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

Mesa López, Roberto; Estrada Rius, Alberto, dir. El consentimiento en el delito de agresión sexual : especial referencia a la reforma operada por la LO 10/2022 y la LO 4/2023. 2024. (Grau de Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/303138>

under the terms of the  license



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

FACULTAD DE DERECHO

Grado en derecho

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**EL CONSENTIMIENTO EN EL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL:
ESPECIAL REFERENCIA A LA REFORMA OPERADA POR LA LO
10/2022 Y LA LO 4/2023**

Presentado por:

ROBERTO MESA LÓPEZ

Dirigido por:

ALBERT ESTRADA RIUS

CURSO 2023/2024

En Barcelona, a 13 de mayo de 2024

RESUMEN

El presente estudio tiene como objetivo analizar el sistema legislativo actual del Capítulo I del Título VIII del Código Penal evaluando algunos de los cambios más polémicos originados con las recientes LO 10/2022 y LO 4/2023. En concreto se hará un análisis más profundo de la novedosa tipificación acerca del consentimiento del apartado primero del artículo 178 CP en el que se analizarán las características que deberá tener dicho consentimiento para ser considerado válido. Para lograr una comprensión exhaustiva, se revisarán las obras de diversos autores que han investigado este concepto, así como la jurisprudencia relevante, con el objetivo de esclarecer este componente fundamental en la determinación de los delitos contra la libertad sexual. Finalmente se examinará la complejidad probatoria del consentimiento, subrayando la dificultad en sede de instrucción, así como la valoración probatoria por parte del tribunal en casos donde la declaración de la víctima constituye la única evidencia disponible.

Palabras clave: Consentimiento, agresión sexual, abuso sexual, Ley Orgánica 10/2022, Ley Orgánica 4/2023.

RESUM

Aquest estudi té com a objectiu analitzar el sistema legislatiu actual del Capítol I del Títol VIII del Codi Penalavaluant alguns dels canvis més polèmics originats amb les recents LO 10/2022 i LO 4/2023. En concret, es farà una anàlisi més profunda de la nova tipificació sobre el consentiment de l'apartat primer de l'article 178 CP on s'analitzaran les característiques que haurà de tenir aquest consentiment per ser considerat vàlid. Per assolir una comprensió exhaustiva, es revisaran les obres de diversos autors que han investigat aquest concepte, així com la jurisprudència rellevant, amb l'objectiu d'esclarir aquest component fonamental en la determinació dels delictes contra la llibertat sexual. Finalment, s'examinarà la complexitat probatòria del consentiment, subratllant-ne la dificultat en seu d'instrucció, així com la valoració probatòria per part del tribunal en casos on la declaració de la víctima constitueix l'única evidència disponible.

Paraules clau: Consentiment, agressió sexual, abús sexual, Llei Orgànica 10/2022, Llei Orgànica 4/2023.

ABSTRACT

This study aims to analyze the current legislative system of Chapter I of Title VIII of the Penal Code, evaluating some of the most controversial changes originating from recent LO 10/2022 and LO 4/2023. In concrete terms, a more in depth analysis of the new typification of consent in the first section of article 178 CP is needed to analyze the characteristics that this consent must have to be considered valid. To ensure a comprehensive understanding, the works of various authors who have investigated this concept will be reviewed, together with the relevant jurisprudence, with the objective of clarifying this fundamental component in the determination of crimes against sexual freedom. Finally, the evidentiary complexity of consent will be examined, highlighting the difficulty in its investigation, as well as the evidentiary assessment by the court in cases where the victim's statement constitutes the only evidence available.

Keywords: Consent, sexual assault, sexual abuse, Organic Law 10/2022, Organic Law 4/2023

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
2. LA REFORMA PENAL DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.....	8
2.1 TRASCENDENCIA SOCIAL Y REPERCUSIÓN DEL CASO DE “LA MANADA”.....	8
2.2 DEL ANTEPROYECTO AL PROYECTO FINAL DE LEY ORGÁNICA.....	9
3. LA REFORMA DEL NUEVO DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL: PANORAMA ACTUAL Y ANALISIS COMPARATIVO	12
3.1 LA CONDUCTA TÍPICA	13
3.2 EL TIPO BÁSICO	13
3.3 TIPO PRIVILEGIADO	19
3.4 SUBTIPOS AGRAVADOS	20
3.4.1 <i>El subtipo agravado, artículo 173 CP</i>	20
3.4.2 <i>La violación agravada, artículo 179.2 CP</i>	22
3.4.3 <i>Las agravaciones del artículo 180 CP</i>	23
3.5 CONSIDERACIONES FINALES	28
4. EL CONSENTIMIENTO EN LOS DELITOS DE AGRESIÓN SEXUAL DE LAS LEYES DEL “SOLO SÍ ES SÍ”	30
4.1 CONSIDERACIONES PREVIAS	30
4.2 EL “YES MODEL”: EL DERECHO COMPARADO	32
4.3 LA DEFINICIÓN DEL NUEVO 178.1 CP: ANÁLISIS DE SU SIGNIFICADO Y VARIABLES IMPLICADAS	33
4.4 CONSIDERACIONES FINALES	38
5. LA PRUEBA EN LOS DELITOS SEXUALES Y LA SUFICIENCIA DEL TESTIMONIO..	40
5.1 PROBLEMÁTICAS EN SEDE DE INSTRUCCIÓN	41
5.2 VALORACIÓN DE LA PRUEBA POR PARTE DEL TRIBUNAL.....	43
6. CONCLUSIONES	47
7. BIBLIOGRAFIA.....	50
7.1 FUENTES CITADAS	50
7.2 JURISPRUDENCIA	53
8. ANEXOS.....	56

ABREVIATURAS Y SIGLAS

- AP: Audiencia Provincial.
- Art[s].: Artículo[s].
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- CE: Constitución Española.
- CJPG: Consejo General del Poder Judicial.
- CP: Código Penal.
- DRAER: Diccionario de la real academia española.
- FGE: Fiscalía General del Estado.
- FJ: Fundamento Jurídico.
- *Ibid*: Misma referencia y misma página de la obra citada anteriormente
- *Ibidem*: Misma referencia y diferente página de la obra citada anteriormente
- LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- LO: Ley Orgánica.
- LOGILS: Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.
- *Op cit*: obra citada.
- p./pp.: página/s.
- SAP: Sentencia de las Audiencias Provinciales.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- STSJEXT: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.
- TS: Tribunal Supremo.
- TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

1. INTRODUCCIÓN

En el mundo del derecho diversos acontecimientos han marcado hitos importantes en los últimos años desafiando las estructuras establecidas y estimulando el razonamiento y evolución del ordenamiento jurídico. En estas últimas décadas nuestra generación ha sido testigo de ellos, mientras que los que un día escogimos estudiar este apasionante grado, nos íbamos acercando a estos conocimientos a la vez que convivíamos con una nueva realidad social. Sucesos como la pandemia del COVID 19, el Brexit en el Reino Unido o reformas importantes como la despenalización del aborto¹ o la regulación de la eutanasia², son algunos de ellos, pero, en este caso, debe destacarse la sentencia del caso popularmente conocido como “la Manada” por ser el acto por el que probablemente exista este Trabajo de Final de Grado.

La sentencia de “la Manada” generó en nuestro país una respuesta social y una cobertura informativa sin precedentes. El hecho que la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra³ condenara por abuso sexual “únicamente”, provocó una efervescencia social que motivó el famoso lema “yo si te creo” manifestando que los hechos debían haber sido constitutivos de un delito de violación. Por el contrario, al conocerse la decisión definitiva del Tribunal Supremo⁴ que elevaba de nueve a quince años de prisión la condena por violación, agentes políticos durante los meses que precedieron a la definitiva sentencia, pretendieron agradar a la sociedad sacando rédito que años más tarde se materializaría en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual⁵.

La polémica LO 10/2022 tras una larga tramitación parlamentaria tenía un objetivo ambicioso que era según su preámbulo “*impulsar la prevención de las violencias sexuales y garantizar los derechos de todas las víctimas (...) para asegurar la prevención, una respuesta efectiva a las víctimas y la sanción proporcional de estas conductas*⁶”. En este contexto y muy lejos del propósito de los impulsores, desde la entrada en vigor de la ley del “solo sí es sí” en 2022 hemos asistido a unas continuadas rebajas de penas, revisiones de sentencias e incluso excarcelaciones

¹ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, BOE núm. 55 de 4 de marzo de 2010. A su vez la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, que la modifica, declarada constitucional en virtud de la STC 44/2023, de 9 de mayo.

² Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, BOE núm. 72 de 25 de marzo de 2021.

³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, núm. 38/2018, de 20 de marzo de 2018 (ponente: Excmo. Sr. D José Francisco Cobo Sáenz; ES: APNA:2018:86).

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, sección primera, núm. 344/2019, de 4 de julio de 2019 (ponente: Excmo. Sra. D.^a Susana Polo García; ES:TS:2019:2200).

⁵ Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de libertad sexual, BOE núm. 215 de 7 de septiembre de 2022.

⁶ Considerando I de la exposición de motivos.

debido al principio constitucional retroactivo, generando un debate social y una sensación de estupor a parte de lo que es evidente; una contienda política. Tan solo siete meses después de su aprobación en lo que en materia penal se refiere, ha tenido que ser reformada por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril⁷ para según su preámbulo “*evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de penas mínimas de los nuevos marcos penales*”.

El panorama actual en los delitos contra la libertad sexual ha experimentado cambios significativos y ha generado un intenso debate jurídico y social tras la implementación y posterior modificación de la legislación pertinente en un corto periodo de tiempo. El primer bloque del presente estudio se dedicará a realizar un análisis comparativo entre la regulación anterior, la LO 10/2022 y la reciente LO 4/2023 en el que el objetivo es identificar y examinar los elementos novedosos y más polémicos introducidos por ambas leyes con el fin de comprender el impacto y las implicaciones que estas reformas legislativas han tenido en el delito de agresión sexual.

Estas leyes como he mencionado líneas arriba han abierto una infinidad de controversias que, entrar en todas ellas en profundidad rebasaría la pretensión de este breve estudio. De todas ellas, el segundo bloque tomará como eje central una de las más discutidas y controvertidas por la doctrina penal, medios de comunicación y representación política; que es la tipificación que se produce con la novedosa definición acerca del consentimiento que introduce el apartado primero del artículo 178 CP. Este indica que “*sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*”.

Pues bien, la reforma hay que entenderla como un cambio de modelo hacia el conocido “*yes model*” que también se está produciendo en parte de Europa siendo el objetivo convertir la inexistencia de consentimiento plasmada en una definición y abandonar el anterior modelo que se orientaba en la concurrencia de violencia o intimidación. El presente trabajo, tomando como eje central la figura del consentimiento, pretende examinar que ha significado esta definición en nuestro OJ en virtud de las abundantes críticas que ha recibido por parte de prestigiosos expertos en la materia y responder a preguntas como; ¿De que manera tiene que expresarse el

⁷ Ley orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, BOE núm. 101 de 28 de abril de 2023.

consentimiento? ¿Era necesaria? ¿Era conveniente? ¿Pone en peligro la libertad sexual? ¿Pone en duda el principio de presunción de inocencia?

Por último, se pretende investigar la actividad probatoria del consentimiento en sede judicial. Los datos (como veremos) revelan que un alto porcentaje de los delitos contra la libertad sexual se consuman en el ámbito privado, por tanto ¿es posible demostrar la ausencia de consentimiento únicamente con la declaración de la víctima? La complejidad inherente a la determinación del consentimiento en estos contextos plantea desafíos significativos para el sistema de justicia, requiriendo un examen detallado sobre la problemática que se plantea en sede de instrucción y en juicio oral, por lo que, a través de un análisis jurisprudencial, este último bloque pretende investigar los principales problemas de investigación en sede de instrucción y en caso de que no proceda el sobreseimiento responder a si es si es factible probar la ausencia de consentimiento únicamente con la declaración de la víctima.

2. LA REFORMA PENAL DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

2.1 Trascendencia social y repercusión del caso de “La Manada”.

Es difícil no recordar el suceso que tuvo lugar en Pamplona en el año 2016 cuando 5 barones fueros acusados de cometer una violación grupal en un portal durante las fiestas de San Fermín. Debido a este suceso, se desataron en cadena otros casos similares como el caso Arandina⁸ o “las manadas” de Sabadell⁹ y Villalba¹⁰ y a partir de este momento en la sociedad española se suscitó un acalorado debate sobre los delitos sexuales y sobre el consentimiento en estos¹¹.

Casi dos años más tarde, en 2018, se conoció la Sentencia 38/2018, de 26 de abril de la AP de Pamplona, condenando a nueve años de prisión a los 5 acusados por un delito de abuso sexual con prevalimiento (y no de agresión sexual). La sentencia generó una polémica inédita generando una gran discrepancia en la sociedad que criticó duramente el veredicto por

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, sección primera, núm.930/2022, de 30 de noviembre de 2022 (ponente: Excmo. Sr. Vicente Magro Servet; ES:TS:2022:4489).

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, sección segunda, núm. 108/2023, de 16 de febrero de 2023 (ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; ES:TS:2013:534).

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, sección segunda, núm.462/2019, de 14 de octubre de 2019 (ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde; ES:TS:2019:3123).

¹¹ MARTÍNEZ GALINDO, G., “La reforma de los delitos sexuales: su motivación y el cambio de paradigma (de la honestidad al consentimiento)”, en Gemma Martínez Galindo (Dir.), Alfredo Abadias Selma y Miguel Bustos Rubio (Coords.), VV.AA. “*La reforma de los delitos sexuales*”, J.B. Bosch, Barcelona, 2024, p. 49.

considerar que no se había valorado correctamente la falta de consentimiento de la víctima¹². El colectivo, exigía que los hechos fueran merecedores de una agresión sexual del artículo 179 y 179 del CP de entonces y no de un abuso sexual del artículo 181.3 CP.¹³

En 2019 con la sentencia 344/2019 de 4 de julio se pronunció el Tribunal Supremo estimando casación y exponiendo la ya conocida doctrina jurisprudencial llamada “intimidación ambiental”¹⁴. Aunque la condena se elevara a quince años¹⁵, el punto de inflexión causado en 2018 no tuvo precedentes, siendo Irene Montero el adalid del partido político Podemos que proclamaba que la legislación penal en materia de protección de las víctimas de violencia sexual había quedado desfasada. Se exigía entre otras cosas una reforma integral para garantizar un consentimiento que se sancionase sin diferenciar entre la violencia o intimidación eliminando los matices diferenciadores de abuso y agresión sexual que promulgaba el CP de 1995¹⁶.

2.2 Del Anteproyecto al Proyecto final de Ley Orgánica

Con el fin de realizar un análisis coherente y completo de las posibles implicaciones jurídico-procesales que podrían surgir del nuevo marco normativo propuesto por la LOGILS en relación con los delitos contra la libertad sexual y el consentimiento, es necesario hacer una revisión sin profundizar en exceso en aspectos específicos (los cuales se abordarán más adelante) de los antecedentes y las modificaciones que se han llevado hasta su aprobación final. Hay que empezar mencionando el primer borrador de Anteproyecto diseñado en marzo de 2020¹⁷.

Respecto al consentimiento hay varios puntos que se deben mencionar; por un lado se hacía una amplia referencia en la exposición de motivos a la supresión distintiva entre los abusos y las agresiones sexuales, así como a la reorientación del régimen de valoración de la prueba¹⁸.

¹² En este sentido, hay que hacer una especial mención al demoledor voto particular del Magistrado D. Ricardo Javier González González considerando que las relaciones de la víctima habían sido consentidas y se debería haber estimado la absolución porque se produjeron en un “ambiente de jolgorio y regocijo”.

