



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

**El Derecho Penal ante las violencias
sexuales:**

Regulación vigente y análisis de la reforma

Presentado por:

Ainhoa Arnaz Rodríguez

Tutelado por:

Tomás Montero Hernanz

Valladolid, 4 de julio de 2021

RESUMEN

En el presente Trabajo de Fin de Grado se muestra un análisis de la regulación de los delitos de violencia sexual. El mismo incluye el estudio de la evolución histórica de su tratamiento penal en España desde el S.XIX, el examen detallado de la regulación vigente en atención a las últimas reformas y la exposición del debate existente sobre la diferenciación entre agresiones y abusos sexuales a través del análisis del caso de “*La Manada*” y del estudio del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Con ello, se busca lograr dos objetivos. Por un lado, adoptar una perspectiva crítica y argumentada sobre la reforma penal pretendida. Por otro lado, concluir cuáles son los aspectos que, efectivamente, podrían ser modificados en la regulación para paliar el problema de la violencia sexual, que afecta en especial a las mujeres y a menores de edad.

PALABRAS CLAVE

Violencia sexual, Código Penal, agresión sexual, abuso sexual, consentimiento, violencia, intimidación, reforma, víctima, menor de edad.

ABSTRACT

This end-of-degree project shows an analysis of the sexual violence crimes regulation. It includes the study of the historical evolution of its penal treatment in Spain since the 19th century, the detailed examination of the actual regulation in accordance with the last reforms and the exposition of the existent discussion about the differentiation between assaults and sexual abuses throughout the analysis of the case “*La Manada*” and the study of the “*Anteproyecto de Ley Organica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.*” By doing so, two objectives are tried to be achieved. On the one hand, to take a critical and thoughtful stand about the pretended penal reform. On the other hand, to conclude which of the aspects that could be indeed modified in the regulation to lessen the sexual violence problem that particularly concerns women and underages.

KEY WORDS

Sexual violence, Criminal Code, sexual assault, sexual abuse, consent, violence, intimidation, reform, victim, underage,

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO PENAL DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	7
1.1. El tratamiento en los códigos penales del siglo XIX.....	7
1.2. El tratamiento en los códigos penales del siglo XX	11
1.3. Aproximación al tratamiento en el vigente código penal y sus reformas.....	18
1.3.1. La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril.....	20
1.3.2. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.....	21
1.3.3. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.....	21
1.3.4. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.....	22
1.3.5. La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio	24
2. ANÁLISIS DEL VIGENTE TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL.....	25
2.1. El bien jurídico protegido.....	28
2.2. La agresión sexual como delito de violencia sexual por excelencia.....	30
2.2.1. El tipo básico.....	30
2.2.2. El tipo cualificado: la violación.....	36
2.2.3. Circunstancias agravantes	40
2.3. El abuso sexual y la ausencia de violencia e intimidación.....	42
2.3.1. El tipo básico.....	43
2.3.2. El tipo cualificado y las agravantes	49
2.3.3. Abusos sexuales a menores de entre dieciséis y dieciocho años	50
3. VIOLENCIA SEXUAL Y MINORÍA DE EDAD	51
3.1. Agresores menores	51
3.2. Víctimas menores	54
3.2.1. La agresión y el abuso sexual a menores de 16 años	55

3.2.2. Otras conductas delictivas con menores de 16 años como víctimas.....	60
3.3. Antecedentes por delitos contra la libertad y la indemnidad sexual y el trabajo con menores	65
4. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS DE VIOLENCIA SEXUAL	68
5. LA TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA “LA MANADA”. HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE AGRESIÓN Y ABUSO SEXUAL.	72
5.1. La sentencia	72
5.2. El debate: ¿abuso o agresión?	73
5.3. El Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual	81
6. LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA	92
CONCLUSIONES.....	96
BIBLIOGRAFÍA	99
ANEXO DE JURISPRUDENCIA.....	104
Legislación española	106
Naciones Unidas	107
Consejo de Europa	108
Unión Europea.....	108
Islandia.....	108
Suiza	108

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ATS: Auto del Tribunal Supremo.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

CP: Código Penal.

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

INE: Instituto Nacional de Estadística.

LO: Ley Orgánica.

LORRPM: Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

OPS: Organización Panamericana de la Salud.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TS: Tribunal Supremo.

UNICEF: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

INTRODUCCIÓN

La violencia sexual puede identificarse, en términos generales, con la violencia dirigida a consumir un acto sexual a través de la utilización de la fuerza, o del aprovechamiento de la impotencia o desvalimiento y, en general, en contra de la voluntad de la víctima.

