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

El apartado cuarto del art. 180.1 APLO introduce una nueva circunstancia de agravación cuya incorporación se deriva de lo previsto en los arts. 36.3 y 46.a del Convenio de Estambul, en virtud de los cuales los delitos sexuales han de aplicarse también contra el cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, y, además, dicha circunstancia debe aparecer configurada como agravante²²⁷.

²²³ Vid. en este sentido, COMAS D'ARGEMIR, Montserrat, *Necesidad de una ley integral...*, cit., pg. 27.

²²⁴ Cfr. *Informe del Consejo Fiscal...*, cit., pg. 70.

²²⁵ Cfr. *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 86.

²²⁶ Vid. en este sentido, la STS 625/2010, de 6 de julio (FJ 9º).

²²⁷ Esta previsión del Convenio obedece a aquel planteamiento en virtud del cual se negaba la posibilidad de que la esposa pudiese ser víctima de un delito sexual cometido por su marido, que, aunque sigue imperando en algunos ordenamientos, fue superado definitivamente en España tras la reforma de 1989.

Resulta llamativo, y así lo ha señalado expresamente el CGPJ²²⁸, que la redacción propuesta por el Anteproyecto incorpore una variable de género que, sin embargo, no se encuentra recogida en el Convenio de Estambul, el cual se refiere genéricamente a aquellos supuestos en que el delito “*se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho*” (art. 46.a). En este sentido, Diez Ripollés ha considerado que la decisión del Anteproyecto de excluir del ámbito de la agravación al hombre pareja víctima resulta “sesgada en términos de respeto al principio de igualdad, no solo en parejas heterosexuales sino igualmente en parejas homosexuales masculinas”²²⁹.

Por su parte, el Consejo Fiscal ha considerado que, si efectivamente el fundamento de esta circunstancia agravante es el género, entonces el incremento del desvalor de la acción que representa podría haber sido castigado a través de las agravantes genéricas de los arts. 22.4 o 23 CP²³⁰. En este sentido, el CGPJ señala precisamente que la nueva circunstancia específica viene a consolidar normativamente “la aplicación conjunta que se venía haciendo de la agravante genérica de género y la mixta de parentesco cuando el delito se produce en el ámbito de la relación de pareja, en el que se produce una relación estructural de dominación”²³¹.

No obstante, a mi juicio, el principal problema que se plantea radica en que la circunstancia agravante aparece configurada de manera objetiva, de tal modo que es suficiente con apreciar la existencia de una relación de afectividad entre la víctima y el autor para aplicarla. Queda fuera de toda duda que las relaciones sexuales en la pareja no consentidas merecen ser tratadas, por lo menos, igual que las realizadas fuera de la pareja, pero no considero que la circunstancia agravante deba ser aplicada en todos los casos.

Al igual que Diez Ripollés, considero que la agravación de las conductas sexuales en la pareja únicamente estará justificada cuando la agresión sexual se realice “en

²²⁸ Cfr. *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 86.

²²⁹ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Alegato contra un derecho penal...*, cit., pg. 21.

²³⁰ Cfr. *Informe del Consejo Fiscal...*, cit., pg. 70. De no ser así, considera que la circunstancia agravante sería contradictoria con el espíritu de la norma propuesta, al permitir su aplicación en casos de matrimonio entre dos mujeres, pero, sin embargo, excluirla en casos de matrimonio entre dos hombres.

²³¹ Vid. *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 86.

un claro contexto de dominación de un miembro de la pareja, por lo general el hombre, sobre el otro, generalmente la mujer”²³². La agravación, por lo tanto, debería exigir expresamente la concurrencia de una efectiva dominación de género²³³. Así lo ha entendido también el Consejo Fiscal, que no comprende el motivo por el que en esta circunstancia es suficiente el dato objetivo de relación de afectividad, mientras que, por el contrario, en la circunstancia quinta se requiere al autor prevalerse de la relación de parentesco²³⁴.

Finalmente, el Consejo Fiscal propone la supresión de esta circunstancia y que la misma sea reconducida a los supuestos de parentesco de la circunstancia quinta²³⁵. En mi opinión, no obstante, equiparar las conductas sexuales no consentidas en la pareja a las realizadas con padres, hijos, nietos o hermanos, resulta improcedente, por cuanto existe una diferencia sustancial entre ambas, y es que, las relaciones de pareja, por lo general, se caracterizan porque una de las interacciones que más las define es precisamente la relación sexual entre ambos²³⁶.