¹³ MARTÍNEZ GALINDO, G., “La reforma de los delitos sexuales”, *op cit.*, p. 49.

¹⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, P., “El precio de una reforma penal fruto de la presión social” en Marta Rodríguez Ramos (Coord.), VV.AA., *La perspectiva de género en la ley del “solo si es sí”*, Colex, A Coruña, 2022, p. 36.

¹⁵ El TSJ de Navarra con el Auto 18/2023 de 11 de septiembre estima el recurso de apelación interpuesto contra el auto de la AP Navarra, estimando la petición de revisión de condena y sustituyendo la pena de prisión impuesta a uno de los condenados por el delito continuado de agresión sexual de 15 años, por la pena de 14 años de prisión.

¹⁶ MARTÍNEZ GALINDO, G., “La reforma de los delitos sexuales”, *op cit.*, p. 51.

¹⁷ CHINCHILLA GONZÁLEZ, M., “La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre: el nuevo consentimiento sexual, desde la perspectiva de la eficacia probatoria en el proceso penal” en *Diario la Ley* nº 10154, 2022, p.3.

¹⁸ Considerando III de la exposición de motivos del primer borrador del anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

Por otro lado se introducía un nuevo tipo introduciendo una definición de consentimiento algo anómala mediante una doble negación¹⁹ que expresaba 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*”. Ante esta definición de formulación negativa el periodo de consulta pública recibió mas de 450 aportaciones de distintas entidades. Algunos como CAMARENA GRAU, apuntaban a una gran preocupación en la redacción del precepto en relación con el derecho a la presunción de inocencia añadiendo que esta especie de aparente “formulación negativa” podría generar más problemas que los que pretende evitar²⁰.

Siguiendo con el proceso de creación de la normativa, tras los informes del Consejo Fiscal en febrero de 2021 y del Consejo General del Poder Judicial se realizaron modificaciones sobre el posterior definitivo Anteproyecto de ley. El CGPJ proponía algunas correcciones; una de ellas era la advertencia respecto al marco penológico: “*la reducción de los límites máximos de las penas comportará la revisión de aquellas condenas en las que se haya impuesto las penas máximas conforme la regulación vigente*²¹”. Por otro lado, la definición de consentimiento expuesta líneas arriba también era cuestionada; tal definición determinaba un desplazamiento de la carga probatoria que como se ha dicho anteriormente, ni siquiera ocultaba la exposición de motivos cuando se hacía referencia a “*reorientar el régimen de valoración de pruebas*²²”. En este sentido, el CGPJ hacía referencia a que la definición proyectada de consentimiento resultaba innecesaria, reiterando que la cuestión que plantea el consentimiento no es conceptual, sino probatoria. Continuaba expresando que las dificultades procesales de acreditar la ausencia de consentimiento no pueden trasladarse al ámbito de la tipicidad mediante una definición normativa de un elemento típico²³. Por último y como es lógico el CGPJ exponía que esta definición acarreaba graves problemas de compatibilidad constitucional *ex artículos 24 CE y 47 CDFUE* que introduce cualquier modelo de intervención penal que comporte una inversión de la carga de la prueba de la infracción penal²⁴.

¹⁹ CHINCHILLA GONZÁLEZ, M., “La Ley Orgánica 10/2022...”, *op cit.*, p. 4.

²⁰ CAMARENA GRAU, S. “Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual”, en *Boletín de la comisión de Jueces para la democracia*, nº13, 2021, pp. 40. Texto disponible en: <https://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2021/03/13-boletin-penal-vol.-2-2021.pdf>

²¹ Conclusión octogesimocuarta del Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

²² Exposición de motivos del primer anteproyecto de ley

²³ Consideración 217 sobre la modificación del Código Penal del Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

²⁴ Consideración 221 sobre la modificación del Código Penal del Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

Una vez en tramitación parlamentaria, el 6 de julio de 2021 el consejo de Ministros aprobó el texto definitivo del anteproyecto de LO para la reforma del CP. El anteproyecto definitivo mantenía los polémicos marcos penológicos pero modificaba la definición de consentimiento respecto al primer borrador. La propuesta era la siguiente: “*Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.*”

Trasladada al Senado, se realizaron algunas enmiendas al texto aprobado en el Congreso de los Diputados. El grupo Parlamentario Ciudadanos proponía directamente la supresión de la definición²⁵. En ese mismo sentido el Grupo Parlamentario Euskal Herria Bildu coincidía con Ciudadanos en su petición en ese mismo apartado primero del que se peticionaban suprimir las tres palabras que preceden al punto y seguido: “*...sin su consentimiento*”. Exponía el grupo parlamentario que la definición podía dar lugar a una mala interpretación a la hora de resolver si había existido o no consentimiento. Exponían que había un riesgo claro de que en múltiples ocasiones el tribunal pueda interpretar que no ha habido consentimiento porque no se ha expresado claramente una voluntad²⁶. Por otro lado el grupo Parlamentario Plural proponía mantener la antigua redacción que hacía el 178 CP interpretando que la nueva propuesta produce un desplazamiento en la carga de la prueba suponiendo un claro quebrantamiento del principio de presunción de inocencia que además vulneraría la seguridad jurídica castigando por un lado en una prohibición de defecto de protección o por otro lado incurriendo en una prohibición de exceso al castigarse con gran severidad conductas que presentan un menor grado de lesividad²⁷.

Tras 373 enmiendas, el pleno del Senado en la sesión del 19 de julio de 2022 aprobó el Proyecto de LO remitiéndolo al Congreso de los Diputados con las enmiendas mencionadas que fue aprobado definitivamente por el Congreso de los Diputados el 25 de agosto de 2022 con 205 votos a favor, 141 en contra y 3 abstenciones. Esto suponía una mayoría alcanzada del 58,74%,

²⁵ Enmienda nº34 del Grupo Parlamentario Ciudadanos en Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

²⁶ Enmienda nº 61 del Grupo Parlamentario Euskal Herria Bildu en Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

²⁷ Enmienda nº 187 de Ferrán Bel Accensi, del Grupo Parlamentario Plural en Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

lo que demostraba una ausencia de consenso en las Cortes que era trasladado a la sociedad española²⁸.

Finalmente y tras dos años y medio de tramitación parlamentaria y numerosas modificaciones y revisiones del texto, el 7 de setiembre de 2022 fue publicada en el BOE y entró en vigor la famosa del “solo sí es sí”, pero tal y como se vaticinaba, tan solo cuatro meses más tarde, en febrero de 2023, el PSOE, uno de los partidos que impulsó esta ley, decidía reforma por vía de urgencia pretendiendo solventar las deficiencias de la anterior regulación como la reducción de penas y la vulneración del principio de proporcionalidad²⁹.

Por tanto, y volviendo a los inicios que detonaban este movimiento, es sorprendente como el llamado “Código de la manada”³⁰ fue el CP con el que se pudieron condenar a los hechos acontecidos en Pamplona, y en cambio, la reforma de 2022, consiguió todo lo contrario, llegando a rebajar la condena a uno de los miembros como se ha expuesto previamente.

3. LA REFORMA DEL NUEVO DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL: PANORAMA ACTUAL Y ANALISIS COMPARATIVO

En un breve lapso de tiempo, los delitos contra la libertad sexual han sido objeto de dos reformas legislativas significativas. Por un lado la LO 10/2022 destacando que su principal objetivo era garantizar integralmente la libertad sexual, y por otro lado la reciente LO 4/2023 que tuvo como objetivo modificar el CP, la LECr y la LO 5/2000, con el propósito de fortalecer la protección de la libertad sexual y evitar posibles efectos indeseados de penas mínimas en casos graves. Esta sucesión de cambios legales ha generado una situación excepcional, donde los tribunales deben analizar meticulosamente qué legislación es más favorable para el acusado, dependiendo del momento en que ocurrieron los hechos y las disposiciones legales aplicables en ese momento. Este proceso se complica aún más debido a la irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables al reo, según lo establecido en el artículo 2.2 del CP³¹.

²⁸ MARTÍNEZ GALINDO, G. “*La reforma de los delitos sexuales*”, *op cit.*, p. 51.

²⁹ DE PAREDES GALLARDO, C. y DOMINGO ROIG, C.: “Reflexiones sobre la entrada en vigor de la ley sólo sí es sí: consecuencias prácticas, alarma social y contrarreforma” en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.162, 2023, p. 9

³⁰ Llamado así por dirigentes políticos contrarios a la reforma producida en 2023.

³¹ ALCALÉ SÁNCHEZ, M. “Título VIII delitos contra la libertad sexual” en María Luisa Cuerda Arnau (Dir.), VV.AA. “*Comentarios al Código Penal. Tomo I*”, Tirant Lo Blanch 2023, p. 1200

A pesar de que las diferencias más significativas entre las Leyes Orgánicas mencionadas residen en sus disposiciones transitorias³², el objetivo de este análisis es proporcionar una visión general de las modificaciones que se han producido en el delito de agresión sexual, especificado en los artículos 178 a 180 CP, derivadas de la aplicación de las LO 10/2022 y 4/2023 y su regulación anterior.

3.1 La conducta típica

El capítulo I del Título VIII del CP regula “las agresiones sexuales” tomando como tipo básico el artículo 178.1 y 2 CP y varios tipos especiales en los arts. 178.3, 179 y 180 CP³³. Las diversas modalidades actualmente las podemos enumerar de la siguiente forma: tipo básico; tipo agravado (concurrencia de violencia o intimidación; tipo atenuado (menor entidad); violación; violación agravada; tipos cualificados (atendiendo a circunstancias)³⁴.

3.2 El tipo básico

La reforma introducida por la LO 10/2022 significó un cambio sustancial en la regulación de los delitos relacionados con la libertad sexual en el CP. Anteriormente, las conductas que implicaban violencia o intimidación se clasificaban como "agresión", mientras que aquellas que no involucraban estos elementos pero se realizaban sin consentimiento válido eran consideradas abusos sexuales. Sin embargo, con esta reforma, ambas categorías se unifican bajo el *nomen iuris* de "agresiones sexuales". Ahora, el factor determinante para la tipificación del delito se centra en el consentimiento de la víctima, estableciendo una presunción de ausencia en los casos donde se utilicen los medios descritos en el artículo 178.2. Este cambio refleja un nuevo enfoque normativo que prioriza la protección de la libertad y autonomía sexual de las personas³⁵.

³² Como expone ALCALE SÁNCHEZ *idem*, mientras que la primera ley depende del artículo 2.2 del Código Penal y la jurisprudencia para la aplicación retroactiva, la segunda incluye disposiciones transitorias específicas para guiar a los tribunales en la aplicación temporal de sus disposiciones.

³³ MUÑOZ CONDE, F., “Delitos contra la libertad sexual” en *Derecho penal parte especial Francisco Muñoz Conde 25^a edición, revisada y puesta al día revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, conforme a las LLOO 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 y 4/2022*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 232.

³⁴ BALBUENA PÉREZ, D., “El nuevo delito de agresión sexual”, en Gemma Martínez Galindo (Dir.), Alfredo Abadías Selma y Miguel Bustos Rubio (Coords.), VV.AA. “*La reforma de los delitos sexuales*”, J.B. Bosch, Barcelona, 2024, p 136.

³⁵ ALCALE SÁNCHEZ, M. “Comentarios al Código Penal...”, *op. cit.*, p. 1203.

La LO 4/2023, a pesar de partir de la nueva regulación establecida recientemente, ha introducido cambios significativos. El tipo básico de agresión sexual, que sigue siendo punible con prisión de uno a cuatro años, no experimenta modificaciones directas. Según el párrafo 1º del artículo 178.1, el consentimiento se entiende únicamente cuando se manifiesta libremente y de manera clara mediante actos y por tanto su definición sigue intacta; (véase *infra* análisis detallado en el punto 4). La LO 10/2022 introdujo un apartado segundo en el art. 178 en el que se señalaban una serie de supuestos “*a los efectos del apartado anterior*” en los que “*en todo caso*” se consideraba agresión sexual cuando el autor empleara para la realización del acto de contenido sexual “*violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad*”. La LO 4/2023 se ha limitado a suprimir la referencia del apartado que aquí se hacía “*a los efectos del apartado anterior*”, en el entendimiento de que se trata de una previsión que tiene una mayor aplicabilidad dentro del conjunto de los Capítulos I y II del Título VIII³⁶.

Todos los supuestos mencionados respecto al apartado segundo cabe mencionar que ya eran considerados en la legislación antes de la reforma de 2022. Bajo la normativa previa, la presencia de violencia o intimidación clasificaba la acción como agresión sexual, mientras que otros factores implicaban abusos sexuales. La LO 10/2022 busca transformar estos elementos en indicativos auxiliares para demostrar la ausencia de consentimiento³⁷. No obstante, con la implementación de la LO 4/2023, la presencia de violencia o intimidación conlleva la activación de un subtipo agravado (véase *infra* artículo 178.3), restableciendo así, en cierta medida, la distinción clásica entre los diferentes delitos.

Actualmente, el concepto de agresión sexual se ha expandido significativamente, abarcando actos contra la libertad sexual de variada intensidad y gravedad, a los cuales se les asigna inicialmente una respuesta punitiva uniforme. Reconociendo esta situación, la legislación, a través de la LO 4/2023, especifica que la conducta se considera especialmente grave no solo en casos de violencia o intimidación, sino también cuando se anula la voluntad de la víctima³⁸.

³⁶ *Ibidem*, pp. 1203-1204.

³⁷ *Ibidem*, p. 1209.

³⁸ MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho penal parte especial...*”, *op. cit.*, p. 240.

Todo lo anterior obliga a una interpretación de los elementos mencionados líneas arriba y que tienen esta presunción de ausencia. Eso requiere un análisis de los elementos que merecen más detenimiento introducidos en este apartado segundo del art. 178:

El primer vicio en el consentimiento es la violencia. Según la STSJEXT 19/2023, de 15 de junio de 2023 los requisitos que debe tener la fuerza son los siguientes: “*1) violencia equivale a fuerza física, a medios de acción material que se proyectan y actúan sobre el cuerpo de la víctima; sin que haya de ser irresistible o de gravedad inusitada, pero sí suficiente, adecuada para el logro del fin perseguido; se mide, por tanto, por su idoneidad, por su eficacia, no por su cantidad; 2) ha de ponderarse atendiendo al conjunto de circunstancias que rodean al hecho, tanto las concernientes a los sujetos como las relativas al lugar, la ocasión, el entorno, etc.; 3) entre la violencia y la acción sexual ejecutada ha de haber una conexión causal, de modo tal que pueda afirmarse que la segunda se ha producido como consecuencia de haberse utilizado la primera; o que la violencia tiene un carácter funcional (ordenada de medio a fin); 4) y en cuanto a la resistencia de la víctima (que no es elemento del tipo, pero se recurre a ella como hecho indicario) se ha convenido desde siempre en que no precisa ser desesperada; es bastante con que sea real, verdadera, que exteriorice de forma inequívoca la voluntad opuesta al contacto sexual; y no desaparece porque la víctima acepte lo inevitable para evitar males mayores, sin que haya de ser irresistible o de gravedad inusitada, pero sí suficiente, adecuada para el logro del fin perseguido*”³⁹.

En este sentido el TS en su sentencia núm. 249/2019, de 14 de mayo de 2019 “*la violencia no ha de ser de tal grado que presente caracteres de irresistible, invencible o de gravedad inusitada, sino que basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, que no es otro que la paralización o inhibición de la voluntad de la víctima, actuando en adecuada relación causal*”⁴⁰

La segunda circunstancia es la intimidación. Esta implica la anulación de la voluntad desde un enfoque psicológico. Esto significa que, en vez de ejercer una fuerza física, se emplea una

³⁹ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, núm. 19/2023, de 15 de junio de 2023 (ponente: Excmo. Sra. D^a Manuela Eslava Rodríguez; ES:TSJEXT:2023:679).