Atendiendo al concepto de violencia sexual en su sentido más amplio, podrían llegar a situarse dentro de él todos los delitos recogidos por el Título VIII del Libro II del Código Penal, titulado “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”.

Sin embargo, en el presente trabajo va a tenerse en cuenta el concepto de violencia sexual en un ámbito más reducido, de tal manera que el centro del análisis se situará en el estudio de los delitos de agresión y abuso sexual, ya que los mismos representan la vasta mayoría de los delitos de esta índole que tienen lugar en nuestro país.

Además, el análisis en exclusiva de los delitos de agresión y abuso sexual se debe a que la distinción entre ellos se ha asentado sobre distintos criterios en las diferentes regulaciones que de los mismos han tenido lugar desde el S.XIX. Y se trata este, la determinación del criterio más perfecto que distinga ambos tipos penales, del tema protagonista de uno de los debates más latentes en la actualidad, cuyo origen se debe, en gran parte, al aumento en los últimos años de los casos de “*manadas*” y al auge del movimiento feminista surgido en contra de las decisiones judiciales tomadas.

Por ello, a través del estudio de la evolución histórica del tratamiento penal de estos tipos de violencia sexual desde el siglo XIX hasta las últimas reformas, del análisis pormenorizado de la vigente regulación, haciendo especial consideración a la minoría de edad y a las mujeres como víctimas y de la observación de las resoluciones judiciales del determinante caso de “*La Manada*”, pretendo lograr formar una opinión contrastada sobre lo que parece ser una realidad próxima tras la aprobación por el Consejo de Ministros del Anteproyecto de Ley Orgánica de la Libertad Sexual: la reforma del Código Penal respecto a estos delitos de violencia sexual.

Por último, también se analizarán las modificaciones incluidas tras la publicación en el BOE de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia el pasado día 5 de junio de 2021.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO PENAL DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El análisis de la evolución histórica del tratamiento penal de la violencia sexual en el ordenamiento jurídico español es de gran utilidad para comprender la razón de la actual regulación.

El paso del Estado absoluto al Estado liberal implicó que las nuevas normas, inspiradas en el racionalismo, se codificaran. En el ámbito penal esto no pudo ser menos, pues desde el siglo XIX hasta la fecha, siete han sido los códigos penales que han existido en nuestro país.

En materia de delitos de violencia sexual, estos códigos han regulado la cuestión de manera más o menos lineal, todos ellos en camino de lograr de forma progresiva una ordenación que verdaderamente protegiera lo que ahora concebimos como bienes jurídicos de estos delitos: la libertad y la indemnidad sexual.

Por ello, en mi opinión es importante tener en cuenta previamente estas consideraciones históricas, sobre todo con una finalidad clave: conocer cómo se pasa de diferenciar dos delitos en los que está implicada la violencia y la intimidación sexual (violación y abusos deshonestos), a solo uno en la actualidad (agresión sexual y su tipo cualificado, la violación) pues, como veremos a lo largo de este trabajo, esto aún genera debates, sobre todo a raíz de las últimas sentencias dictadas sobre la materia.

1.1. El tratamiento en los códigos penales del siglo XIX

Los códigos penales del siglo XIX regularon la violencia sexual de una manera más o menos homogénea, pues todos ellos siguen las mismas líneas generales.

La violencia sexual antes de este periodo solo estaba contemplada en el delito de violación, entendido este como el coito vaginal entre un hombre y una mujer sin el consentimiento de esta. Cualquier otra conducta sexual no se encontraba tipificada.

Tras la codificación, pasan a contemplarse dos delitos en los que está implicada la violencia sexual: el delito de violación y el delito de abusos deshonestos. La diferencia que separaba el delito de violación y el de abusos deshonestos no se caracterizaba por el cambio

de medios, sino por la finalidad del autor. Para apreciar el delito de violación, era necesario que el autor actuase con la intención de yacer con una mujer y, para apreciar el delito de abusos deshonestos, el autor simplemente debía tener por fin un desahogo sexual sin aspirar a consumir el acto sexual.¹

El **Código Penal de 1822**² fue el primer código que transformó esta regulación. Reguló esta clase de delitos considerados como públicos en su Capítulo IV, titulado “*De los raptos, fuerzas y violencias contra las personas; y de la violación de los enterramientos*”, del Título II “*De los delitos contra los particulares*”.