5. *Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalecido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o de parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima*²³⁷.

Esta circunstancia deriva de la agravante contenida en el inciso cuarto del actual art. 180.1 CP, en el que básicamente se castiga de forma cualificada aquellos supuestos en los que el autor se ha prevalecido de una situación de superioridad o parentesco respecto de la víctima. No obstante, el Anteproyecto amplia el campo

²³² Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Alegato contra un derecho penal...*, cit., pg. 20. En el mismo sentido, JERICÓ OJER, Leticia, *Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica...*, cit., pg. 23, considera que la circunstancia agravante únicamente debería aplicarse “en el escenario de sometimiento, subyugación o dominación del varón sobre la mujer”.

²³³ Precisamente, el Pacto de Estado en materia de Violencia de Género de la Comisión de Igualdad del Congreso establece la recomendación de aplicar la circunstancia 4^a del art. 22 CP en los casos “en los que resulte probado el elemento subjetivo de motivos machistas o discriminatorios hacia la mujer, o por razones de género, en los casos de agresión sexual y abuso sexual”.

²³⁴ Cfr. *Informe del Consejo Fiscal...*, cit., pg. 71.

²³⁵ Ibid., pg. 70.

²³⁶ Vid. en el mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Alegato contra un derecho penal...*, cit., pg. 19.

²³⁷ Aunque la circunstancia propuesta no contempla a los ‘descendientes’ en el marco de la relación de parentesco, considero que se debe simplemente a un error en la redacción del precepto legal.

de actuación de la agravante, por cuanto, junto a las situaciones de superioridad o parentesco, se incluyen también aquellos supuestos en los que la persona responsable se haya prevalido de “*una situación de convivencia*”, lo que ha sido valorado positivamente por el Consejo Fiscal²³⁸.

Sin embargo, al igual que ocurría con la agravante tercera, esta circunstancia puede plantear problemas respecto del principio *non bis in idem*, en la medida en que el abuso de una situación de superioridad puede ser tomado en consideración dos veces: una para castigar por el tipo básico de agresión sexual (art. 178.2 APLO) y otra para aplicar la circunstancia agravante. Tal y como se ha señalado previamente, para evitar esta situación se proponen dos soluciones: o bien indicar que el abuso de una situación de superioridad no puede ser valorado si ya lo fue para la aplicación del tipo básico, o bien establecer algún tipo de graduación, como ocurre, por ejemplo, con el empleo de la violencia.

6. *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.*

La circunstancia sexta aparece redactada en términos prácticamente idénticos a la recogida en el inciso quinto del actual art. 180.1 CP, si bien se añade la referencia a la regla concursal introducida por el art. 194 bis CP propuesto. A través de esta circunstancia, básicamente, se presente sancionar más gravemente el uso de medios que conlleven una mayor peligrosidad del atentado a la libertad sexual.

7. *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.*

El apartado séptimo del art. 180.1 CP propuesto introduce como circunstancia agravante la denominada ‘sumisión química’, configurando así como agravante lo que actualmente constituye una modalidad comisiva del delito de abusos sexuales (art. 181.2 CP vigente). El Anteproyecto, por lo tanto, transforma el actual supuesto

²³⁸ Cfr. *Informe del Consejo Fiscal...*, cit., pg. 71.

básico de abusos sexuales por anulación de la voluntad de la víctima en una circunstancia de agravación, lo que, de acuerdo con el CGPJ, debe ser valorado favorablemente, por cuanto permite recoger el mayor desvalor de este tipo de conductas²³⁹.

Desde mi punto de vista, sin embargo, la opción acogida por el Anteproyecto no resulta del todo correcta. Coincido en que la actual tipificación de la sumisión química como una modalidad de abuso sexual resulta errónea, por cuanto los supuestos de anulación de la voluntad de la víctima mediante el uso de drogas u otras sustancias están dotados de un desvalor mayor al del resto de modalidades. No obstante, considero que la solución correcta hubiese sido entender este tipo de actuación como un supuesto de violencia y, por tanto, constitutivo del actual delito de agresión sexual²⁴⁰. Así ocurre, por ejemplo, en el CP de Islandia, cuyo artículo 194 equipara la violencia a la sumisión química²⁴¹.