⁴⁰ Sentencia Tribunal Supremo, núm. 249/2019, de 14 de mayo de 2019 (ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro; ES:TS:2019:1509)

fuerza psicológica mediante amenazas, verbales o físicas, de infligir un daño al sujeto pasivo⁴¹. El Alto Tribunal entiende que “*la violación mediante procedimiento intimidatorio supone el empleo de cualquier forma de coacción, amenaza, amedrentamiento o uso de vis compulsiva, que compelle a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos contrarrestadores de la ofendida, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva. Supone por tanto un constreñimiento psicológico, o una amenaza de palabra u obra de causar un ‘daño injusto, posible, irreparable y presente que infunde miedo en el ánimo de la víctima produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega’*”⁴².

La tercera circunstancia responde a la situación de “*abuso de superioridad*”. Como hemos mencionado esta modalidad se introdujo con la LO 10/2022⁴³. Con esta tipificación se pretendió poner fin a las dificultades que se daban en la práctica con los casos acerca de si la intimidación debía interpretarse suficientemente grave para calificarla como agresión sexual o como abuso sexual⁴⁴ (se establecía en supuestos de abuso de prevalimiento y abuso de superioridad). Como apunta MUÑOZ CONDE con la introducción del tipo cualificado del apartado 3 del artículo 178 (véase *infra*) se están volviendo a introducir de alguna manera algunos problemas de delimitación⁴⁵. El texto actual emplea el término abuso, que, a diferencia de la violencia o intimidación, se caracteriza por el aprovechamiento de una posición de inferioridad de la víctima, independientemente de las circunstancias que la originen, vulnerando su libertad. Aunque la reforma elimina el delito de abuso, las conductas más graves se incluyen ahora en el nuevo delito de agresión sexual en el caso de abuso de posición superior, desapareciendo la

⁴¹ VEGAS AGUILAR, J.C, “Contenido y vicios del consentimiento de la Ley del “solo sí es sí” en *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, núm. 4, p. 97.

⁴² Sentencia Tribunal Supremo, núm. 723/2023, de 2 de octubre de 2023 (ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; ES:TS:2023:3921).

⁴³ Antes de la LO 10/2022, dicho prevalimiento se definía como “*el modus operandi a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de tres elementos: a) Situación manifiesta de superioridad del agente; b) Que dicha situación influya de forma relevante, coartando la capacidad de decidir de la víctima; y c) Que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalga, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima*”

⁴⁴ BALBUENA PÉREZ, D., “*La reforma de los delitos sexuales*” *op. cit.*, p. 137.

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho penal parte especial...*”, *op. cit.*, p. 241.

modalidad de engaño con menores de 16 y 18 años según el artículo 182.2 del CP anterior⁴⁶ a la reforma de la LO 10/2022⁴⁷.

Respecto al ya derogado 182.2 CP, los artículos 178, 179, 180 y 181 no hacen mención alguna a ciertas conductas que, anteriormente castigadas de manera autónoma y no clasificadas ni como abuso ni como agresión sexual, han sido eliminadas del reproche penal. Esto implica que, según la normativa actual, actos sexuales realizados bajo engaño y que no encajan en la definiciones de agresión sexual, ya no son objeto de sanción penal, reflejando un cambio en la ley sobre la necesidad de castigar estos delitos⁴⁸.

Para RAMOS VÁZQUEZ esta voluntad del legislador es deliberada. Es bien sabido que el legislador, cuando así lo decide, incorpora el engaño como uno de los medios para cometer delitos, incluidos aquellos contra las personas, como se observa en los artículos 144 o 177 bis, por ejemplo. Durante el proceso de tramitación parlamentaria además, se propusieron algunas enmiendas⁴⁹ para incluir el engaño en el artículo 178.2 del CP, pero ambas fueron rechazadas⁵⁰. Esto subraya que la intención del legislador es clara y no de celeridad como se podía pensar con la entrada de la LO 10/2022, ya que tampoco se ha previsto en la reforma de 2023⁵¹.

La reciente Circular 1/2023 de la Fiscalía General del Estado sugiere que las conductas previamente no clasificadas específicamente como abuso o agresión sexual podrían ser consideradas bajo la figura del prevalimiento. Sin embargo, esta interpretación parece carecer

⁴⁶ Como dice MÚÑOZ CONDE *idem*, la LO 10/2022 ha eliminado este delito de abuso. Aunque las acciones más graves que abarcaba continúan siendo punibles bajo el concepto de "abuso de situación de superioridad" en el artículo 178.2. Lo que sí desaparece es la forma de "engaño", que tradicionalmente implicaba una falsa promesa de matrimonio o inducir a la víctima a un entendimiento erróneo sobre el acto sexual o sus consecuencias.

⁴⁷ BALBUENA PÉREZ, D., "La reforma de los delitos sexuales" *op. cit.*, p. 137.

⁴⁸ CÁMARA ARROYO, S., "Delitos contra la libertad sexual" en Mª Dolores serrano Tárraga (Coord.), VV.AA., *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 235

⁴⁹ BOCG 21.1.2021; en concreto se hace referencia a la enmienda número 34 (presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos) y la número 372 (presentada por el Grupo Parlamentario Republicano) que dice lo siguiente: " (...) al omitir modalidades comisivas, determinadas por la falta de consentimiento, se puede producir como efecto no deseado de la reforma en su interpretación y aplicación práctica por parte de los juzgados y tribunales el que se han despenalizado este tipo de conductas, que antes estaban incluidas con toda claridad en el tipo de abusos, cuando no en el de agresiones sexuales. Como acusación particular hemos defendido a víctimas que no sabían que estaban siendo objeto de agresión sexual, incluida la violación, por ejemplo, con ocasión de supuestas revisiones médicas o intervenciones terapéuticas y ginecológicas"

⁵⁰ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., "El engaño Como medio Comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva Cultura del Consentimiento" en José R. Agustina (Coord.), VV.AA., *Comentarios a la ley del "solo sí es sí. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 172.

⁵¹ Tal y como se expone *idem*; es evidente que la eliminación específica de un artículo que sancionaba el abuso sexual a menores de 16 o 17 años mediante engaño no implica que el engaño se convierta en un método para cometer agresiones sexuales contra individuos de cualquier edad.

de base lógica, ya que el prevalimiento, aplicable tanto a mayores como a menores de 16 años, ya estaba previsto antes de la reforma y no habría afectado a la conducta descrita en el artículo 182 debido al principio de legalidad del artículo 8 del CP. La distinción de estas conductas, dirigidas a aprovechar la inmadurez de la víctima que consiente en condiciones de inferioridad y engaño, queda evidenciada en las sentencias retroactivas emitidas y las excarcelaciones que han seguido a la eliminación del precepto⁵².

Es importante resaltar de manera significativa la interpretación que hace el TS y la notable discrepancia que se hace respecto a la Circular 1/2023 de la FGE. La sentencia núm. 943/2023, de 20 de diciembre de 2023⁵³ destaca lo siguiente: “*No puede aceptarse ese esforzado intento de mantenerla sanción penal frente a unos hechos que, ciertamente, suscitan reproche social. El nuevo art. 178 CP con esa expresión (abuso de superioridad) quiere acoger los hechos antes incardinables en el art. 181.3 (prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta) lo que en el caso analizado comportaría una penalidad comprendida entre cuatro y diez años de prisión. El art. 182 CP no era un tipo atenuado. Sería absurdo: llevaría a entender que cuando la víctima es menor de 18 años y mayor de 16, la pena habría de ser inferior. La relación entre el art. 181.3 y 182 no era de especialidad (el art. 182 como lex specialis); sino de subsidiariedad (el art. 182 sería lex subsidiaria). El precepto solo resultaba aplicable cuando no operaba el art. 181, es decir, en defecto del mismo, lo que venía a significar que el abuso de una relación de confianza o influencia sobre la víctima era una situación diferente, por ser menos intensa, que la manifiesta superioridad que coarta la voluntad de la víctima.*” Sigue argumentando que “*La redacción del art. 178.2 actual en su alusión a un abuso de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima es heredera del anterior art. 181.3; y no del antiguo 182. Los supuestos ubicados en este último tipo se despenalizan. Los que quedaban incardinados en el anterior art. 181.3 pasan a recogerse en el actual 178.2. Si en su día no se acusó por el art. 181.3 por entenderse que no concurría ese prevalimiento cualificado, ahora no es factible usar la tipicidad del art. 178.2 para recuperar la punición de supuestos en que, existiendo abuso de confianza o de unas relaciones de influencia, no se puede hablar en absoluto de relación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima en los términos del art. 178.2. La simple diferencia de edad no basta para fundar esa relación de superioridad. Y la relación sentimental con una amiga de la víctima evoca mayor confianza, pero no asimetría o superioridad.*” Por tanto, la

⁵² CÁMARA ARROYO, S., “*Derecho Penal Parte Especial*” *op. cit.*, p. 168.

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 943/2023, de 20 de diciembre de 2023 (ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García; ES:TS:2023:5825).

sentencia concluye que “*hay que acoger el motivo con casación de la sentencia y dictado de otra de sentido absolutorio por advenimiento de una norma más beneficiosa.*

Por último, se tipifican expresamente los actos sexuales que se realicen sobre alguien que tenga su voluntad anulada. La legislación actual, tras la reforma de la LO 10/2022, amplía la definición de abuso sexual para incluir situaciones donde la voluntad de la víctima está anulada sin especificar claramente qué situaciones se contemplan bajo este término. Anteriormente, se reconocía como abuso sexual el acto de anular la voluntad de la víctima mediante el uso de sustancias como fármacos o drogas, lo que llevaba a la víctima a una situación de sumisión química, donde, a pesar de estar consciente, perdía su capacidad de autodeterminación sexual. La jurisprudencia destacaba que esta anulación implicaba una pérdida de la capacidad de autodeterminación en el ámbito sexual. Actualmente, no es imprescindible que el autor emplee directamente estas sustancias para anular la voluntad; es suficiente con que se aproveche de la vulnerabilidad química de la víctima, ya sea autoinducida o provocada por terceros, aplicándose en estos casos el tipo agravado del artículo 180.1.7^{a54}.

La normativa vigente omite mencionar específicamente el uso de "fármacos, drogas o sustancias" en la anulación de la voluntad, lo que lleva a incluir en esta categoría una pena agravada según el apartado tercero (véase *infra* 3.4.1) en casos donde la víctima se encuentra en estado de inconsciencia. La jurisprudencia interpreta esta privación de sentido como una forma de voluntad anulada, señalando incluso que las víctimas en este estado pueden tener un nivel de conciencia inferior a las que están bajo efecto de sustancias. Además, se considera que individuos con ciertas condiciones mentales que les impiden ejercer su voluntad plenamente también entran en esta categoría, y por lo tanto, los actos sexuales cometidos contra ellos deberían ser sancionados bajo el régimen del apartado tercero, en lugar del apartado primero, ampliando el espectro de protección a situaciones donde la capacidad de consentimiento está comprometida⁵⁵.

3.3 Tipo privilegiado

⁵⁴ CASTELLVÍ MONTSERRAT, C., “Título VIII Delitos contra la Libertad Sexuales” en Mirenxtu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig (dirs.); Guillermo Ramírez Martín y Gabriel Rogé Such (Coords.) VV.AA., *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 861.

⁵⁵ *Idem.*

Tras la reforma operada por la LO 4/2023 el número 4 del art. 178 permite al órgano judicial imponer la pena de prisión en su mitad inferior o una multa de dieciocho a veinticuatro meses, considerando la menor gravedad del hecho y las circunstancias personales del culpable. Esto es aplicable siempre que no haya violencia, intimidación o anulación de la voluntad de la víctima, según lo reformado por la LO 4/2023, y no se cumplan las circunstancias del art. 180 (véase *infra* 3.4.3). El objetivo de esta previsión es garantizar una pena proporcional a la gravedad de los hechos cometidos⁵⁶.

Se destaca como elemento característico de este tipo que su concurrencia no es automática. El término facultativo “*podrá*” indica que es algo que el juez debe evaluar en cada caso, considerando la menor entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable⁵⁷.

La Circular FGE 1/2023 sugiere que “*la apreciación de esta modalidad privilegiada parte necesariamente de la constatación de la menor entidad del hecho, quedando en un segundo plano todo lo relativo a las circunstancias personales del culpable*”⁵⁸. Aquí se está utilizando como guía la figura atenuada en el delito de tráfico de drogas establecida en el artículo 368.2 CP priorizando la menor gravedad del hecho sobre las circunstancias personales del infractor, haciendo de la primera un criterio esencial y relegando la segunda a un plano secundario. Es importante señalar que la aplicación de la atenuación es pertinente únicamente en la elección de la pena de multa. La opción de imponer la pena de prisión en su mitad inferior está siempre disponible, independientemente de la atenuación, según el artículo 66.6 CP⁵⁹.

3.4 Subtipos agravados

3.4.1 El subtipo agravado, artículo 173 CP

La LO 4/2023 viene a reformar el nuevo artículo 178.3 CP castigando de 1 a 5 años de prisión al que hubiera cometido la agresión empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad. En este sentido se vuelve a la penalidad

⁵⁶ ALCALÉ SÁNCHEZ, M., “*Comentarios al Código Penal...*”, *op. cit.*, p. 1210

⁵⁷ BALBUENA PÉREZ, D., “*La reforma de los delitos sexuales*”, *op. cit.*, p. 142.

⁵⁸ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2023 de 29 de marzo publicada en el BOE el 5 de abril de 2023; punto sexto.

⁵⁹ CASTELLVÍ MONTSERRAT, C., “*Comentarios al Código Penal...*”, *op. cit.*, pp. 862-863.

establecida anterior a la LOGILS incluyendo a las víctimas con la voluntad anulada equiparando el tipo con la concurrencia de violencia o intimidación⁶⁰.

La incorporación de esta nueva figura delictiva se justifica en el Preámbulo de la propia ley, afirmando que los medios comisivos allí referenciados no son simplemente "meras circunstancias agravantes que rodean el delito", sino que constituyen "*elementos que están en la conducta misma y que evidencian una mayor antijuricidad*", por lo que "*precisa de una respuesta normativa diferenciada*"⁶¹. En este sentido como afirma ACALE SANCHEZ "*se colige que se está ante un tipo cualificado en el que ya no basta con la falta de consentimiento, sino que en sede de tipicidad han de emplearse simultáneamente alguno de dichos medios. De nuevo tendrá que volver la jurisprudencia a la distinción entre la intimidación ambiental y el prevalimiento, cuya sutil diferencia ha resaltado la Sentencia 344/2019, de 5 de julio*"⁶².

La pregunta que surge de inmediato es si realmente se está volviendo a la distinción previa entre agresiones y abusos sexuales y si esto representa un desafío a la filosofía de la LOGILS. Pues bien, aunque hay disparidad doctrinal, según varios sectores la LO 4/2023 no marca un retorno completo al "CP de la Manada", alejándose esta ley del enfoque anterior diferenciador de agresiones sexuales y abusos sexuales. La LO 4/2023 revierte esta lógica: muchos de los actos anteriormente catalogados como abusos sexuales ahora se consideran agresiones sexuales graves, en algunos casos, incluso más graves que aquellos cometidos con violencia o intimidación⁶³.