Como decía, la principal característica del Código Penal de 1822 fue la distinción por primera vez de los delitos de violación y abusos deshonestos³, correspondiéndose los segundos con las conductas sexuales distintas al coito vaginal llevadas a cabo a través de la fuerza y la intimidación. Además, castigaba con penas de distinto valor los delitos, en función de si en su comisión había habido violencia material, amenazas, intimidación o engaños “*tomando el nombre o el carácter de autoridad legítima, o suponiendo una orden de esta*”.⁴

¹ GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Tomo V. Salamanca: Esteban-Hermanos Impresores, 1893, p. 109.

² Fue Decretado por las Cortes el 8 de junio de 1822 y sancionado por el Rey y mandado promulgar el 9 de julio de 1822, entrando en vigor el 1 de enero de 1823.

³ GROIZARD consideraba que, si bien es cierto que ya existía en este código una diferenciación entre los delitos de raptor, violación y abusos deshonestos, esta diferenciación aún no era completa. GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Tomo V. Salamanca: Esteban-Hermanos Impresores, 1893, p. 82.

⁴ Art. 664 CP 1822: “*Es raptor el que para abusar de otra persona, ó para hacerle algún daño, la lleva forzada contra su voluntad de una parte á otra, bien con violencia material, bien amenazándola ó intimidándola de una manera suficiente para impedir la resistencia, bien tomando el nombre ó de autoridad legítima, ó suponiendo una orden de esta. El que cometa este delito sufrirá la pena de cinco á nueve años de obras públicas; sin perjuicio de otra mayor que merezca si usare del engaño referido, ó causare heridas ú otro mal tratamiento de obra en la violencia...*”.

Art. 665 CP 1822: “*El que con cualquiera otro engaño que el espresado en el artículo anterior, pero sin violencia ni amenazas, robe fraudulentamente á una persona que se deje llevar de buena fe sin conocer el engaño, sufrirá dos á seis años de obras públicas; sin perjuicio de otra pena á que se haga acreedor por el engaño que cometa*”.

Art. 666 CP 1822: “*Si el reo abusare deshonestamente de la persona robada en cualquiera de los casos de los dos artículos precedentes contra la voluntad de ella, sufrirá ocho años mas de obras públicas y*

También es destacable de esta regulación la aplicación de un agravante cuando la víctima se trataba de una mujer casada y de un atenuante cuando se trataba de una “*mujer pública conocida como tal*”.

Aunque este Código no tuvo demasiada vigencia, podemos observar cómo aparecieron rasgos fundamentales de la regulación de estos delitos: la diferente valoración de los medios utilizados, la vinculación entre el marido y víctima, la escasa protección a las mujeres de vida deshonestas y las mínimas referencias a la mujer como víctima de estos delitos.

El principal precedente de la regulación actual le ubicamos veintiséis años después, con el **Código Penal de 1848**⁵, que regulaba esta clase de delitos en su Capítulo II “*Violación*”, del Título X “*Delitos contra la honestidad*”, del Libro II “*Delitos y sus penas*”.

En este Título X se ubicaban varios delitos directa e indirectamente relacionados con la sexualidad, tales como el rapto, el adulterio o el escándalo público. Pero, concretamente, el capítulo que nos ocupa estaba constituido por 2 preceptos: el art. 354⁶, referente a la violación en sentido estricto; y el art. 355⁷, referente a los abusos deshonestos. La diferencia

destierro perpetuo del pueblo en que habite dicha persona y veinte leguas en contorno. Si además de robarla la maltratase de obra, ó cometiere contra ella otro delito, sufrirá también la pena respectiva al que cometa”.

Art. 668 CP 1822: “*El que sorprendiendo de cualquier otro modo á una persona, y forzándola con igual violencia ó amenazas, ó intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia, intente abusar deshonestamente de ella, sufrirá la pena del raptor, y ocho años más de obras públicas, con igual destierro si consumare el abuso”.*

⁵ Promulgado por Ley de 19 de marzo de 1848 (Gaceta de Madrid núms. 4973 a 4944, del 21 al 28 de marzo de 1848).

⁶ Art. 354 CP 1848: “*La violacion de una mujer será castigada con la pena de cadena temporal. Se comete violacion yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos siguientes:*

1° Cuando se usa de fuerza ó intimidacion.

2° Cuando la mujer se halle privada de razon ó de sentido por cualquiera causa.

3° Cuando sea menor de 12 años cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores”.