El Anteproyecto, al configurar la sumisión química como una circunstancia de agravación, cae en la incoherencia de castigar con una pena mayor supuestos en los que el autor ha suministrado una droga a la víctima para anular su voluntad, que supuestos en los que dicha anulación se ha producido, por ejemplo, asestando a la víctima un golpe en la cabeza. La sumisión o violencia química, por lo tanto, pasa a castigarse de forma más grave que la propia violencia física, cuando, en realidad, no parece que haya una diferencia esencial entre ambos comportamientos²⁴².

²³⁹ Cfr. *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 87.

²⁴⁰ Así lo ha señalado además expresamente el *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 87, al reconocer que este tipo de conductas constituyen “una forma de violencia en la comisión del delito, que hubiera debido llevarse al ámbito de las agresiones sexuales en la configuración vigente”. En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Las huellas de ‘La Manada’...*, cit., pg. 19, de acuerdo con el cual “la ‘anulación de la voluntad de la víctima operando directamente sobre su cuerpo debe ser considerada como una modalidad de violencia”.

²⁴¹ Art. 194 CP de Islandia: “*No existirá consentimiento si este se obtiene mediante la violencia, la intimidación o cualquier otro acto de compulsión ilegítima. La violencia es equivalente a la anulación de la persona mediante el encierro, la medicación o el uso de medios similares*”.

²⁴² Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Las huellas de ‘La Manada’...*, cit., pg. 19 y VARELA CASTEJÓN, Xerman, *Notas sobre la propuesta...*, cit., pg. 29. En sentido contrario, JERICÓ OJER, Leticia, *Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica...*, cit., pg. 22, señala, frente a quienes critican que la sumisión química sea castigada con mayor pena que la violencia física, que el catálogo de agravaciones también prevé el ejercicio de violencia extrema y que, además, la cláusula concursal del art. 194 bis CP propuesto permite recoger todo el desvalor del hecho en aquellos casos en que la violencia produjera lesión, daño a la integridad física o la salud.

A mi juicio, por lo tanto, lo conveniente hubiese sido equiparar ambas modalidades de violencia y, junto con la intimidación, sancionarlas con una pena superior al resto de atentados que actualmente configuran el delito de abusos sexuales.

Finalmente, desde el punto de vista penológico, cuando concurra alguna de las circunstancias anteriores el Anteproyecto propone castigar las agresiones sexuales del art. 178 CP con una pena de prisión de dos a seis años, y de siete a doce años las del art. 179 CP.

Asimismo, cuando concurren dos o más circunstancias, el apartado segundo del art. 180 CP propuesto señala que las penas del apartado primero habrán de imponerse en su mitad superior, “*pudiendo llegar a mitad inferior de la pena superior en grado*”. La posibilidad de alcanzar la mitad inferior de la pena superior en grado supone otra de las novedades del Anteproyecto, aunque, ante la redacción del apartado, debe considerarse que es de aplicación excepcional, evitando así exasperaciones punitivas²⁴³.

Por su parte, el apartado tercero establece que “*cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años*” (art. 180 APLO). Esta circunstancia, introducida por el Anteproyecto, se encontraba no obstante prevista en el art. 183.5 CP vigente en relación con los abusos y agresiones sexuales a menores.

La nueva regulación de las agravantes propuesta supone, por lo tanto, un incremento de las penas asignadas a los actuales supuestos de abusos sexuales y una rebaja sustancial de la pena respecto del actual tipo básico de agresiones sexuales, lo que, de acuerdo con el Consejo Fiscal, supone “una clara afectación del principio de proporcionalidad”²⁴⁴. Asimismo, el CGPJ critica, respecto de los

²⁴³ Vid. en este sentido, *Informe del Consejo Fiscal...*, cit., pg. 71.

²⁴⁴ Ibid., pg. 72.

marcos penales proyectados, que el Anteproyecto no ofrece ninguna justificación de los nuevos umbrales de pena previstos²⁴⁵.