La LO 4/2023 se desmarca parcialmente del enfoque de la LOGILS, que promovía la unificación de los actos sexuales no consentidos bajo una única categoría de agresión sexual, con una equiparación penológica dentro de un marco punitivo extenso. La crítica de "volver a lo anterior" no es del todo exacta, ya que la nueva ley no busca simplemente aumentar las penas para las agresiones sexuales con violencia o intimidación. A pesar de mantener una unificación nominal, introduce una diferenciación en las sanciones, donde los actos que anteriormente se

⁶⁰ BALBUENA PÉREZ, D., "La reforma de los delitos sexuales", *op. cit.*, p. 142.

⁶¹ ACALE SÁNCHEZ, M., "Comentarios al Código Penal...", *op. cit.*, p. 1209

⁶² *Ibidem*, pp. 1209-1210.

⁶³ DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada? en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-18, p 43.

consideraban abusos sexuales ahora pueden ser castigados como agresiones sexuales graves, reflejando una revalorización de la gravedad de estos delitos⁶⁴.

En ese sentido la LO 4/2023 introduce una modificación significativa respecto al CP anterior a la LOGILS al equiparar penológicamente las agresiones sexuales realizadas con violencia o intimidación con aquellas donde la víctima tiene anulada su voluntad por cualquier motivo, situación que antes se consideraba abuso sexual⁶⁵. Por tanto el pensar que la "contrarreforma" impone penas más graves para las agresiones sexuales cometidas con violencia o intimidación no es exacta, debido a la existencia de marcos penales que se solapan.

3.4.2 La violación agravada, artículo 179.2 CP

Por otro lado, el artículo 179.1 establece que se castiga como reo de violación con una pena de prisión de cuatro a doce años al responsable de la agresión sexual cuando implique acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías⁶⁶.

La distribución de los actos sexuales típicos para el tipo cualificado de agresión sexual (violación) no ha experimentado cambios en el nuevo marco establecido por las Leyes Orgánicas 10/2022 y 4/2023. Esta distribución en los dos grupos previstos en los artículos 178 y 179 ha sido el resultado de una evolución gradual, en la que se han ampliado progresivamente los casos equiparados a la penetración vaginal, que originalmente era la modalidad de agresión sexual conocida como violación, siempre y cuando se empleara violencia o intimidación⁶⁷.

La LO 4/2023 ha introducido un nuevo apartado 2º que junto a lo dispuesto en el artículo 178.3 si el acto sexual se comete empleando "*violencia o intimidación*" o aprovechándose de que la "*víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad*", la pena de prisión a imponer es de 6 a 12 años. En España, clásicamente se consideraba violación al acceso carnal con violencia o intimidación. Sin embargo, la nueva regulación denomina violación al acceso carnal, con o sin esos medios típicos⁶⁸.

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ MÚÑOZ CONDE, F., "Derecho penal parte especial...", *op. cit.* pp. 247

⁶⁷ ALCALÉ SÁNCHEZ, M., "Comentarios al Código Penal...", *op. cit.*, pp. 1216

⁶⁸ *Idem.*

Esta reforma recalca la importancia de que la violencia o intimidación sean medios utilizados específicamente para consumar el acto sexual o la inserción de objetos. Así, los actos de violencia o intimidación que no se utilicen con este propósito específico no resultarán en la aplicación del tipo agravado establecido en el artículo 179.2⁶⁹.

El reciente artículo 179.2, tras su modificación, contempla que los actos descritos pueden ser ejecutados tanto individualmente como por varios individuos. En situaciones donde múltiples personas participan, es crucial diferenciar entre aquellos que cometen actos sexuales usando violencia o intimidación, considerados como violación en grupo o coautoría con la agravante del artículo 180.1, y aquellos casos en los que se asignan roles específicos, de modo que uno ejecuta el acto sexual y otro ejerce la violencia o intimidación⁷⁰.

3.4.3 Las agravaciones del artículo 180 CP

El artículo 180.1 establece que, en presencia de cualquiera de las circunstancias enumeradas en dicho artículo, se aplicarán las siguientes penas: para las agresiones sexuales descritas en el artículo 178.1, la pena de prisión será de dos a ocho años; para las agresiones sexuales con violencia o intimidación o cuando la víctima esté incapacitada para consentir, según el artículo 178.3, la pena será de prisión de cinco a diez años; para las agresiones sexuales cualificadas por violación, de acuerdo con el artículo 179.1, la pena será de prisión de siete a quince años; y para las agresiones sexuales cualificadas por violación con uso de violencia o intimidación o sobre víctima con voluntad anulada, según el artículo 179.2, la pena será de prisión de doce a quince años⁷¹.

Pues bien, el catálogo de infracciones se completa con la concurrencia de una serie de agravantes que como se ha expuesto pueden operar tanto sobre el tipo básico como en el de violación. De estas circunstancias suponen una novedad solo algunas de ellas como se comentará a continuación, pero serán analizadas únicamente las reformadas por las recientes LO y las que han creado más controversia con su aparición.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ MÚÑOZ CONDE, F., “Derecho penal parte especial...”, *op. cit.* pp. 247

En la circunstancia 1^a, la agresión sexual se cualifica “*cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas*”. Esta circunstancia es aplicable en casos como el de la manada y no ha sufrido modificación por las Leyes Orgánicas 10/2022, ni por la 4/2023. La Circular FGE 1/2023 establece que la razón para agravar el delito cuando hay actuación conjunta “*descansa en la disminución de las posibilidades efectivas de defensa para la víctima en atención a la desproporción de fuerzas, así como en el hecho de que la actuación conjunta intensifica exponencialmente el carácter degradante de la acción*”⁷². De este modo, CASTELLVÍ MONSERRAT afirma que su aplicación es incompatible con la agravante genérica de abuso de superioridad y, obviamente, con la agravante de alevosía, que solo puede aplicarse a los delitos contra las personas como además afirma la STS núm. 985/2016, de 11 de enero de 2017^{73/74}.

La circunstancia 2^a se refiere al caso en que la agresión sexual “*vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio*”. La reforma realizada por la LO 10/2022, que se mantuvo sin cambios por la LO 4/2023, ha expandido significativamente el alcance de la normativa al incluir no solo la consideración del carácter particularmente degradante o vejatorio de la violencia o intimidación ejercida, sino también al incrementar la penalización en casos donde los actos sexuales realizados presenten una naturaleza similarmente degradante o vejatoria⁷⁵.

La circunstancia 3^o se refiere a la situación en que “*los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181.*” Esta circunstancia, que se refiere genéricamente a la agravación por razón de la edad avanzada, no ha experimentado cambios ni con la LO10/2022 ni con LO la 4/2023, manteniéndose como se estableció en la reforma realizada por la LO 8/2021⁷⁶.

⁷² Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2023 de 29 de marzo publicada en el BOE el 5 de abril de 2023; punto octavo sección primera.

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo, sección primera, núm. 985/2016, de 11 de enero de 2017 (ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz; ES:TS:2017:36).

⁷⁴ CASTELLVÍ MONTSERRAT, C., “*Comentarios al Código Penal...*” *op. cit.*, p. 866.

⁷⁵ ALCALÉ SÁNCHEZ, M., “*Comentarios al Código Penal...*”, *op. cit.*, p. 1223.

⁷⁶ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, BOE núm. 134 de 5 de junio de 2021.

La circunstancia 4^a, se refiere a los casos en que la víctima “*sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*”. Antes de la implementación de este precepto por la LO 10/2022, la falta de una agravación específica podía compensarse mediante la aplicación de la agravante de género (art. 22.4 CP) y de parentesco (art. 23 CP). La pena establecida en el tipo agravado del artículo 180 del CP es significativamente más alta que la que se obtendría solo con la aplicación de las mencionadas agravantes a la agresión sexual correspondiente⁷⁷, por lo que, en este sentido, RAGUÉS I VALLÉS ha indicado que se aplica el art.180.1.4 del CP en situaciones donde un acto de violencia de género coincide con un atentado contra la libertad sexual. Esto establece que, en contextos donde la agresión sexual también constituye una manifestación de violencia de género, se procederá a agravar la pena del delito conforme a esta disposición específica⁷⁸.

Coincidente con lo anterior se pronuncia la Cir. FGE 1/2023 afirmando que “*solo pueden erigirse en sujetos activos de este subtipo agravado los varones que ejerzan violencia sexual sobre las mujeres*”⁷⁹.

En la circunstancia 5^a la agresión sexual se cualifica cuando, “*para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación o relación de convivencia o de parentesco o de una relación de superioridad con respecto a la víctima*”. Tras la LO 4/2023, la consideración de la relación de parentesco para agravar delitos sexuales no se limita a ascendientes y hermanos, sino que se extiende a cualquier pariente, incluidos los primos. Lo crucial aquí es el aprovechamiento de la superioridad que emana de la relación parental, más que el parentesco en sí. Por lo tanto, el enfoque no está en la violación de un deber especial de abstención de conductas potencialmente incestuosas dentro del ámbito familiar, sino en cómo la relación parental facilita una posición de dominio que el agresor explota⁸⁰.

Igual que en el caso del agravante por la especial vulnerabilidad de la víctima mencionada en el apartado 3, no se debe aplicar esta agravante específica si ya se ha considerado la relación de

⁷⁷ GÓMEZ NAVAJAS, J., “Agresión sexual por parte del cónyuge, pareja o expareja de la víctima” en Marta Rodríguez Ramos (Coord.), VV.AA., *La perspectiva de género en la ley del “solo si es sí”*, Colex, A Coruña, 2022, pp.181-182.

⁷⁸ RAGUÉS I VALLÉS, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Jesús Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2023, pp 133-161.

⁷⁹ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2023 de 29 de marzo publicada en el BOE el 5 de abril de 2023; punto octavo sección cuarta.

⁸⁰ MÚÑOZ CONDE, F., “*Derecho penal parte especial...*”, *op. cit.* pp. 250

superioridad para determinar el delito de agresión sexual en su forma básica. Esto significa que, si la clasificación del delito como agresión sexual básica se basó en la existencia de una relación de superioridad entre el agresor y la víctima, entonces no se debe añadir esta agravante⁸¹.

El apartado 6º dice que “*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*”. Esta circunstancia no ha sufrido modificación por las LO 10/2022, ni por la 4/2023.

La circunstancia 7ª expone que “*cuando para la comisión de estos hechos la persona responsable haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto*”. Antes de la LOGILS estos casos se trataban específicamente en el antiguo artículo 181.2 sobre el delito de abuso sexual. Este artículo se refería a situaciones en las que el agresor eliminaba la capacidad de decisión de la víctima al administrarle sustancias naturales o químicas, lo que también se consideraba en el apartado 1. En resumen, el antiguo artículo 181.2 describía los casos en los que el agresor o cómplice cometía abuso sexual después de haber incapacitado a la víctima mediante el uso de sustancias. Antes, si alguien cometía abuso sexual contra una persona que no podía decidir por sí misma, sin que el agresor hubiera causado esa incapacidad, el delito se consideraba de varias maneras. En algunos casos, se consideraba como abuso de sujeto privado de sentido (aplicando una interpretación extensa), alternativamente, si esta interpretación no era adecuada, el acto podía calificarse como abuso sexual aprovechándose de un trastorno mental de la víctima o, como última opción, simplemente como abuso sexual sin consentimiento⁸².

Por tanto, en este sentido la LOGILS da un paso adelante e introduce este apartado en respuesta a los agresores sexuales que, en contextos festivos, usan drogas para incapacitar a sus víctimas y facilitar la comisión de agresiones sexuales⁸³. A diferencia del apartado 178.3 donde la

⁸¹ CASTELLVÍ MONTSERRAT, C., “*Comentarios al Código Penal...*”, *op. cit.*, p. 869.

⁸² DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., “*La nueva reforma de los delitos...*”, *op.cit.*, p. 22.

⁸³ En este sentido, en 2021 (año que se estaba tramitando la LOGILS) el INTCF registró 3.001 casos de agresiones sexuales, de los cuales en 994 se realizaron análisis debido a la sospecha de sumisión química en la víctima. En el 72% de esos análisis los resultados fueron positivos. Además, basándose en la información recopilada durante los últimos cinco años, el INTCF estima que aproximadamente el 33% de las agresiones sexuales podrían involucrar sumisión química. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/InstListDownload/HallazgosToxicologicosEnAgresionesSexualesConSospechaDeSumisionQuimica_Definitivo.pdf

voluntad de la víctima está anulada por el consumo de fármacos o drogas, este apartado se centra en situaciones donde el agresor administra estas sustancias sin el conocimiento de la víctima para realizar actos sexuales⁸⁴.

De lo anterior mencionada se pronuncia la Cir. FGE 1/2023 afirmando que “*la aplicación de esta modalidad agravada se rechazará cuando el sujeto se limite a aprovecharse de la privación de sentido provocada por la propia víctima o por terceras personas con quien no se encuentra concertado*”⁸⁵; es decir, no se considerará esta agravante (sino la del artículo 178.3) en casos de vulnerabilidad química por sí sola. Por lo tanto, la justificación para esta agravación no se basa en la reducción de la capacidad de defensa de la víctima y si cuando es el agresor el responsable de anular la voluntad de la víctima⁸⁶.

Respecto a los demás puntos del artículo, la LO 10/2022 introdujo una disposición limitante para la agravación de penas en los supuestos del artículo 180, a menos que estas circunstancias ya se hubieran evaluado para establecer los elementos constitutivos de los delitos en los artículos 178 o 179. Esta cláusula resultó ser redundante, dado que la definición dada en los artículos 178 y 179 depende exclusivamente de la ausencia de consentimiento y la naturaleza del acto sexual. Sin embargo, los factores de agravación del artículo 180 ya presuponen esta ausencia de consentimiento y se basan en el acto sexual específico. La reforma efectuada por la LO 4/2023 ha eliminado el párrafo anterior, introduciendo uno nuevo que indica que, si se consideraron ciertas circunstancias en la descripción de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179, se aplicará la regla del artículo 8.4 del CP para resolver conflictos, refiriéndose explícitamente a los concursos de normas. Esta modificación, junto con lo establecido en el artículo 194 bis tras la reforma de la LO 10/2022, que aplica las reglas de concursos de delitos, complica la evaluación completa de los cambios introducidos por la LO 4/2023 sin considerar estas disposiciones⁸⁷.

En relación con el párrafo anterior, la problemática interpretativa surge al observar que varias de las circunstancias descritas en el artículo 180.1 coinciden, al menos parcialmente, con las

⁸⁴ RAGUÉS I VALLÉS, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Jesús Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2023, p.148.

⁸⁵ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2023 de 29 de marzo publicada en el BOE el 5 de abril de 2023; punto octavo consideración séptima.

⁸⁶ CASTELLVÍ MONTSERRAT, C., “*Comentarios al Código Penal...*”, *op. cit.*, p. 870

⁸⁷ ALCALÉ SÁNCHEZ, M., “*Comentarios al Código Penal...*”, *op. cit.*, p. 1221-1222

conductas de los apartados 2 y 3 del artículo 178 como el uso de violencia, intimidación, abuso de superioridad o aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima. Si una circunstancia ya ha sido considerada para establecer la existencia del delito básico de agresión sexual del artículo 178, o de los delitos más graves descritos en los artículos 178.3 o 179, no se podrá tomar en cuenta nuevamente para determinar una agravante (principio *non bis in idem*). Así, las agravantes del artículo 180.1 solo serán relevantes si aportan un elemento adicional de gravedad a las acciones ya tipificadas en los artículos mencionados. Esta última aclaración destaca el desafío interpretativo presente en este contexto⁸⁸.