⁷ Art. 355 CP 1848: “*El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado segun la gravedad del hecho con la pena de prision menor á la correccional”.*

entre ambos delitos seguía siendo la misma: la concepción del delito de violación como aquel en el que había existido coito vaginal a través del uso de la fuerza, de la intimidación, o del aprovechamiento de la falta de sentido o razón de la víctima. Es destacable que también se consideraba delito de violación al coito vaginal llevado a cabo por un hombre con una mujer menor de doce años de edad.

Por lo que respecta a los abusos deshonestos, podían ser víctimas de estos tanto hombres como mujeres, pues el precepto no se refiere al coito vaginal, que solo es conducta típica de la violación y de la cual pueden ser víctimas exclusivamente las mujeres. Para que este delito se apreciase, bastaba con que la conducta pudiera considerarse suficientemente grave.⁸

Es en esta regulación de 1848 cuando desaparece el atenuante por ser la víctima una “*mujer deshonesto*”. También en relación con las penas, es característico que se imponían penas de igual gravedad al autor, independientemente de que este fuera o no tutor, curador, maestro o persona que pudiera ejercer abuso de autoridad sobre la víctima. Ahora bien, sí se establecía para los maestros la pena accesoria de inhabilitación perpetua especial.

Por último, en el Capítulo V, “*Disposiciones comunes a los tres capítulos precedentes*”, se contempló que el delito de violación solo se podía perseguir a instancia de parte, es decir, que dejó de ser un delito público. Además, no debía pensarse al marido si hubiera sido este el autor de la violación, pues durante este periodo se consideró por parte de la doctrina y de la jurisprudencia que estos delitos exigían que no existiera vínculo matrimonial entre el autor y la víctima⁹.

El **Código Penal de 1850**¹⁰ no trajo consigo demasiadas novedades. Se mantuvo la misma redacción dada en 1848, aunque se cambió la numeración de los preceptos: ahora los delitos de violación y abusos deshonestos se regulaban en los números 363 y 364 del Código.

⁸ En este sentido, la *STS de 15 de marzo de 1898*, contempló el delito de abusos deshonestos por haber aproximado el pene a los órganos sexuales de una mujer menor de doce años. Y, la *STS de 27 de junio de 1891*, por tocar las piernas de una joven.

⁹ Art. 361 CP 1848: “*Los reos de violación, estupro ó raptó ejecutado con miras deshonestas, no podrán ser penados sino á instancia de la parte agraviada. El ofensor quedará relevado de la pena impuesta, casándose con la ofendida*”.

¹⁰ La Gaceta de Madrid en sus núms. 5823 a 5845, del 10 al 19 de julio de 1850, publica un Real Decreto declarando única, oficial y legal la edición del Código Penal que se inserta.

Además del cambio de numeración, en el Código de 1850 se incluyó en el Capítulo II el delito de escándalo público, que pasó a funcionar como una “figura de recogida”. La ubicación de este delito en el mismo capítulo en el que se regulaba la violación fue criticada por la doctrina, como estableció PACHECO¹¹.

Es el último de los códigos penales de este siglo el que modifica esta situación. El **Código Penal de 1870**¹² trasladó el delito de escándalo público al Capítulo III, titulado “*Delitos de escándalo público*”.

Por lo que respecta a los delitos de violación y abusos deshonestos, estos siguieron regulados en el Capítulo II, aunque ahora este llevaba por rúbrica “*Violación y abusos deshonestos*”. La regulación se mantuvo igual, pero el art. 453¹³ incluyó una modificación en la pena.

Un último dato destacable del Código de 1870 es la aparición en las disposiciones comunes del perdón de la ofendida como una causa de extinción de la acción penal y de la pena¹⁴.

1.2. El tratamiento en los códigos penales del siglo XX

En el siglo XX, el tratamiento de la violencia sexual no se caracterizó por la homogeneidad de la regulación del siglo anterior.

¹¹ PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal concordado y comentado. Tomo III*. Madrid: Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, 1856, p. 128.

¹² Aprobado por Ley de 18 de junio de 1870. Publicado en la Gaceta de Madrid núm. 243, de 31 de agosto de 1870.

¹³ Art. 453 CP 1870: “*La violacion de una mujer será castigada con la pena de reclusion temporal. Se comete violacion yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos siguientes:*

1° Cuando se usare de fuerza ó intimidacion.

2° Cuando la muger se hallare privada de razon ó de sentido por cualquiera causa.

3° Cuando fuere menor de 12 años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores”.

¹⁴ Art. 463 CP 1870: “*... En todos los casos de este artículo, el perdon expreso ó presunto de la parte ofendida, extinguirá la accion penal ó la pena, si ya se hubiere impuesto al culpable.*

El perdon no se presume sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor”.