En definitiva, si bien considero acertada la creación de un catálogo unificado de agravantes aplicable a todas las modalidades delictivas, no obstante, sería necesario llevar a cabo una mejor redacción de las circunstancias de agravación que garantizara el respeto a los principios propios del Derecho penal, especialmente los principios de proporcionalidad y *non bis in idem*.

7.- Modalidad imprudente de comisión del delito.

A pesar de que hasta este momento se han estado analizando todas las novedades introducidas en la regulación propuesta, considero que no es posible finalizar este análisis sin hacer referencia a una cuestión que no aparece en el Anteproyecto, pero que, a mi juicio, resulta necesaria: la introducción de una modalidad imprudente de comisión del delito sexual.

En la línea de lo señalado por el CGPJ, en las legislaciones que han optado por tipificar los delitos de violencia sexual a través del modelo del consentimiento expreso se ha introducido también una modalidad imprudente del delito para de este modo “penalizar aquellos supuestos en los que el autor no ha desplegado la diligencia necesaria y exigible para determinar que el sujeto pasivo ha emitido un consentimiento válido y eficaz”²⁴⁶. Así, por ejemplo, el Código Penal sueco castiga aquellos supuestos en los que el autor razonablemente tendría que haberse representado como probable que la víctima no estaba participando en el acto sexual de forma voluntaria²⁴⁷.

En este sentido, el hecho de que no se haya previsto en el Anteproyecto la tipificación de la modalidad imprudente del delito conlleva, de acuerdo con el sistema de incriminación de los tipos imprudentes (arts. 12 y 14.1 CP), que en los supuestos de error vencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal, como

²⁴⁵ Cfr. *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 89.

²⁴⁶ Ibid., pg. 85.

²⁴⁷ Art. 1.a), Capítulo 6, CP de Suecia: “*La persona que cometa uno de los actos mencionados en el artículo 1 y sea gravemente negligente con respecto a la circunstancia de que la otra no participe voluntariamente, será culpable de violación por negligencia y será condenada a la pena de prisión de cuatro años como máximo. Si, en vista de las circunstancias, el acto es menos grave, la persona no se hace responsable*”.

puede ser el consentimiento manifestado por la víctima, deba acordarse la absolución del acusado, “por muy negligente que fuera para no salir de su equivocación”²⁴⁸. La introducción de un tipo imprudente de agresión sexual, por lo tanto, permitiría dar entrada al reproche penal a comportamientos que, con la regulación actual, permanecen impunes.

Es cierto que, con el fin de evitar la impunidad de ciertas conductas, los supuestos dudosos por falta de dolo directo podrían encuadrarse en el ámbito del dolo eventual, pero, tal y como señala el CGPJ, se ofrecería mayor seguridad tanto al aplicador como a los destinatarios de la prohibición penal “si quedara claro que el error vencible de tipo en el delito de agresión sexual, que pivota sobre la ausencia de consentimiento afirmativo, es punible”²⁴⁹. No obstante, en contrapartida, la tipificación del delito imprudente “podría generar la tendencia de rebajar al grado de imprudencia (consciente) actuaciones que en realidad deben ser imputadas subjetivamente a título de dolo eventual”²⁵⁰.

Asimismo, la introducción de un tipo imprudente cumpliría también una función de pedagogía social, por cuanto permitiría enviar el mensaje de que, al realizar una conducta sexual, es necesario asegurarnos de que contamos con el consentimiento de la otra persona. Lo que se vendría a establecer para el autor, por tanto, es un deber de diligencia centrado en la obligación de evaluar si las circunstancias en que se desarrolla la relación sexual, en atención a las condiciones de la víctima y a las circunstancias del entorno, “hacen surgir objetiva y fundadamente la duda de si está comprometida la libertad de la mujer para consentir; y que, de ser así, debe abstenerse de continuar con la pretensión sexual”²⁵¹.

En definitiva, considero que el Anteproyecto debería haber introducido la tipificación de la modalidad imprudente, no solo para evitar la impunidad de determinados comportamientos, sino también porque permite enviar a la sociedad el mensaje de que es responsabilidad de cada persona asegurarse de que cuenta con el consentimiento afirmativo del otro para participar en la actividad sexual.

²⁴⁸ Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Las huellas de ‘La Manada’...*, cit., pg. 18.

²⁴⁹ Vid. *Informe del CGPJ...*, cit., pg. 85.