3.5 Consideraciones finales

Las reformas introducidas por la LO 10/2022 y la LO 4/2023 han transformado profundamente la legislación española en materia de delitos sexuales. La regulación del CP español, antes de la reforma de 2022, establecía una distinción entre agresiones y abusos sexuales. Las agresiones se definían por el uso de violencia o intimidación, mientras que los abusos se caracterizaban por la ausencia de consentimiento válido, aprovechándose el agresor de la situación de vulnerabilidad de la víctima, como la privación de sentido.⁸⁹

En este sentido RAGUES I VALLÉS identificó dos principales problemas en el modelo previo a las reformas. Por un lado la equiparación de penas entre situaciones donde se aprovechaba una posición de superioridad sin anular completamente la voluntad y aquellas donde la voluntad se veía completamente anulada por medios no violentos ni intimidatorios; por otro lado, exponía el tratamiento más severo de los casos con violencia o intimidación, lo cual, aunque comprensible en contextos de prevalimiento, resultaba incongruente al compararlo con situaciones de anulación total de la voluntad o del conocimiento. Este enfoque legislativo enfatizaba más en los métodos empleados que en el efecto de estos en la capacidad de consentimiento de la víctima. Esta disparidad no se justificaba plenamente por el riesgo asociado al uso de violencia o intimidación, ya que tales riesgos ya eran considerados en las agravantes específicas del artículo 180.1.5 del CP⁹⁰.

La ley del "solo sí es sí" eliminó la distinción fundamental que organizaba los delitos contra la libertad sexual basada en los métodos de comisión: desapareció la distinción entre agresiones

⁸⁸ MÚÑOZ CONDE, F., “Derecho penal parte especial...”, *op. cit.* p. 249

⁸⁹ RAGUÉS I VALLÉS, R., “Delitos contra la libertad...”, *op. cit.*, pp. 135-136.

⁹⁰ RAGUÉS I VALLES, R., “Comentarios a la ley del “solo sí es sí...”, *op. cit.*, p. 103.

y abusos sexuales, que se sancionaban más gravemente por el uso de violencia o intimidación. En su lugar, se estableció un tipo penal único, al cual se podían sumar factores agravantes que, sin embargo, no se relacionan directamente con esos dos métodos de comisión que anteriormente definían el núcleo de las agresiones sexuales (por ejemplo, el art. 180.1.2^a CP menciona solo la “violencia de extrema gravedad”). Este tipo penal unificado se complementaba con el delito de violación, considerado una forma agravada que abarcaba ambas categorías delictivas fusionadas, incluyendo las formas tradicionales de comisión (penetración y actos equivalentes)⁹¹.

Más allá del *nomen iuris*, el aspecto más crítico de este modelo es que, desde la perspectiva penológica, era responsabilidad de cada tribunal determinar de manera independiente la pena aplicable, dentro de rangos muy variados (de 1 a 4 años de prisión para las agresiones y, especialmente, de 4 a 12 años para la violación), ejerciendo un juicio discrecional caso por caso sobre si la presencia de violencia (excepto en su forma más extrema) justificaba una sanción más grave. El dilema surgía en torno al principio de proporcionalidad.

Según LASCURAÍN la reforma debería haber sido planteada “*en el sentido contrario a la reforma y haber distinguido más y no menos*”⁹². Esta falta de diferenciación condujo a una incertidumbre en la aplicación de las penas, lo cual afectó negativamente al principio de igualdad. De hecho, al permitir que la ley tratase de manera idéntica situaciones que son esencialmente distintas, se cayó en una discriminación injusta. El error estuvo en dejar a la discrecionalidad del tribunal conductas cualitativamente distintas. Al equipararse, por tanto, los abusos a las agresiones sexuales se estaba castigando de forma igual acciones que afectaban a bienes jurídicos no coincidentes en uno y otro caso⁹³. Como señala LASCURAÍN: el empleo de violencia (no extrema) podía salir gratis⁹⁴.

La LO 4/2023 reintroduce la distinción entre violencia o intimidación y la anulación de la voluntad, creando un subtipo agravado dentro de los delitos de agresión sexual. Esta ley

⁹¹ AGUSTINA SANLLEHÍ, J., “Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la “confusión típica” a la problemática discrecionalidad judicial y al desorden valorativo en el sistema de penas” en José R. Agustina (Coord.), VV.AA., *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 40.

⁹² LASCURAÍN SANCHEZ, J.A., “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento” en José R. Agustina (Coord.), VV.AA., *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 54

⁹³ AGUSTINA SANLLEHÍ, J., *Comentarios a la ley del “solo sí es sí...”*, op. cit., p. 41.

⁹⁴ LASCURAÍN SANCHEZ, J.A., *Comentarios a la ley del “solo sí es sí...”*, op. cit., p. 54.

recupera parcialmente la diferenciación previa, al considerar la violencia, intimidación o anulación de la voluntad como medios comisivos específicos, según lo comentado en el artículo 178.3, pero bajo la categoría unificada de agresión sexual. Además, establece niveles de agravación basados en la presencia de acceso carnal, con tipos agravados según las circunstancias particulares del delito. Se distinguen dos grados de agravación: el primero, si concurre una sola circunstancia agravante, y el segundo, si hay más de una, aplicándose en este último caso la pena en su mitad superior⁹⁵.

La reciente modificación introducida por la LO 4/2023 no restablece completamente el modelo previo a la LOGILS, pero sí modifica en parte su enfoque centrado en el consentimiento. Anteriormente, se definía como agresión sexual cualquier acto que vulnerara la libertad sexual de una persona sin su consentimiento, sin importar los medios utilizados. La introducción de nuevos tipos penales agravados recupera en cierta medida el enfoque basado en los medios comisivos y reintroduce, aunque sin nombrarlos explícitamente, el concepto del suprimido delito de abusos sexuales (actos de índole sexual sin consentimiento) y el antiguo delito de agresión sexual (cuando se somete la voluntad de la víctima mediante violencia, intimidación y, ahora también, en situaciones donde la voluntad de la víctima esté anulada).⁹⁶

4. EL CONSENTIMIENTO EN LOS DELITOS DE AGRESIÓN SEXUAL DE LAS LEYES DEL “SOLO SÍ ES SÍ”

4.1 Consideraciones previas

El segundo aspecto estrella de la reforma de los delitos sexuales es la tipificación del consentimiento en el renovado artículo 178 del CP. La LO 10/2022 y la LO 4/2023 han implementado y sostenido, respectivamente, una mención explícita al consentimiento en relación con los delitos de agresión sexual que sostiene lo siguiente: “*Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos*

⁹⁵ BALBUENA PÉREZ, D., “*La reforma de los delitos sexuales*” *op. cit.*, p. 137.

⁹⁶ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., “La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-24, 2023, p.33.

que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

Pues bien, antes de entrar en el fondo del asunto, hay que subrayar que el Preámbulo de la LO 10/2022 indica que la reciente reforma de los delitos sexuales, que incluye el concepto de consentimiento, busca alinear la legislación española con el estándar establecido por el Convenio del Consejo de Europa para la prevención y combate de la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, firmado en Estambul en mayo de 2011⁹⁷.

El art. 36 de este Convenio establece que “*las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente: a) La penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b) Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; c) El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero*”. En la sección siguiente se especifica además que “*El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes*”.

Este convenio enfatiza la importancia de la libertad sexual, sin embargo, es importante aclarar que las reformas penales en España no se alinean completamente con el Convenio de Estambul, ya que este último no requiere la igualación de determinados métodos comisivos. Las legislaciones bajo el lema "solo sí es sí" buscan, en esencia, persuadir desde un punto de vista político⁹⁸.

Hay que destacar también que esta reforma se inscribe en una tendencia de actualizaciones legislativas a nivel Europeo, orientadas a posicionar la falta de consentimiento como elemento central en una definición. Este movimiento, que se aleja del enfoque clásico que enfatiza el uso de violencia o intimidación ha sido adoptado en varios países como Alemania, Inglaterra, Suecia y Escocia.

⁹⁷ RAMON RIBAS, E. y FARARLO CABANA, P., “*¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?*” en José R. Agustina (Coord.), VV.AA., *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”*. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre, Atelier, Barcelona, 2023, p. 80

⁹⁸ *Idem.*

Pese a este apoyo y realidad normativa creciente en Europa las críticas doctrinales han sido innumerables. Destacados expertos en la materia han criticado esta definición llegando incluso a afirmar que *la libertad sexual está en peligro*⁹⁹, por lo que, el presente capítulo, a parte de mostrar las críticas doctrinales e intentar averiguar el sentido de ellas, tiene como objetivo mostrar este cambio de modelo, ver como ha reaccionado la jurisprudencia e intentar responder a las preguntas planteadas en la introducción del presente trabajo.

4.2 El “yes model”: el derecho comparado

Ya en los códigos penales del S.XIX el consentimiento era el elemento crucial en los delitos sexuales mencionando como métodos habituales la utilización de violencia, intimidación, incapacitación consciente y la minoría de edad. Hasta la entrada en vigor de la LOGILS, la normativa del CP sobre delitos contra la libertad sexual se fundamentaba en el concepto de consentimiento; la falta de este se incluía de manera explícita en la caracterización del delito de abuso sexual, descrito como aquel cometido “*sin violencia o intimidación y sin consentimiento*”, y de manera implícita en la de agresión sexual, definida como la cometida “*con violencia o intimidación*” y, por tanto, había un sobre entendimiento¹⁰⁰.

Con la nueva legislación, se elimina el requisito de violencia o intimidación para determinar la tipicidad de un delito, pasando a enfocarse en la necesidad de que exista una manifestación afirmativa del consentimiento (“solo sí es sí”), en lugar de simplemente la ausencia de consentimiento (“no es no”). Así, se considera punible la conducta del agresor cuando actúa sin haber obtenido un consentimiento explícito de la víctima. La clave radica en la falta de una comunicación clara de consentimiento, que se establece como el criterio principal para definir la agresión¹⁰¹.

Para BARDAVIÓ ANTÓN la discusión se centra en si adoptar un enfoque de “*solo sí es sí*” o “*no es no*” en cuanto a las relaciones sexuales. Alemania reformó su CP en 2016, modificando la definición de “delitos contra la autodeterminación sexual”. Esta reforma alteró el concepto de consentimiento, eliminando la necesidad de probar violencia o intimidación y descartando el concepto de abusos sexuales en favor de un enfoque de “no es no” donde la negativa de la

⁹⁹ ALVAREZ GARCÍA, F., “La libertad sexual en peligro”, en *Diario La Ley*, nº 10007, 2022, pp. 1-17.

¹⁰⁰ RAMON RIBAS, E. y FARARLO CABANA, P., “Comentarios a la ley del “solo sí es sí...”, *op. cit.*, p. 81.

¹⁰¹ *Idem*.

víctima se convertía en el criterio definitorio, relegando otros elementos a la categoría de circunstancias agravantes. Alemania adopta así un modelo basado en la "voluntad cognoscible" de la víctima, ya sea mediante oposición expresa o gestos reconocibles, sin requerir resistencia física, distinguiéndose de otros países en este aspecto¹⁰².

La regulación penal española reciente denominada "yes model", centra la atención no en la negativa de la víctima sino en la presencia de un "acto" positivo para las relaciones sexuales¹⁰³. Así, la ausencia de este consentimiento afirmativo se considera agresión sexual. Por otro lado, la legislación alemana, como mencionábamos, exige una oposición explícita; sin una oposición clara y reconocible, se podría interpretar como un consentimiento positivo¹⁰⁴.

La controversia entre las normativas alemana y española radica en la interpretación del consentimiento en las relaciones sexuales. En Alemania, la incertidumbre se centra en si la presunta víctima ha manifestado claramente su negativa, permitiendo que una actitud pasiva se interprete como un no. En cambio, en España, la duda se sitúa en si la contraparte ha verificado que sus actos reflejan una voluntad sexual libre y consciente. Esto implica una mayor responsabilidad para asegurarse de que un sí es efectivamente un sí, o que ciertos actos equivalen a un sí, así como determinar si un no explícito o ciertos comportamientos implican un no, y qué abarca ese no, ya sea el acto sexual en su totalidad, una parte específica o una forma particular.¹⁰⁵

En este momento crucial, debemos plantearnos: ¿Cuál es entonces el significado de la manifestación de "actos"? ¿Cómo debe expresar una persona su voluntad?

4.3 La definición del nuevo 178.1 CP: análisis de su significado y variables implicadas

Como se ha mencionado previamente, el delito descrito incorpora un componente esencial negativo: la falta de consentimiento por parte de la persona afectada. El sector doctrinal (muy dividido) ha debatido ampliamente sobre la decisión expresa del legislador de tipificar esta

¹⁰² BARDAVIÓ ANTÓN, C., "Reflexiones sobre el consentimiento en los delitos de agresión sexual de las leyes del "solo si es sí" ¿Legislando a martillazos?", Gemma Martínez Galindo (Dir.), Alfredo Abadías Selma y Miguel Bustos Rubio (Coords.), VV.AA. "La reforma de los delitos sexuales", J.B. Bosch, Barcelona, 2024, p.93.

¹⁰³ DE LA TORRE LASO, J., "El consentimiento de las relaciones sexuales. Un análisis de su significado y las variables implicadas", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº8, 2023, pp. 277-292.

¹⁰⁴ BARDAVIÓ ANTÓN, C., "La reforma de los delitos sexuales", op. cit., pp. 93-94.

¹⁰⁵ *Idem*.

cláusula de interferencia y en concreto la redacción de esta. En este sentido, las obras doctrinales que exemplifican mejor la problemática de la redacción del precepto son entre muchas otras la de GIMBERANT ORDEIG y ÁLVAREZ GARCÍA.

GIMBERANT ORDEIG cita el supuesto en que “*la mujer casada que "soporta" sexualmente a su marido, sin ningún deseo, pero que corporalmente se muestra "disponible" para seguir manteniendo una relación agotada que le proporciona alguna satisfacción no directamente vinculada con la actividad sexual*”¹⁰⁶, por otro lado ALVAREZ GARCÍA va un poco más allá y expone que quedan “*prohibidos los siguientes comportamientos (...) entre otros muchos: acercarse a la pareja, subrepticiamente (...), y abrazarla, dándole así una "sorpresa cariñosa"; hacer, con engaño, (...) y aprovechar que el mentón apunta al cielo para depositar en sus labios un enternecedor ósculo. Todos esos comportamientos, y muchos más de similar factura, quedan amenazados con una pena de prisión, y serán etiquetados como agresiones sexuales. Pues ¿cómo entender que se ha otorgado consentimiento en los términos del precepto estando dormida la persona?*”¹⁰⁷.

Expone que la libertad, pues, está en peligro debido a que “*las dificultades provienen de la comisión de un error elemental en la elaboración del Proyecto de Ley: que se trata de imponer una determinada manera de expresar el otorgamiento del consentimiento en una materia que, como veremos, no admite rigidez en las formas*”¹⁰⁸. Por tanto, acaba diciendo que “*es evidente, (...) que en materia de relaciones sexuales el consentimiento, a veces, se presenta confundido con otra manifestación de voluntad como pudiera ser una invitación, entendida, o no, como iniciativa (que a veces se concreta en una simple mirada); o puede tener el significado de implicarse en la creación de un clímax de carácter, precisamente, sexual, pero en muchas ocasiones de muy difícil delimitación. Pero, en todo caso, las formas de manifestar el consenso para el mantenimiento de relaciones de posible significado sexual, es muy variado: miradas, gestos, elevación del mentón, mohines, movimientos de manos o pies, corporales, orales (con una diversidad de formas de manifestación), por supuesto escritas (correos electrónicos, WhatsApp, SMS, escritura convencional en las superficies más variadas), y un largo etcétera.*

¹⁰⁶ GIMBERNAT ORDEIG, “Solo sí es sí”, en *Iustel. Diario del Derecho*, 2020.