El **Código Penal de 1928**¹⁵ introdujo cambios importantes, además de una apreciable rebaja de las penas.

En este Código se matizó, en primer lugar, que la fuerza o intimidación utilizadas como medio para consumar el delito debían ser bastantes. La fuerza debía ejercerse de forma directa sobre la víctima y no era preciso que esta se prolongase durante todo el tiempo que durase la conducta típica. Cabía que no hubiera identidad subjetiva entre aquel que ejerciera la fuerza y el que cometiera el delito, respondiendo este primero como cooperador necesario del delito.

En segundo lugar, también se matizó que la referencia a la “*mujer privada de razón o sentido*”, con el añadido de “*o que estuviere incapacitada para resistir*”, suponía que la víctima podría estar privada del sentido por cualquier causa.¹⁶

La violación a mujeres menores de dieciocho años se ubicó en los arts. 772 y 773, dentro de los “*Delitos contra la honestidad y la moralidad de los menores*”.

Por lo que se refiere a los agravantes, apareció un agravante por violación en grupo, contenido en el art. 599 (con pena de ocho a veinte años de prisión) y un tipo agravado de abuso de superioridad o de confianza o por el grave daño causado en la salud de la víctima, regulado este en el art. 602.

Los abusos deshonestos se penaron esta vez con más dureza para el caso de que fueran de carácter homosexual.¹⁷

¹⁵ Aprobado por Real Decreto Ley de 8 de septiembre de 1928. Publicado en la Gaceta de Madrid núm. 257, de 13 de septiembre de 1928.

¹⁶ Art. 598 CP 1928: “*La violación de una mujer mayor de dieciocho años ser castigada con la pena de tres a doce años de prisión. Se comete violacion yaciendo con mujer en cualquiera de los casos siguientes:*

1º Cuando se usare de fuerza o intimidación bastantes para conseguir el propósito del culpable.

2º Cuando la mujer por cualquier causa se hallare privada de razón o de sentido, o estuviere incapacitada para resistir”.

¹⁷ Art. 601 CP 1928: “*El que sin ánimo de acceso carnal, abusare deshonestamente de una mujer, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el art. 598, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión.*

Fueron influyentes algunas propuestas de la doctrina que defendían rebajar de nuevo la pena si la víctima de la violación era una prostituta, por lo que el art. 600 estableció una pena de uno a tres años de prisión para estos supuestos.

Por último, las disposiciones comunes también sufrieron cambios en su redacción (art. 613). Se eliminó la necesidad de formular querrela tanto para los delitos de violación como para los abusos deshonestos, pues bastaba con la denuncia de la víctima, independientemente de su edad y de otras circunstancias personales. Ahora bien, para los abusos cometidos entre hombres sí se contemplaba la incoación del proceso de oficio.

El **Código Penal de 1932**¹⁸ supuso un retroceso. Se simplificó la redacción de los delitos de abusos deshonestos y violación, eliminándose la referencia a “*fuerza o intimidación bastantes*”, lo cual conllevó un retorno al modelo del Código Penal de 1870¹⁹. Además, las disposiciones comunes volvieron a ser redactadas como originalmente, exigiéndose la denuncia de la víctima y existiendo la posibilidad de que su perdón exonerase al delincuente de responsabilidad penal.

A grandes rasgos, podemos observar que todos los códigos penales hasta este año siguieron una misma línea, excepto el de 1928. En este punto, fueron trascendentes las diferentes doctrinas que surgieron en torno a la regulación de los delitos de violencias sexuales:

Cuando el abuso deshonesto, concurriendo cualquiera de las circunstancias mencionadas en el art. 598, tuviere lugar con persona del mismo sexo que el culpable, se impondrá la pena de dos a doce años de prisión”.

¹⁸ Ley de 27 de octubre de 1932, por la que se publica el Código Penal reformado, con arreglo a las Bases establecidas en la Ley de 8 de Septiembre de 1932 (Gaceta de Madrid núm. 310, de 5 de noviembre de 1932).

¹⁹ Art. 431 CP 1932: “*La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión menor. Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:*

1° Cuando se usare de fuerza o intimidación.

2° Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa.

3° Cuando fuere menor de 12 años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.”