²⁵⁰ Vid. JERICÓ OJER, Leticia, *Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica...*, cit., pg. 24.

²⁵¹ Vid. GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La reforma de las agresiones...*, cit. pg. 9.

IV.- CONCLUSIONES.

En este trabajo analizo, desde una perspectiva crítica, la reforma de los delitos contra la libertad sexual que se propone en el *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*. Para ello, no obstante, he partido de una exposición de la evolución normativa de esa parcela del Derecho Penal, como condición previa para poder comprender en profundidad el alcance y trascendencia de la propuesta de reforma.

En lo que respecta al *devenir normativo reciente de los delitos sexuales*, que toma como punto de partida la Ley Orgánica 3/1989, la primera conclusión que se puede extraer es que no parece existir una política criminal coherente en la regulación de los delitos contra la libertad sexual. En segundo lugar, y consecuencia de lo anterior, las modificaciones en “cascada” a las que se ha visto sometida esta parcela del Derecho Penal han generado inseguridad jurídica y sobre todo inestabilidad. Prueba de ello es que el Código Penal de 1995, en materia de delitos contra la libertad sexual, ha sido reformado hasta en cuatro ocasiones.

Más allá de la voluntad del legislador de adaptar la norma penal a los cambios sociales y de mentalidad que se han ido produciendo en el ámbito de la *sexualidad*, las sucesivas reformas han respondido a la necesidad de solucionar errores concretos y cubrir lagunas detectadas sin un orden, ni coherencia, lo que ha llevado a desdibujar sus contornos y generar confusión.

Ante esta situación, el *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* pretende llevar a cabo una profunda revisión de los delitos sexuales, estableciendo las bases de una nueva regulación y, sobre todo, una nueva forma de entender las relaciones sexuales más acorde al sentir social y la realidad de la “sexualidad” de nuestros tiempos.

Tomando en consideración el debate doctrinal generado, así como los informes emitidos por los correspondientes órganos consultivos, la conclusión a la que se ha podido llegar en este trabajo es que, en términos generales, y pese a los defectos que presenta, el proyecto de reforma merece ser **valorado positivamente**.

Entre los aspectos positivos que incorpora la propuesta de regulación, conviene destacar a mi juicio tres:

- a) En primer lugar, la reforma sitúa en el centro de la regulación lo que verdaderamente importa: *el consentimiento*, que pasa a estar configurado como el eje vertebrador de los delitos sexuales;
- b) En segundo lugar, se crea un único tipo delictivo de ‘agresión sexual’ que aglutina los diferentes atentados contra la libertad sexual, suprimiendo el término ‘abuso’ y transmitiendo correctamente el carácter coactivo y agresivo de todo acto realizado sin el consentimiento de la persona agredida;
- c) Por último, la reforma califica como delito de ‘violación’ todo atentado sexual consistente en acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos, lo que permite acomodar el concepto jurídico a los usos lingüísticos de la sociedad.

Más allá de lo anterior, sin embargo, la reforma penal adolece también, a mi juicio, de importantes **defectos**, entre los cuales destaca:

- a) La equiparación punitiva de las diferentes modalidades comisivas del delito. Si bien, como he señalado, ha de valorarse positivamente la unificación de todas las modalidades de atentado a la libertad sexual en el nuevo delito de ‘agresión sexual’, esta unificación conceptual no debe ignorar el distinto grado de lesividad o afectación que la conducta puede ocasionar al bien jurídico protegido.
- b) Asimismo, no puede pasarse por alto tampoco que el proyecto de reforma incurre, al igual que la regulación vigente, en importantes tensiones con principios político-criminales, especialmente los principios de proporcionalidad y *non bis in idem*. Sería necesario, por lo tanto, realizar mayores esfuerzos por graduar adecuadamente el reproche penal y asegurar el respeto a los principios propios del Derecho penal.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que, en el momento de realización del presente trabajo, el Anteproyecto de Ley Orgánica se encuentra aún a la espera de su aprobación como Proyecto de Ley por el Consejo de Ministros. Esto supone, por lo tanto, que aún no contamos con el texto definitivo que será remitido a las Cortes

Generales para su debate parlamento. Es posible, en definitiva, que el Ejecutivo opte por introducir modificaciones en el texto analizado, las cuales irán dirigidas previsiblemente a una mejora técnica y a corregir los desequilibrios en los que, como se ha puesto de manifiesto, incurre el proyecto de reforma.