¹⁰⁷ ALVAREZ GARCIA, F. J., “La libertad sexual en peligro”, *op.cit.*, p. 5

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 5-6

*Ahora bien, ¿cómo tratar de capturar esta realidad tan rica y diversa en el concepto de “acto”?*¹⁰⁹

¿Tienen razón este sector doctrinal? Cómo debemos interpretar entonces esta definición? Pues bien, si recordamos la definición expuesta *supra* empieza enfatizando el adverbio “sólo”, indicando exclusividad, lo que se traduce como “únicamente”. No obstante, esta precisión inicial se atenúa al reconocer que, en el ámbito del derecho, donde prevalece el principio de garantía, resulta imprescindible evaluar cada caso particular considerando las “circunstancias del caso”¹¹⁰.

El polémico vocablo “acto” hay que entenderlo como una palabra permeable y elástica¹¹¹ y aunque en un primer momento puede interpretarse que el consentimiento únicamente se manifiesta a través de acciones activas, en realidad, el término “acto” también abarca comportamientos pasivos, especialmente cuando se considera en relación con el análisis del contexto situacional¹¹². La reciente STS 196/2023, de 21 de marzo viene a clarificar que “*por actos, se han de entender todo tipo de manifestaciones o señales de la persona que va a consentir, sea verbales o no, gestuales o situacionales, pero deben de ser considerados como explícitos*”¹¹³.

Se exige también en la definición que la manifestación del consentimiento sea realizada de manera libre, es decir, que se exprese sin estar sujeta a ningún vicio. Lo fundamental es que esta expresión de voluntad sea genuinamente libre, escogida por la persona, asegurando así que posee la capacidad para otorgar dicho consentimiento y que no hay presiones o coacciones externas capaces de influir de manera objetiva en la voluntad del sujeto¹¹⁴.

La definición termina aclarando que los “actos” “*expresen de manera clara la voluntad de la persona*” implicando que el consentimiento se otorgue de forma clara, sin ambigüedades, de manera que sea comprensible y evidente para la otra parte involucrada, eliminando cualquier duda o incertidumbre. “*Expresar*” implica comunicar o hacer saber algo a través de palabras,

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp.6

¹¹⁰ CÁMARA ARROYO, S., “*Derecho Penal Parte Especial*” *op. cit.*, p. 231.

¹¹¹ RAMON RIBAS, E. y FARARLO CABANA, P., “*Comentarios a la ley del “solo sí es sí...”*”, *op. cit.*, p. 88.

¹¹² CÁMARA ARROYO, S., “*Derecho Penal Parte Especial*” *op. cit.*, p. 231

¹¹³ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 196/2023, de 21 de marzo de 2023 (ponente: Excmo. Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar; ES:TS:2023:1400).

¹¹⁴ CÁMARA ARROYO, S., “*Derecho Penal Parte Especial*” *op. cit.*, p. 231.

miradas o gestos. Aunque el empleo de palabras se considera una acción activa, las miradas y gestos, así como la pasividad, pueden constituir métodos claros de comunicación en ciertos contextos. Esta definición de consentimiento ha llevado a la doctrina a cuestionar si es imprescindible una acción activa y expresa para otorgarlo, o si, como se interpretaba antes de la reforma, el consentimiento también puede darse de forma libre y clara a través de un comportamiento pasivo¹¹⁵.

Precisada la definición hay que seguir preguntándose a raíz de la opinión de algunos autores si el silencio puede entenderse como una forma de consentimiento y si es posible prestar un consentimiento libre de manera tácita.

Respecto a la primera afirmación autores como MAGRO SERVET afirman que “*el mero silencio sin más aditamentos no puede dar lugar a admitir un consentimiento*”¹¹⁶. Coincidente en este sentido es la circular FGE 1/2023 aclarando que “*El consentimiento se genera en el fuero interno de los individuos, en su psique, lugar donde puede permanecer oculto para terceros. Su existencia, al igual que el dolo, no es susceptible de ser aprehendida de forma objetiva, pudiendo elaborarse hipótesis razonables acerca de su concurrencia a la vista de los indicios recabados. De ahí que sean concebibles supuestos en los que concurre el consentimiento a pesar de no existir una exteriorización del mismo. En definitiva, es necesario distinguir entre la existencia del consentimiento y la forma en la que este se expresa o manifiesta externamente.*”¹¹⁷

Desde esta óptica entiende la STS 244/2022, de 1 junio de 2022 que “*cuando a consecuencia de dicho entorno socio-personal decir "no" a la relación sexual es más difícil que decir que "sí", el valor del consentimiento se debilita muy significativamente*”¹¹⁸.

Por otro lado, todo indica que el consentimiento libre y válido puede llegar a otorgarse de forma tácita¹¹⁹. Tal y como expone la circular FGE 1/2023 “*a diferencia de lo que ocurre en otros*

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ MAGRO SERVET, V., “Alcance interpretativo de la expresión “las circunstancias del caso” en el consentimiento del art. 178.1 CP en los delitos de agresión sexual” en *Diario La Ley*, nº 10359, 2023, p. 3.

¹¹⁷ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2023 de 29 de marzo publicada en el BOE el 5 de abril de 2023; punto quinto.

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 244/2022, de 1 junio de 2022 (ponente: Excmo. Sr. Javier Hernández García; ES:TS:2022:2192).

¹¹⁹ MAGRO SERVET, V., *op. cit.*, p. 2.

ámbitos, en el terreno sexual los interlocutores usualmente no consienten de forma explícita. Es habitual que para verificar la voluntad o anuencia para la realización de actos con significación sexual las personas concernidas empleen sutilezas que dificultan verificar si el consentimiento ha sido realmente prestado. En consecuencia, para valorar la concurrencia del consentimiento del sujeto pasivo de la acción la cláusula del inciso segundo del artículo 178.1 CP demanda verificar que el responsable del delito no ha explorado la voluntad de aquel previamente y de un modo diligente. Por consiguiente, deben considerarse no consentidos aquellos actos de carácter sexual realizados por quien, a pesar de no obtener previamente indicios objetivamente razonables del consentimiento de la otra persona, actúa de todos modos, pretendiendo comprobar a través de la reacción suscitada de contrario (de la conformidad u oposición que despierta) si existe o no el consentimiento.¹²⁰

Por tanto, es necesario reconocer que el consentimiento puede otorgarse mediante "actos concluyentes" que demuestren una voluntad específica. Así, el consentimiento pasivo dado de manera voluntaria y libre, también se engloba dentro de la definición presentada en el artículo. Así lo refleja la STS núm. 10/2023, de 19 de enero al expresar que *"no se exige en estas situaciones un consentimiento expreso, sino que puede ser tácito, y dependiendo, y aquí está la clave del texto, de las "circunstancias del caso". Sigue la sentencia exponiendo que "la perspectiva subjetiva de la creencia de que existe consentimiento no puede reforzarse ni admitirse, sino en virtud de la clara voluntad, que puede ser expresa o tácita, de la mujer atendidas las circunstancias del caso. No se exige una expresividad manifestada exteriormente, ya que el texto penal permite una aceptación atendidas las circunstancias del caso"¹²¹.*

En relación con lo anterior, el TS también ha afirmado que: *"Si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que 'no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer', sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas"*¹²².

¹²⁰ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2023 de 29 de marzo publicada en el BOE el 5 de abril de 2023; punto quinto.

¹²¹ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 10/2023, de 19 de enero de 2023 (ponente: Excmo. Sr. Vicente Magro Servet; ES:TS: 2023:188).

¹²² Sentencia del Tribunal Supremo, sección primera, núm.802/2022, de 6 de octubre de 2022 (ponente: Excmo. Sr. Vicente Magro Servet; ES:TS:2022:3657).

Por tanto, en conclusión, la esencia del consentimiento afirmativo radica en la imposibilidad de continuar omitiendo si una persona realmente accede o no a participar en una actividad sexual. Es crucial que existan señales claras e inequívocas que demuestren la voluntad explícita de participar; la ausencia de palabras, acciones, expresiones o gestos que confirmen esta voluntad no puede interpretarse como un consentimiento (tácito). En situaciones donde no se manifiestan estos signos inequívocamente, se considera que hay un verdadero silencio interpretado negativamente. El consentimiento afirmativo, por tanto, actúa como un instrumento de educación social, estableciendo que ante la duda o el silencio, se debe asumir la ausencia de consentimiento (véase infra reflexión en el punto 4.4). La inactividad y el silencio, sin indicaciones claras de consentir, no se reconocen como formas válidas de expresar la voluntad de involucrarse¹²³.

Es crucial entender para finalizar que el consentimiento se adquiera de manera libre, pues en caso contrario, se considerará equivalente a una ausencia de consentimiento, situándonos así frente a un acto típico.

4.4 Consideraciones finales

Es crucial destacar que el objetivo de esta función educativa social no es alterar el principio fundamental de presunción de inocencia¹²⁴. Muy interesante es la reflexión que hace CAMPANER MUÑOZ al sostener que la definición del consentimiento no busca alterar el principio de presunción de inocencia ni cambiar la carga de la prueba en el proceso legal. En situaciones de duda, se asume la ausencia de consentimiento, pero esto se debe entender dentro del marco del sistema constitucional que no tiene intención de modificar procedimientos judiciales. El Derecho Penal, no solo busca infundir respeto mediante el castigo, sino también reafirmar valores positivos¹²⁵.

En casos de acusaciones por actos que vulneran la libertad sexual de una persona realizados sin su consentimiento, es imprescindible que la parte acusadora demuestre varios aspectos clave. Por un lado, debe establecerse que ocurrieron ciertos actos sexuales específicos. Por otro lado,

¹²³ RAMON RIBAS, E. y FARARLO CABANA, P., “Comentarios a la ley del “solo si es sí...””, *op. cit.*, p. 92

¹²⁴ RAMÓN RIBAS, E., “Aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales” en Marta Rodríguez Ramos (Coord.), VV.AA., *La perspectiva de género en la ley del “solo si es sí”*, Colex, A Coruña, 2022, p. 388.

¹²⁵ CAMPANER MUÑOZ, J., “El consentimiento sexual como eje de la reforma penal: Pura logomaquia (un enfoque procesal contrario a las últimas iniciativas legislativas)”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, n.º 65, 2022, p. 123.

demostrar que dichos actos se llevaron a cabo sin el consentimiento de la víctima. Además, es necesario probar que el acusado era consciente de la ausencia de consentimiento. El dolo, como elemento subjetivo requerido en este tipo de delitos, también debe ser evidenciado por quien acusa; esto implica que la acusación debe fundamentarse en la clara expresión de voluntad de la víctima, la cual puede manifestarse a través de una variedad de actos como se ha expuesto en este punto. La acusación debe demostrar que el acusado era consciente de la voluntad de la víctima y que actuó con dolo. Si el acusado, por error, creía que existía consentimiento por parte de la otra persona, esta última será considerada víctima ya que el contacto fue sin consentimiento, sin embargo, en ausencia de dolo, la conducta del acusado será atípica desde el punto de vista penal, ya que la ley no sanciona estas acciones cuando se cometan por imprudencia, aunque sigan siendo ilícitas¹²⁶.

¿Es necesaria la tipificación de la definición? Interesante reflexión hace la citada STS 196/2023, de 21 de marzo aclarando que aunque antes de la reforma el consentimiento no estuviera explícitamente definido, la jurisprudencia siempre ha considerado que dicho consentimiento es esencial, actuando como un elemento negativo del tipo penal. Por tanto, es importante destacar que la ausencia de consentimiento siempre ha sido un requisito esencial para la configuración de estos delitos contra la libertad sexual. Estos delitos se fundamentan en la premisa de que no existe un consentimiento válido por parte de la víctima para realizar actos de índole sexual.

¿Es conveniente? Resulta sumamente conveniente por varias razones fundamentales. Primero, establece claramente que el silencio no equivale a consentimiento. Segundo, subraya que el consentimiento solo se considera válido cuando se expresa de manera clara y explícita. Tercero, aclara que una persona se convierte en víctima de un atentado sexual si no ha manifestado de forma inequívoca su voluntad. Esta definición es crucial tanto para los ciudadanos que buscan establecer relaciones sexuales, incluyendo aquellos que han participado en interacciones no consentidas sin expresar su negativa, como para los encargados de aplicar las leyes penales, ya que proporciona una base clara para entender y enseñar los límites del consentimiento¹²⁷.

¿Pone en peligro la libertad sexual? La nueva formulación del art. 178.1 CP no compromete la libertad sexual, sino que la refuerza. El consentimiento debe ser libre para ser válido, y solo se

¹²⁶ RAMÓN RIBAS, E., “Aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales” en Marta Rodríguez Ramos (Coord.), VV.AA., *La perspectiva de género en la ley del “solo si es sí”*, Colex, A Coruña, 2022, pp. 389-390.

¹²⁷ RAMÓN RIBAS, E., “*La perspectiva de género...*”, *op. cit.*, p. 390.

considerará que existe cuando los actos de una persona manifiesten de forma explícita su voluntad en este sentido. Esta orientación educativa no contradice el principio de presunción de inocencia, pero sí exige que se asuma la existencia de dolo solo cuando esté claramente indicado por las acciones de la persona¹²⁸.

Por último, hay que recalcar que la posible inversión de la carga de la prueba sugerida en el anteproyecto con el redactado actual no socava ningún derecho fundamental. La CE en su artículo 24.2, establece claramente el derecho a la presunción de inocencia, y ninguna ley, sea orgánica o de otro tipo, puede contravenir este mandato constitucional¹²⁹.

5. LA PRUEBA EN LOS DELITOS SEXUALES Y LA SUFICIENCIA DEL TESTIMONIO

La dificultad probatoria en los delitos sexuales radica en la consumación, normalmente clandestina, donde los únicos testigos suelen ser la víctima y el agresor. Contrario a lo que se podría pensar socialmente, la mayoría de estas agresiones tienen lugar en entornos donde existe confianza¹³⁰, en los cuales no se observan lesiones debido a la ausencia de violencia física, y a menudo, tampoco evidencia de intimidación durante la comisión¹³¹.

Otro problema que se suscita es la anulación de la capacidad volitiva de la víctima. Este es un claro ejemplo de cómo se perpetra el delito, ya sea por el abuso hacia una mujer que ha consumido alcohol o drogas voluntariamente, o por someterla, contra su voluntad, al consumo de sustancias químicas. En ambos escenarios, la víctima se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad, facilitando la comisión del delito. Este fenómeno ocurre con una frecuencia alarmante y relativa, dado que aproximadamente en uno de cada cuatro casos, el delito se lleva a cabo mediante sumisión química¹³².

¹²⁸ RAMON RIBAS, E. y FARARLO CABANA, P., “Comentarios a la ley del “solo sí es sí...”, *op. cit.*, p. 92.

¹²⁹ RAMÓN RIBAS, E., “*La perspectiva de género...*”, *op. cit.*, p. 390.

¹³⁰ Los fallos judiciales revelan que en el 80 % de los casos existe algún vínculo personal entre víctima y victimario, y que se trata de parejas o exparejas en el 17,4 % de los casos, según destacan las investigadoras Esmeralda Ballesteros Doncel, socióloga de la Universidad Complutense de Madrid, y Empar Aguado, profesora del Departamento de Sociología de la UV, ambas integrantes del grupo Sexviol. Resumen ejecutivo disponible en: https://www.ucm.es/sexviol/file/resumen-ejecutivo-informe-sexviol-2021_web?ver

¹³¹ CERRATO GURI, E y CASANOVA MARTÍ, R., “La prueba de los delitos sexuales en caso de ausencia de consentimiento y su valoración judicial”. en José R. Agustina (Coord.), VV.AA., *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”*. *Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 153

¹³² *Idem*.