Art. 432 CP 1932: “*El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado, según la gravedad del hecho, con la pena de prisión menor en sus grados medio y máximo.”*

En torno al bien jurídico que se pretendía proteger podemos identificar dos corrientes doctrinales. En un primer momento se hablaba de honestidad y pudor, entendidos estos como el respeto físico, la decencia sexual o el derecho a la rectitud. Y, en un segundo momento, autores como DE VIZMANOS Y ÁLVAREZ MARTÍNEZ entendieron que también se protegían la seguridad pública, la moral y la libertad.²⁰

Consecuencia de esta discusión sobre el bien jurídico protegido, contemplamos como a lo largo de este periodo tampoco se lograban acuerdos en la doctrina en torno al debate de si la pena debía ser de menor gravedad en el caso de que la mujer violada fuera una prostituta. No obstante, ciertamente sí existía una posición mayoritaria que defendía que, si el bien jurídico protegido era la honestidad, la violación cometida contra una prostituta (o incluso contra una menor de doce años) debía ser penada con menos gravedad (entendiendo que una prostituta en una “mujer deshonesta”).

Igualmente, observamos que los medios típicos de comisión del delito de violación son prácticamente los mismos en todas las regulaciones de esta época: fuerza, resistencia seria y persistente de la mujer e intimidación. Por parte de la doctrina se consideraba necesaria la exteriorización de la resistencia, de la voluntad de no querer participar en el acto sexual, para que se apreciase la existencia de fuerza en la violación y en los abusos deshonestos.²¹ La idea subyacente era que solo merecía protección penal la mujer que supiera defender su honra²².

En relación con el sentido de la víctima, sí hubo un acuerdo doctrinal, el cual entendía que debían pensarse de forma menos grave los supuestos en los que la privación de razón o sentido de la víctima hubiera sido originada por causas ajenas al sujeto activo, aunque este se hubiera aprovechado de la situación. Incluso, autores como GONZÁLEZ RUS llegaron a

²⁰ DE VIZMANOS, Tomás María y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Madrid: Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente, 1848, p. 373.

²¹ COBO DEL ROSAL, Manuel y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Código penal con jurisprudencia y concordancias*. Libros II y III, Madrid, 1976, p. 354.

²² FARALDO CABANA, Patricia. *La Manada: Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 43.

opinar que estos supuestos eran atípicos, pues no existía energía física que obligara a la víctima a mantener las conductas sexuales.²³

El **Código Penal de 1944**²⁴ implicó de nuevo un retorno a los primeros códigos de la etapa anterior, en especial al Código de 1848. En su art. 429, regulador del delito de violación, se imponía una pena de reclusión menor al que yaciere con una mujer a través del uso de fuerza, intimidación, mujer privada de razón o sentido o mujer menor de 12 años cumplidos. Lo mismo ocurrió para el caso de los abusos deshonestos.²⁵

Por lo que se refiere a los medios típicos, aún se consideraba necesario que existiera una resistencia suficiente de la víctima. De hecho, CUELLO CALÓN expresó que “*si resiste al principio y luego cede al que violentamente intenta poseerla, no puede considerarse como víctima de violación.*”²⁶

Tampoco cambió el pensamiento respecto a la diferente pena según la condición moral de la víctima: si se trataba de una mujer deshonesto la pena debía ser menor y, si se trataba de mujer casada y la conducta sexual típica se producía dentro del matrimonio, no debía existir responsabilidad penal. En relación a este juicio, autores como CUELLO CALÓN consideraban que si la víctima era una mujer que se había embriagado con el

²³ GONZÁLEZ RUS, Juan José. *La violación en el Código Penal español*. Granada: Colección de estudios penales, n.º.4, 1982, pp. 378 y 379.

²⁴ Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el “Código Penal, texto refundido de 1944”, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944 (BOE núm. 13, de 13 de enero de 1945).

²⁵ Art. 429 CP 1944: “*La violación de una mujer será castigada con pena de reclusión menor. Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:*

1.º Cuando se usare de fuerza o intimidación.

2.º Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa.

3.º Cuando fuere menor de doce, años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.”

Art. 430 CP 1944: “*Él que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión menor.”*

²⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal. Tomo II (Parte especial)*. Barcelona: Bosch, 1949, p. 532.

hombre, tampoco existía delito, pues la mujer al embriagarse con un varón estaba aceptando las posibles consecuencias de ese acto.

Por tanto, podemos apreciar como el nuevo código no trajo en absoluto una actualización en la regulación. Para ello, hubo que esperar a la aprobación de la Constitución Española de 1978.

Tras la aprobación de la Constitución de 1978, el legislador recogió en la **Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal**²⁷, las críticas que habían surgido en torno a los “*delitos contra la honestidad*”.