Más allá de todo lo anterior, considero conveniente destacar que la reforma propuesta por el Anteproyecto introduce también un *esquema regulativo de los delitos contra la libertad sexual mucho menos complejo y confuso que el actual*. De este modo, se parte de un tipo básico de agresión sexual que integra las conductas de menor lesividad para el bien jurídico, seguido de un tipo cualificado de violación que acogería los supuestos de acceso carnal o conducta asimilada, y, finalmente, se establece un catálogo unificado de circunstancias agravantes aplicables a las diferentes modalidades comisivas del delito. Se configura así una especie de fórmula de progresión delictiva que refleja a su vez la progresiva gravedad que puede ir adquiriendo el delito sexual.

Asimismo, me gustaría poner en valor que la propuesta de reforma introducida por el Anteproyecto se encuentra dotada de una *necesaria perspectiva de género*. En este sentido, resulta patente que los delitos contra la libertad sexual no pueden ser configurados sin adoptar un enfoque de género, especialmente si tenemos en cuenta que son las mujeres quienes sufren mayoritariamente la violencia sexual. No obstante, como se ha recalcado en varias ocasiones, esta perspectiva de género no puede limitarse a la reforma legal, sino que debe inundar también la aplicación jurisdiccional.

Por último, no puedo finalizar este trabajo sin poner de manifiesto que, pese a que el foco de análisis y debate se ha centrado en la reforma de los delitos contra la libertad sexual, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual contiene toda una serie de medidas que, con un *enfoque multidisciplinar*, tratan de abordar la violencia sexual desde la prevención, sensibilización, detección, protección, punición y reparación. Resulta necesario, por lo tanto, separar las valoraciones sobre la reforma del Código Penal, de la consideración de la ley en su globalidad, la cual supone un gran avance en la lucha por erradicar la violencia sexual en todas sus formas.

V.- BIBLIOGRAFÍA.

- AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón y PANYELLA CARBÓ, María Neus, “Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas”, en *Política criminal*, vol. 15, núm. 30, 2020.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Barcelona, 2004.
- ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, “El delito de violación: la conducta típica”, en *ADPCP*, t. XLII, fasc. II, mayo-agosto, 1989.
- ARIAS EIBE, Manuel José, “Las agresiones sexuales en el Código Penal español: el estado actual de la cuestión”, en *Actualidad Penal*, 2001.
- ASUA BATARRITA, Adela, “Las agresiones sexuales en el nuevo Código penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, en *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*, Vitoria-Gasteiz, 1998.
- BOIX REIG, Javier y ORTS BERENGUER, Enrique, “Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999”, en *Actualidad Penal*, núm. 35, 1999.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en *La Ley Penal*, núm. 80, 2011.
- COMAS D'ARGEMIR, Montserrat, “Necesidad de una ley integral para combatir las violencias sexuales”, en *Juezas y Jueces para la Democracia*, comisión de penal, núm. 12, vol. I, 2021.
- DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, “Las últimas reformas en el Derecho penal sexual”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991.
- DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21, 2019.

ESCODA MERINO, María del Prado, “Una ley necesaria, que necesita mejorar”, en *Juezas y Jueces para la Democracia*, comisión de penal, núm. 12, vol. II, 2021.

GALLARDO PAÚLS, Beatriz, “Sicofantas en red: el discurso del populismo punitivo”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 77, 2018.

GIL ESTEVE, Helena, “Una reforma necesaria”, en *Juezas y Jueces para la Democracia*, comisión de penal, núm. 12, vol. I, 2021.

GIL GIL, Alicia y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, “A propósito de ‘La Manada’: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 77, 2018.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violencia intimidatoria”, en *Estudios de Derecho Penal*, 3^a ed., Madrid, 1990.

GOENAGA OLAIZOLA, Reyes, “Delitos contra la libertad sexual”, en *Eguzkilore*, núm. 10, San Sebastián, 1997.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005.

GOMEZ TOMILLO, Manuel, *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2010.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, “La reforma de las agresiones sexuales”, en *Diario La Ley*, núm. 9790, 2021.