En respuesta a la reciente implementación de la LOGILS este último bloque pretende enfocarse en los principales problemas que se plantean en la instrucción y especialmente en la valoración judicial del testimonio único de la víctima, particularmente en situaciones donde el consentimiento no está presente. Estos casos, a menudo, se caracterizan por testimonios precarios, donde la víctima puede no recordar los hechos, tener recuerdos difusos o simplemente no tener más pruebas debido a que el delito se ha cometido en la intimidad.

5.1 Problemáticas en sede de instrucción

La necesidad de adaptar el momento de denunciar delitos sexuales toma en cuenta el impacto emocional en las víctimas, quienes, tras sufrir violencia sexual, pueden necesitar tiempo para procesar los hechos antes de ser capaces de interponer la denuncia. Esto se refleja en el art. 191 CP, que, a diferencia del art. 259 LECrim, no exige la inmediata formalización de la denuncia para delitos de naturaleza semipública como son los de índole sexual. En estos casos, se requiere que la denuncia sea presentada por la persona agraviada (o su representante legal o mediante querella del Ministerio Fiscal), excepto si la víctima es menor de edad. Esta distinción se justifica por la diferente naturaleza de los delitos sexuales comparados con otros delitos públicos, donde la ley impone la obligación inmediata de denunciar a quien presencie su comisión. Por esta razón sería una enorme contradicción el deber presentar denuncia en el momento determinado ya que se causaría un perjuicio por una denuncia tardía y esto resultaría una victimización aún mayor¹³³.

El TS en su sentencia núm. 2228/2019, de 4 de julio de 2019 ha despejado esta duda aclarando que “*el retraso en la denuncia en estos casos no puede ser sinónimo de duda de credibilidad por suponer una característica, cuanto menos extraña y especialísima, en esta criminalidad de género, y factor a tener en cuenta a la hora de analizar la declaración de la víctima, ya que éste debe valorarse dentro de este contexto al que nos hemos referido, donde el sufrimiento que ha padecido la víctima ante los hechos de maltrato se ve incrementado por el sufrimiento ex post de la propia sociedad, de su entorno más directo, y del entorno del agresor*”¹³⁴. Lo clarifica en este sentido también la STS núm. 1071/2019 de 2 de mayo en la que esta última

¹³³ *Idem*.

¹³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, sección primera, núm. 349/2019, de 4 de julio de 2019 (ponente: Excmo. Sr. Vicente Magro Servet; ES:TS:2019:1071).

expresa que "suele alegarse en los casos de violencia de género que el retraso de la víctima en denunciar conlleva la duda acerca de su credibilidad, pero nada más lejos de la realidad, dado que se trata de supuestos con unas connotaciones especiales en donde generalmente, y en muchos casos, la denuncia se dirige contra quien es su pareja y el padre de sus hijos, que, además, posiblemente hasta puede ser su sustento económico, lo que conlleva a que las víctimas de violencia de género valoren todas estas circunstancias a la hora de decidirse sobre si denuncian, o no¹³⁵.

Por otro lado se suscita otra problemática como es el archivo, impidiendo el inicio del proceso penal, o que la fase de instrucción termine después de una investigación infructuosa sin indicios suficientes para mantener la acusación.

Hay que recordar que las funciones de la instrucción según el artículo 299 LECrim son las "actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos".

Por tanto, dado el contexto que invalida el testimonio de la víctima, resulta imprescindible que el juez instructor disponga de todas las diligencias necesarias para obtener, en la medida de lo posible, indicios que permitan determinar si el sujeto estaba capacitado para otorgar consentimiento de manera libre y por ende si se cometió un delito contra la libertad sexual. De no actuar de esta manera, se estaría violando lo establecido en el art. 5.2 del Convenio de Estambul, que dicta la diligencia debida en la investigación de cualquier tipo de violencia contra las mujeres, incluida la sexual. Por tanto, para obtener indicios de criminalidad en delitos sexuales, además de la declaración de la víctima, sería crucial investigar la actividad de las partes en redes sociales y servicios de mensajería, accediendo a ellos mediante el procedimiento adecuado. La nueva LOGILS en este sentido mejora enfatizando la importancia de la especialización en violencia sexual del personal médico forense para mejorar la calidad de su intervención y evitar la victimización secundaria¹³⁶.

¹³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, sección primera, núm. 1071/2019, de 2 de mayo de 2019 (ponente: Excmo. Sr. Vicente Magro Servet; ES:TS:2019:2228).

¹³⁶ CERRATO GURI, E y CASANOVA MARTÍ, R., "Comentarios a la ley del "solo sí es sí...", op. cit., p. 158

Si finalmente el órgano instructor no logra obtener indicios suficientes de criminalidad para proceder a la fase de juicio oral, la consecuencia procesal adecuada es el archivo de las actuaciones. Según CERRATO GURI y CASANOVA MARTÍ este archivo debería ejecutarse mediante el sobreseimiento provisional. Tal y como se expone se deberá hacer según lo establecido en el art. 641.1 LECrime al no estar debidamente justificada la comisión del delito, y no mediante un sobreseimiento libre, ya que los requisitos del art. 637 LECrime no se deberían aplicar en este contexto¹³⁷.

5.2 Valoración de la prueba por parte del tribunal

Una vez que la fase de instrucción se supera al reunir suficientes elementos para apoyar la acusación, nos enfrentamos al principal desafío en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual: la escasez probatoria. Esta escasez resulta en un número reducido de sentencias condenatorias; según los datos tan solo se obtienen un 20% frente al otro 80% de absoluciones o sobreseimientos¹³⁸.

Por tanto, en la mayoría de estos casos, el tribunal se basa principalmente en el testimonio de la víctima, aparte de la declaración del acusado, para evaluar la credibilidad de los hechos. Como se analizó previamente, esta falta de pruebas se debe a las deficiencias en la fase de instrucción de estos delitos, que, en el mejor de los casos, permite avanzar al juicio aunque con limitaciones.¹³⁹

Es imprescindible antes de entrar en cualquier consideración tener presente que el derecho a presunción de inocencia¹⁴⁰ solo puede verse limitado como dice la doctrina del TS cuando “*una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda*

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 158-159.

¹³⁸ Datos disponibles en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=28750&L=0>

¹³⁹ CERRATO GURI, E y CASANOVA MARTÍ, R., “Comentarios a la ley del “solo sí es sí...”, *op. cit.*, p. 160

¹⁴⁰ Artículo 24.2 CE.

declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables¹⁴¹”.

Por tanto del párrafo anterior de desprende que la presentación de una denuncia por sí sola no constituye una prueba de los hechos denunciados, incluso si la víctima ratifica la denuncia y describe los hechos durante el juicio. En casos de agresión sexual, no se asume que el testimonio de la víctima sea veraz por defecto, ni se le da más peso que a las declaraciones del acusado. Las reformas legislativas recientes en materia de delitos contra la libertad sexual no han cambiado los criterios de evaluación de las pruebas para favorecer el testimonio de la víctima sobre el del acusado, ni han modificado el principio de que corresponde a la acusación probar la comisión del delito. Por tanto, no es suficiente simplemente "creer" en el testimonio; es esencial explicar por qué es creíble de manera objetiva y racional, y cómo a partir de ese testimonio se puede alcanzar una certeza lo suficientemente sólida como para no verse afectada por otras pruebas contradictorias, superando o descartando así las dudas objetivas que puedan cuestionar su veracidad¹⁴².

El TS entiende que sí puede ser suficiente la declaración de la víctima con la matización de que “*la declaración de la víctima puede ser tenida como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia (...), pero debe ser valorada con cautela, pues se trata de un testigo que de alguna forma está implicado en la cuestión*”¹⁴³.

En este punto ¿Qué criterios debe seguir el tribunal para tomar en consideración el testimonio de la víctima? La jurisprudencia establece tres criterios fundamentales¹⁴⁴ que el tribunal debe considerar para evaluar el testimonio de la víctima reconociendo su estatus especial como testigo. Estos criterios son: 1) La ausencia de incredibilidad subjetiva; 2) La verosimilitud de

¹⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo, sección primera, núm.809/2019, de 14 de enero de 2021 (ponente: Excmo. Sr. Andrés Palomo del Arco; ES:TS:2021:77).

¹⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sin número de resolución), de 22 de febrero de 2024 (ponente: Excmo. Sr. Lluís Belesta Segura; ES:APB:2024:14).

¹⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo, sección primera, núm. 392 /2022, de 21 de mayo 2022 (ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; ES:TS:2022:15778).

¹⁴⁴ Este triple test lo recogen (entre otras) la Sentencia del Tribunal Supremo, sección primera, núm. 911/2021, de 24 de noviembre de 2021 (ponente: Excmo. Sr. Ángel Luis Hurtado Adrián; ES:TS:2021:4326) y la Sentencia del Tribunal Supremo, sección primera, núm. 57/2022, de 21 de enero de 2022 (ponente: Excmo. Sr. Ángel Luis Hurtado Adrián; ES:TS:2022:208).

la declaración y 3) La persistencia en la incriminación¹⁴⁵. Estos elementos son cruciales para otorgar valor a la declaración de la víctima, considerando su papel clave en el proceso.

Por un lado, el primer criterio deberá evaluarse en relación a si la persona acusada y la víctima sugiere un motivo espurio (como enemistad o venganza) que pueda cuestionar la veracidad del testimonio del testigo. Además, es importante considerar las características personales de la víctima relacionadas con su habilidad para percibir los hechos. Por otro lado, la verosimilitud del testimonio implica que la declaración exclusiva de la víctima se sustente, en lo posible, en evidencias objetivas adicionales que la validen, es decir, que confirmen su narrativa. Esto se debe a que, en caso de contar con elementos dirigidos a probar el delito, dispondríamos de pruebas adicionales más allá del testimonio de la víctima-testigo. Por último, en el tercer criterio es crucial la persistencia de la víctima en su acusación, asegurando que sea consistente, clara, y sin modificaciones significativas en el relato de los hechos a lo largo del tiempo¹⁴⁶.

Entre los tres criterios hay que enfocar la atención en la importancia de conseguir elementos corroborativos que validen la credibilidad del relato del testigo, quien sostiene no haber consentido la relación sexual con el acusado. Es crucial recordar que el objeto de este último bloque es verificar la existencia del consentimiento, no la ocurrencia de la relación sexual, la cual está confirmada y no se debate.

Por tanto, entre los posibles elementos de corroboración en el caso analizado, según CERRATO GURI y CASANOVA MARTÍ se destacan los siguientes: el informe médico que certifique lesiones resultantes de la relación sexual; el análisis toxicológico para determinar el consumo de alcohol o drogas por parte de la víctima; el informe psicológico que evidencie una conexión entre el estrés postraumático de la víctima y el acto de haber tenido relaciones sexuales sin consentimiento; la presencia de mensajes en redes sociales que demuestren la naturaleza de la relación entre el supuesto agresor. Aunque a veces puede ser difícil distinguir entre los elementos de corroboración y otras pruebas directas, estos elementos son cruciales para el caso en cuestión¹⁴⁷.

¹⁴⁵ FUENTES SORIANO, O. “La perspectiva de género en el proceso penal. ¿refutación? de algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz “el testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género” en *Quaestio facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Vol. 1, 2020 p. 279.

¹⁴⁶ CERRATO GURI, E y CASANOVA MARTÍ, R., “Comentarios a la ley del “solo sí es sí...”, *op. cit.*, p. 161

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 162.

Llegados a este punto, podemos volver a hacernos la pregunta que nos hemos hecho al principio de este bloque *¿es suficiente la declaración testifical de una víctima para fundar una sentencia de condena?* La respuesta a esta pregunta es variable y se puede resumir con un “depende”.

El órgano judicial, al valorar las pruebas, puede enfrentarse a dos situaciones: una en la que se cumpla el triple test o, por el contrario que no se satisfagan. En este sentido, es importante destacar que, conforme al artículo 741 de la LECrim¹⁴⁸, nos encontramos ante un régimen de valoración libre de la prueba, no sujeta a tasación. Por tanto, es preciso que el tribunal justifique detalladamente su decisión de otorgar o denegar credibilidad al relato de la víctima. Esta determinación dependerá específicamente del conjunto de pruebas disponible, de las particularidades de cada caso y de la interpretación que el juez realice.

Por tanto, es crucial entender que la satisfacción de los tres criterios no garantiza automáticamente una sentencia condenatoria basada únicamente en el testimonio de la víctima. Lo que estos criterios logran es otorgar valor probatorio al testimonio, permitiendo al juez considerarlo junto con el resto de las pruebas presentes en el caso. Si este testimonio fuera la única prueba incriminatoria, sería esencial contar con pruebas exculpatorias. Por lo tanto, como ha indicado nuestro TS, incluso si el testimonio de la víctima es persistente, congruente y coherente; cuenta con elementos de corroboración; y no se identifica ningún motivo espurio que cuestione su credibilidad, es posible que no se le otorgue credibilidad si existen dudas razonables respecto a la cuestión central de si hubo consentimiento o no¹⁴⁹.

Por otro lado, el texto también señala que el incumplimiento de estos criterios no excluye automáticamente el testimonio de la víctima como prueba. Aunque sea poco común, es posible que se dicte una sentencia condenatoria basada únicamente en el testimonio de la víctima, incluso si no hay elementos de corroboración de calidad o si existe enemistad entre la víctima y el acusado. Sin embargo, es fundamental que el tribunal explique detalladamente por qué, a pesar de la falta de cumplimiento de los criterios establecidos, se llega a la certeza de la comisión de los hechos y la autoría para dictar una sentencia condenatoria¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Artículo 741 de la LECrim: “*El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.*”

¹⁴⁹ CERRATO GURI, E y CASANOVA MARTÍ, R., “*Comentarios a la ley del “solo sí es sí...”*”, *op. cit.*, p. 166

¹⁵⁰ *Idem.*

El contexto en el que se cometen este tipo de delitos es obligatorio continuar avanzando en la mejora de la instrucción. La complejidad de estos casos, donde la declaración de la víctima normalmente constituye la principal evidencia, exige un enfoque meticuloso y especializado, por lo que, para afrontar esta situación, es crucial mejorar la instrucción, ampliando las fuentes de prueba y los elementos que respalden el relato de la víctima. Así, durante la fase del juicio oral se dispondrá de más pruebas que asistirán al juez en su evaluación, mejorando la calidad de la decisión judicial, sea condenatoria o absolutoria.

6. CONCLUSIONES

En consonancia con la estructura delineada en el trabajo, procederemos a exponer las conclusiones pertinentes.

En primer lugar, la situación derivada del caso de la Manada ha evidenciado un ataque considerable y perjudicial hacia la integridad del sistema judicial, impulsado por ciertos sectores sociales, medios de comunicación y líderes políticos. Este escenario es el resultado de diversas negligencias y omisiones, incluyendo la falta de responsabilidad de una clase política que desacredita a las instituciones judiciales cuando los veredictos no coinciden con sus intereses, promoviendo el populismo para ganar apoyo electoral. Como indicamos previamente, al focalizarse estas tensiones en un asunto tan crítico como la discriminación de género, avivadas por la percepción de doble moral en su tratamiento, se crea un escenario de crisis. Resulta esencial por tanto que las acciones legislativas no intensifiquen el problema, transformando una situación complicada en una catástrofe mayor.