El Título X del Código de 1944 “*Delitos contra la honestidad*”, cambió su rúbrica a “*Delitos contra la libertad sexual*”. Pero no fue esta la única modificación que trajo consigo la reforma.

En primer lugar, el artículo 429²⁸ ya mencionado, se modificó para incluir la posibilidad de que el hombre fuera sujeto pasivo del delito. Esto se realizó sustituyendo la mención a la mujer como víctima por “*persona*”. La exclusiva protección de la mujer en la regulación precedente obedecía a la desigualdad fisiológica que mediaba entre hombre y mujer, que podía comportar en el caso de esta un posible embarazo.²⁹

Consecuentemente, se añadió al delito de violación dos conductas típicas más: la penetración bucal y la penetración anal³⁰. La explicación de esta inclusión es sencilla: si ahora existía la posibilidad de que un varón fuese sujeto pasivo del delito, debían pensarse aquellos

²⁷ Publicada en el BOE núm. 148, de 22 de junio de 1989.

²⁸ Art. 429 CP 1944 tras la LO 3/1989: “*La violación será castigada con la pena de reclusión menor. Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes:*

1. *Cuando se usare fuerza o intimidación.*
2. *Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación.*
3. *Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores”.*

²⁹ BOIX REIG, Javier, ORTS BERENGUER, Enrique y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *La reforma penal de 1989*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989, p. 139.

³⁰ Respecto al grado de perfección de las conductas típicas, el Tribunal Supremo en la *STS de 27 de octubre de 1986*, estableció que la introducción debe ser relevante, bastando que se adentre el pene mínimamente en la vagina, en los labios o en el orificio anal.

comportamientos sexuales que podían cometerse contra un hombre. Si solo se seguía haciendo referencia al coito vaginal como conducta típica del delito, no tendría sentido contemplar que el hombre pudiera ser también víctima del mismo.

Esta consideración del hombre como posible víctima supuso que el Código Penal fuera una norma que garantizase la igualdad formal y la no discriminación por razón de sexo, es decir, se garantizaba el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución. Ahora bien, es más que una realidad que la mujer es víctima de estos delitos en un porcentaje mucho más alto que los hombres.

Por tanto, con esta modificación se garantizaba la igualdad en los sujetos pasivos. Ahora bien, ¿qué ocurría con los sujetos activos, se garantizaba la igualdad entre ellos? La doctrina mayoritaria y la Fiscalía General del Estado³¹ explicaban que, para evitar un atentado al principio de igualdad, había que entender que las mujeres podían ser de igual manera sujeto activo del delito.

Ahora bien, la aparición de las nuevas conductas típicas, el acceso bucal y anal, fue igualmente objeto de debate. Por la similitud que existe entre el acceso vaginal y anal, no se contemplaron problemas, pero sí se apreciaron para el caso del acceso bucal. Parte de la doctrina consideró que esta nueva conducta no producía excesivos daños físicos y, consecuentemente, esto dificultaría la prueba.

En segundo lugar, se cambió la expresión “*privada de razón*” por “*que se abusare de su enajenación*”. Con esta nueva forma de referirse a estas personas se eliminaba el freno absoluto existente para que el enajenado pudiese ejercer su sexualidad, dando a su consentimiento cierto margen de validez.³²

El artículo 429 no fue el único reformado por la norma de 1989. También se modificaron los artículos 430 y 436³³.

³¹ Circular 2/1990, de 1 de octubre, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

³² BOIX REIG, Javier., ORTS BERENGUER, Enrique y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *La reforma penal de 1989*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989, p. 146.

³³ Art. 430 CP 1944 tras la LO 3/1989: “*Cualquier otra agresión sexual no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresadas, será castigada con la pena de prisión menor. La pena será la de prisión mayor si la agresión consistiere en*

El art. 430 tras la reforma describió el delito de agresiones sexuales, que viene a sustituir el de abusos deshonestos. Este precepto se destinó a incriminar ataques contra la libertad sexual diferentes a los definidos por el precepto anterior, pero cometidos a través de los mismos medios. Consecuentemente, comportamientos masculinos de carácter homosexual que antes eran considerados abusos deshonestos, podían convertirse ahora en violación, mientras que los femeninos quedaban relegados al delito de agresión sexual. El artículo incluyó un tipo agravado de agresión sexual, que se contemplaría cuando la conducta hubiese consistido en introducir objetos o utilizar medios o instrumentos degradantes o vejatorios.