JERICÓ OJER, Leticia, “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de LO de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, en *Juezas y Jueces para la Democracia*, comisión de violencia de género, núm. 11, 2020.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal”, en *Jueces para la democracia*, núm. 27, 1996.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Las huellas de ‘La Manada’”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 77, 2018.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal: Parte especial*, 20^a ed., Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual: Algunas reflexiones sobre el caso ‘La Manada’”, en *Revista Criminalia Nueva Época*, vol. 86, núm. 1, 2020.

OREJÓN SÁNCHEZ-DE LAS HERAS, Nestor, “El caso de ‘La Manada’: cultura de la violación y Derecho penal”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 77, 2018.

PERAMATO MARTÍN, Teresa, “Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual. El consentimiento.”, en *Juezas y Jueces para la Democracia*, comisión de violencia de género, núm. 11, 2020.

PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, “La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: algunos aspectos polémicos”, en *Diario La Ley*, 2000.

PLANET Y ROBLES, Silvia, “Comentario sobre las reformas del Código penal en materia de delitos sexuales y protección de las víctimas de malos tratos”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 2000.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10^a ed., Navarra, 2016.

RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, “¿Cambio de paradigma o juego de espejos?”, en *Juezas y Jueces para la Democracia*, comisión de penal, núm. 12, vol. I, 2021.

RAMÓN RIBAS, Eduardo y FARALDO CABANA, Patricia, ““Solo sí es sí”, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 40, 2020.

RODRÍGUEZ SÁEZ, Josep Antoni, “La reforma de los delitos contra la libertad sexual. Es preciso encontrar su necesidad.”, en *Juezas y Jueces para la Democracia*, comisión de penal, núm. 12, vol. I, 2021.

SILLA SANCHIS, Francisco de Asís, “Las últimas reformas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España”, en *JULGAR*, núm. 28, 2016.

SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos, *El Delito de Agresiones Sexuales Asociadas a la Violación*, Pamplona, 1995.

VARELA CASTEJÓN, Xerman, “Notas sobre la propuesta de reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en *Juezas y Jueces para la Democracia*, comisión de penal, núm. 12, vol. II, 2021.

NORMATIVA.

España. Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal para la protección de la libertad sexual de las ciudadanas y los ciudadanos. 2018.

España. Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. 2020.

España. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

España. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Boletín Oficial del Estado, 12 de diciembre de 1973, núm. 297.

España. Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. 2021.

España. Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. 2021.

España. Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Boletín Oficial del Estado, 6 de junio de 2014, núm. 137.

España. Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento. Boletín Oficial del Estado, 30 de mayo de 1978, núm. 128.

España. Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto. Boletín Oficial del Estado, 11 de octubre de 1978, núm. 243.

España. Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, que modificó los delitos de prostitución. Boletín Oficial del Estado, 27 de junio de 1983, núm. 152.

España. Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, que reformuló los antiguos delitos de escándalo público. Boletín Oficial del Estado, 11 de junio de 1988, núm. 140.

España. Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 22 de junio de 1989, núm. 148.

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

España. Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Boletín Oficial del Estado, 1 de mayo de 1999, núm. 104.

España. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 26 de noviembre de 2003, núm. 283.

España. 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. Boletín Oficial del Estado, 23 de junio de 2020, núm. 152.

España. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 31 de marzo de 2015, núm. 77.

España. Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980.

España. Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983.

Unión Europea. Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Diario Oficial de la Unión Europea, 20 de enero de 2004, núm. 13.

Unión Europea. Directiva 2011/93/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea, 17 de diciembre de 2011, núm. 335.

Unión Europea. Resolución 2019/2169, del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género.

JURISPRUDENCIA.

España. Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2^a). Sentencia núm. 38/2018, de 20 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm. 10686/1989, de 7 de diciembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm. 11461/1991, de 13 de septiembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm. 12748/1991, de 26 de noviembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm. 10827/1994, de 14 de febrero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm. 10084/1995, de 16 de mayo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm. 912/1998, de 12 de febrero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm. 383/1999, de 10 de febrero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm. 625/2010, de 6 de julio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm. 145/2020, de 14 de mayo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm. 147/2020, de 14 de mayo.

Tribunal Europeo de Derecho Humanos (Sección 1^a). Caso MC. contra Bulgaria. Sentencia de 4 de diciembre de 2003.