En segundo lugar, la reforma introducida por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, en los delitos de agresión sexual, ha resultado ser ineficaz debido a la posterior modificación realizada por la LO 4/2023, de 27 de abril. Esta última legislación, sin cambiar la redacción del primer párrafo del artículo 178 CP ni la definición de consentimiento, ha eliminado el enfoque basado en el "consentimiento" y ha retornado parcialmente al sistema previo, añadiendo tipos penales agravados basados en la utilización de violencia, intimidación o anulación de la voluntad. La modificación efectuada por la LO 4/2023 ha transformado en parte la esencia de la ley original, que definía como agresión sexual cualquier acto que vulnerara la libertad sexual de una persona sin su consentimiento, sin considerar los medios utilizados para ello. La reintroducción de los tipos agravados mediante la creación de nuevas categorías penales marca un regreso al modelo

previo, centrado en los medios empleados para cometer el delito, reintroduciendo implícitamente el concepto del derogado delito de abusos sexuales (actos de índole sexual sin consentimiento) y el concepto previo de agresión sexual (cuando se somete la voluntad de la víctima mediante violencia, intimidación o, ahora, también cuando la voluntad de la víctima está anulada). Se ha desaprovechado la oportunidad de establecer un modelo innovador que se base únicamente en el consentimiento, tal como se propuso originalmente, para abordar los problemas existentes de manera efectiva.

La distorsión del enfoque inicial se debe en mi opinión a dos razones. Por un lado hay que destacar la negligencia del legislador al no incluir en la LO 10/2022 una cláusula transitoria que guiará a los tribunales en la interpretación de la retroactividad de la norma; y por otro lado, a pesar de la identificación de varios errores técnicos en el borrador en la tramitación del proyecto, muchos errores permanecieron sin corrección a lo largo de una larguísima tramitación parlamentaria, asunto que es inexplicable.

En tercer lugar y respecto a la tipificación del apartado primero del artículo 178 hay que concluir algunos aspectos: el primero es que aunque el consentimiento ya era un requisito esencial para la configuración de estos delito antes de las reformas, la formalización de la definición de consentimiento es esencial y beneficiosa, pues clarifica que el consentimiento debe ser manifiesto y explícito. Destaca además que una persona se considera víctima de un delito sexual si no ha expresado su acuerdo de manera clara. Esta precisión es fundamental tanto para el ciudadano como para el tribunal encargados de la aplicación de la norma, ofreciendo un marco claro para comprender y educar acerca de los límites del consentimiento. Por tanto, a pesar de las críticas, la formulación del artículo 178.1 no compromete la libertad sexual, sino que la refuerza al exigir que el consentimiento sea libre y explícito para ser válido. El segundo aspecto es que la función educativa social sobre el consentimiento sexual no busca alterar el principio fundamental de presunción de inocencia ni modificar los procedimientos judiciales establecidos. Es esencial comprender que en casos de acusaciones por actos que vulneran la libertad sexual, la parte acusadora debe demostrar la realización de actos sexuales específicos sin el consentimiento de la víctima, la conciencia de la ausencia de consentimiento por parte del acusado y la presencia de dolo.

Por último se puede afirmar que, bajo ciertas circunstancias, la declaración de la víctima por sí sola puede ser suficiente para contrarrestar la presunción de inocencia, incluso en ausencia de

corroboration externa. Sin embargo, es crucial proceder con precaución para no vulnerar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. En este contexto, el tribunal aplica criterios de valoración específicos: credibilidad subjetiva, credibilidad objetiva y persistencia en la incriminación.

La estructura presente de la declaración de la víctima resulta adecuada y, en cierta medida, contribuye a prevenir la impunidad de actos cometidos en la intimidad. No obstante, es necesario abordar y minimizar los problemas que su configuración actual pueda generar. En este contexto, la realización de una evaluación psicológica como prueba preconstituida, que luego se reproduce en la fase oral del juicio, podría ofrecer una solución a las dificultades actuales.

Reflexionando sobre las sentencias referenciadas al comienzo, se deduce que la declaración de la víctima como evidencia principal se sitúa en un punto crítico respecto a la presunción de inocencia. La implementación de criterios de valoración se presenta como la estrategia más efectiva para enfrentar la categoría de delitos analizados en este estudio, sin infringir la mencionada presunción de inocencia. Esto representa el enfoque más extremo de prueba que se puede adoptar sin contravenir el derecho fundamental estipulado en el artículo 24.2 de la Constitución Española. Sin embargo, es urgente buscar más soluciones antes de solo disponer de la única del testimonio de las víctimas como única prueba.

7. BIBLIOGRAFIA

7.1 Fuentes citadas

AGUSTINA SANLLEHÍ, J., “Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la “confusión típica” a la problemática discrecionalidad judicial y al desorden valorativo en el sistema de penas” en José R. Agustina (Coord.), VV.AA., *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 37-50.

ALCALE SÁNCHEZ, M. “Título VIII delitos contra la libertad sexual” en María Luisa Cuerda Arnau (Dir.), VV.AA. “*Comentarios al Código Penal. Tomo I*”, Tirant Lo Blanch 2023, pp. 1200-1230.

ÁLVAREZ GARCÍA, F., “La libertad sexual en peligro”, en *Diario La Ley*, nº 10007, 2022, pp. 1-17.

ÁLVAREZ GARCÍA, P. “El precio de una reforma penal fruto de la presión social” en Marta Rodríguez Ramos (Coord.), VV.AA., *La perspectiva de género en la ley del “solo si es sí”*, Colex, A Coruña, 2022, pp. 17-54.

BARDAVIÓ ANTÓN, C., “Reflexiones sobre el consentimiento en los delitos de agresión sexual de las leyes del “solo si es sí” ¿Legislando a martillazos?”, Gemma Martínez Galindo (Dir.), Alfredo Abadías Selma y Miguel Bustos Rubio (Coords.), VV.AA. “*La reforma de los delitos sexuales*”, J.B. Bosch, Barcelona, 2024, pp. 85-124.

CÁMARA ARROYO, S., “Delitos contra la libertad sexual” en Mª Dolores serrano Tárraga (Coord.), VV.AA., *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 222-305

CAMARENA GRAU, S. “Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual”, en *Boletín de la comisión de Jueces para la democracia*, nº13, 2021, pp. XX. Texto disponible en: <https://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2021/03/13-boletin-penal-vol.-2-2021.pdf>

CAMPANER MUÑOZ, J.: “El consentimiento sexual como eje de la reforma penal: Pura logomaquia (un enfoque procesal contrario a las últimas iniciativas legislativas)”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, n.º 65, 2022, pp. 113-134.

CASTELLVÍ MONTSERRAT, C., “Título VIII Delitos contra la Libertad Sexuales” en Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig (dirs.); Guillermo Ramírez Martín y Gabriel Rogé Such (Coords.) VV.AA., *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 849-933

CERRATO GURI, E y CASANOVA MARTÍ, R., “La prueba de los delitos sexuales en caso de ausencia de consentimiento y su valoración judicial”. en José R. Agustina (Coord.), VV.AA., *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 153-165

CHINCHILLA GONZÁLEZ, M. “La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre: el nuevo consentimiento sexual, desde la perspectiva de la eficacia probatoria en el proceso penal” en *Diario la Ley* nº 10154, 2022, pp. 1-19.

DE LA TORRE LASO, J., “El consentimiento de las relaciones sexuales. Un análisis de su significado y las variables implicadas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº8, 2023, pp. 277-292.

DE PAREDES GALLARDO, C. y DOMINGO ROIG, C., “Reflexiones sobre la entrada en vigor de la ley sólo sí es sí: consecuencias prácticas, alarma social y contrarreforma” en: *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.162, 2023, pp. 1-15

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M y TRAPERO BARREALES, M. A., La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada? en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-18, pp. 1-51.

FUENTES SORIANO, O. “La perspectiva de género en el proceso penal. ¿refutación? de algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz “el testimonio único de la víctima

en el proceso penal desde la perspectiva de género” en *Quaestio facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Vol. 1, 2020 p. 271-284.

GIMBERNAT ORDEIG, “solo sí es sí” en *Iustel. Diario del Derecho*, 2020.

GÓMEZ NAVAJAS, J., “Agresión sexual por parte del cónyuge, pareja o expareja de la víctima” en Marta Rodríguez Ramos (Coord.), VV.AA., *La perspectiva de género en la ley del “solo si es sí”*, Colex, A Coruña, 2022, pp. 173-198

LASCURAÍN SANCHEZ, J.A., “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento” en José R. Agustina (Coord.), VV.AA., *Comentarios a la ley del “solo si es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 51-62.

MAGRO SERVET, V., “Alcance interpretativo de la expresión “las circunstancias del caso” en el consentimiento del art. 178.1 CP en los delitos de agresión sexual” en *Diario La Ley*, nº 10359, 2023, pp. 1-14.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., “La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-24, 2023, pp. 1-36.

MARTÍNEZ GALINDO, G., “La reforma de los delitos sexuales: su motivación y el cambio de paradigma (de la honestidad al consentimiento)”, Gemma Martínez Galindo (Dir.), Alfredo Abadías Selma y Miguel Bustos Rubio (Coords.), VV.AA. “*La reforma de los delitos sexuales*”, J.B. Bosch, Barcelona, 2024, pp. 37-80.

MUÑOZ CONDE, F., “Delitos contra la libertad sexual” en *Derecho penal parte especial Francisco Muñoz Conde 25^a edición, revisada y puesta al día revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, conforme a las LLOO 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 y 4/2022*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 227-272.

RAGUÉS I VALLÉS, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Jesús Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 135-161.

RAMÓN RIBAS, E., “Aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales” en Marta Rodríguez Ramos (Coord.), VV.AA., *La perspectiva de género en la ley del “solo si es sí”*, Colex, A Coruña, 2022, pp. 358-409.

RAMON RIBAS, E. y FARARLO CABANA, P., “¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?” en José R. Agustina (Coord.), VV.AA., *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 79-105.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “El engaño Como medio Comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva Cultura del Consentimiento” en José R. Agustina (Coord.), VV.AA., *Comentarios a la ley del “solo sí es sí. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 167-177.

VEGAS AGUILAR, J.C., “Contenido y vicios del consentimiento de la Ley del “solo sí es sí” en *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, núm. 4, pp. 81–103.

7.2 Jurisprudencia

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, núm. 38/2018, de 20 de marzo de 2018 (ponente: Excmo. Sr. D. José Francisco Cobo Sáenz; ES:APNA:2018:86).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Primera, núm. 344/2019, de 4 de julio de 2019 (ponente: Excmo. Sra. D^a Susana Polo García; ES:TS:2019:2200).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Primera, núm. 930/2022, de 30 de noviembre de 2022 (ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet; ES:TS:2022:4489).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Segunda, núm. 108/2023, de 16 de febrero de 2023 (ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; ES:TS:2023:534).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Segunda, núm. 462/2019, de 14 de octubre de 2019 (ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde; ES:TS:2019:3123).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Primera núm. 943/2023, de 20 de diciembre de 2023 (ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García; ES:TS:2023:5825).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Primera, núm. 244/2022, de 1 junio de 2022 (ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García; ES:TS:2022:2192).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Primera, núm. 1071 /2019, de 2 de mayo de 2019 (ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet; ES:TS:2019:1071).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Primera, núm. 1071/2019, de 2 de mayo de 2019 (ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet; ES:TS:2019:2228).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Primera, núm. 809/2019, de 14 de enero de 2021 (ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco; ES:TS:2021:77).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Primera, núm. 911 /2021, de 24 de noviembre de 2021 (ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián; ES:TS:2021:4326).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Primera, núm. 57/2022, de 21 de enero de 2022 (ponente: Excmo. Sr. Ángel Luis Hurtado Adrián; ES:TS:2022:208).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sin número de resolución), de 22 de febrero de 2024 (ponente: Excmo. Sr. Lluís Belesta Segura; ES:APB:2024:14).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Primera, núm. 196/2023, de 21 de marzo de 2023 (ponente: Excmo. Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar; ES:TS:2023:1400).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Primera, núm. 10/2023, de 19 de enero de 2023 (ponente: Excmo. Sr. Vicente Magro Servet; ES:TS: 2023:188).

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, núm. 19/2023, de 15 de junio de 2023 (ponente: Excma. Sra. D^a Manuela Eslava Rodríguez; ES:TSJEXT:2023:679).

Sentencia Tribunal Supremo, Sección Primera, núm. 249/2019, de 14 de mayo de 2019 (ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro; ES:TS:2019:1509)

Sentencia Tribunal Supremo, Sección Primera, núm. 723/2023, de 2 de octubre de 2023 (ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; ES:TS:2023:3921).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Primera, núm. 985/2016, de 11 de enero de 2017 (ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz; ES:TS:2017:36).

8. ANEXOS

ANEXO I: Redacción comparada del delito de agresión sexual.

Código Penal				
Artículo	Materia - Penas definitivas	Redacción anterior a la reforma de la LO 10/2022	Redacción LO 10/2022, 6 septiembre (vigencia 7 octubre 2022)	LO 4/2023, 27 abril (vigencia 29 abril 2023)
Artículo 178.2, apartado 3 (introducido) y apartado 4 (renumerado y redactado)	<p>Agresiones sexuales</p> <p>Prisión de 1 a 4 años</p> <p>Consentimiento</p>	<p>Artículo 178</p> <p>El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años.</p> <p><i>[Redactado por la 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]</i></p>	<p>Artículo 178</p> <p>1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.</p> <p>2. 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 de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.</p>	<p>Artículo 178</p> <p>1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.</p> <p>2. Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.</p>
Art. 178.3	<p>Violencia o Intimidación o voluntad anulada</p> <p>Pena de prisión de 1 a 5 años de prisión</p>			<p>3. Si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión.</p>
Art. 178.4	<p>Menor entidad del hecho</p> <p>Pena de prisión en su mitad inferior o multa de 18 a 24 meses</p>		<p>3. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.</p>	<p>4. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no medie violencia o intimidación o que la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad o no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.</p>
Artículo 179.2 (introducido), pasando el actual contenido del artículo a ser apartado 1	<p>Violación</p> <p>Pena de prisión de 4 a 12 años</p> <p>Violencia o intimidación o voluntad anulada</p> <p>Pena de prisión de 6 a 12 años de prisión</p>	<p>Artículo 179</p> <p>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.</p> <p><i>[Redactado por la 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]</i></p>	<p>Artículo 179</p> <p>Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años.</p>	<p>1. Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años.</p> <p>2. Si la agresión a la que se refiere el apartado anterior se cometiere empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad, se impondrá la pena de prisión de seis a doce años.</p>

Artículo 180.1	Agravantes	Artículo 180.1	Artículo 180.1
	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 178.1: prisión de 2 a 8 años • Art. 178.3: prisión de 5 a 10 años • Art. 179.1: prisión de 7 a 15 años • Art. 179.2: prisión de 12 a 15 años 	<p>1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:</p>	<p>1. Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a quince años para las del artículo 179 cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias, salvo que las mismas hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179:</p>
	Actuación conjunta	<p>2.º Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.</p>	<p>1.º Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.</p>
	Violencia de extrema gravedad	<p>1.º Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistán un carácter particularmente degradante o vejatorio.</p>	<p>2.º Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistán un carácter particularmente degradante o vejatorio.</p>
	Vulnerabilidad	<p>3.º Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 183.</p>	<p>3.º Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181.</p>
	Esposa o relación de afectividad		<p>4.º Cuando la victima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.</p>
Art. 180.1 (cont.)	Prevalimiento	<p>4.º Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.</p>	<p>5.º Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines; o de una relación de superioridad con respecto a la víctima.</p>
	Relación de convivencia o parentesco		
	Situación de superioridad		
	Uso de armas	<p>5.º Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.</p> <p><i>[Redactado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.]</i></p>	<p>6.º 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.</p>
	Sumisión química		<p>7.º 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.</p> <p>Cuando en la descripción de las modalidades típicas previstas en los artículos 178 o 179 se hubiera tenido en consideración alguna de las anteriores circunstancias el conflicto se resolverá conforme a la regla del artículo 8.4 de este Código.</p>

Fuente: *Diario la ley.*