En el art. 436, la modificación consistía en la sustitución de la expresión “*cometiere cualquier abuso deshonesto*” por la de “*cometiere cualquier agresión sexual*”, en correspondencia con el precepto 430.

Por último, por lo que se refiere a las disposiciones comunes, se mantuvo la obligación de denuncia por parte de la víctima, o bien, por parte de un ascendiente, representante legal, guardador de hecho o por el Ministerio Fiscal en el caso de tratarse la víctima de un menor o incapaz. Más destacable aún es que el art. 433 eliminó el perdón del ofendido como forma de extinción de la acción y la responsabilidad penal.

1.3. Aproximación al tratamiento en el vigente código penal y sus reformas

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal³⁴, cambia totalmente el panorama en la regulación.

Con el Código Penal de 1995 se modifica la distinción que hasta ahora habíamos conocido entre el delito de violación y agresiones sexuales (que recordemos, la expresión “*agresiones sexuales*” sustituía a la de “*abusos deshonestos*” tras la reforma de 1989).

introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios.”

Art. 436 CP, tras la LO 3/1989: “*Se impondrá la pena de multa de 30.000 a 300.000 pesetas al que cometiere cualquier agresión sexual, concurriendo iguales circunstancias que las establecidas en los dos últimos precedentes.”*

³⁴ Publicado en el BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Ahora se contemplan dos nuevos delitos, agresión sexual y abuso sexual, regulados en los Capítulos I y II, del Título VIII, “*Delitos contra la libertad sexual*”, del Libro II “*Delitos y sus penas*”.

El delito de agresión sexual pasa a penar los atentados contra la libertad sexual cometidos con violencia (se utiliza por primera vez el término “*violencia*” y no “*fuerza*”) o intimidación. Ahora es la utilización de la violencia y/o la intimidación el elemento diferenciador de ambos tipos penales. Mientras que en la agresión sexual concurren estos medios típicos, en el abuso sexual no. Esta reforma se consideraba necesaria por varios autores. De esta manera, GOMEZ PAVÓN estableció que era una victoria tratar autónomamente los delitos sexuales en los que había existido violencia o intimidación y castigarles de forma más grave, pues pensaba que a través de estos medios se despreciaba completamente la voluntad de la víctima.³⁵

Se recoge también un tipo agravado de agresión sexual para cuando hubiera existido acceso carnal u otra conducta similar en el art. 179 y una serie de agravantes comunes. El término “*violación*” hasta ahora utilizado deja de usarse para evitar que surgiera jurisprudencia que tachara al legislador de retrógrado.

Es en el Código Penal de 1995 cuando por primera vez el acceso carnal o conductas similares cometidas contra personas privadas de razón o sentido, o niños menores de doce años, se consideran tan solo delito de abuso sexual.³⁶ Además, se equipararon las conductas de acceso carnal, bucal y anal a la introducción de objetos.

Esta equiparación originó críticas, en el mismo sentido que las surgidas tras 1989, pues se consideró que la penetración bucal a través de introducción de objetos, debía ser una

³⁵ GOMEZ PAVÓN, Pilar. *El delito de violación: algunas cuestiones. El Código Penal de 23 de noviembre de 1995*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad de Educación a Distancia, 1995, p. 305.

³⁶ En palabras de ORTS BERENGUER, cuando el abuso sexual se haya llevado a cabo con un menor de doce años, automáticamente se aplican los arts. 181 o 182. También establece que el precepto se refiere a edad cronológica y no a edad mental. ORTS BERENGUER, Enrique en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen I. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, p. 938.

conducta menos castigada. De cualquier manera, se entendía que dicho objeto debía ser uno que fuera susceptible de sustituir de alguna forma el miembro sexual del varón.³⁷

Aunque el Código de 1995 sea el código vigente, las reformas en esta materia no paran aquí. Las diversas leyes orgánicas modificadoras del mismo han ido introduciendo nuevos aspectos y cambiando otros, como en seguida vamos a ver.

1.3.1. La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril

La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobada por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre³⁸, modificó la redacción de estos delitos.

En su exposición de motivos se establece que esta ley nació con el objetivo principal de garantizar la salvaguarda de la libertad e integridad sexual de los menores e incapaces.

La primera modificación de esta ley orgánica la sufrió la rúbrica del Título VIII, que ahora pasa a llamarse “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”. Con la incorporación de la indemnidad sexual al bien jurídico protegido por el delito, se aceptaban las críticas surgidas en torno a los menores y las personas discapacitadas.

El art. 178, regulador del tipo básico del delito de agresión sexual no se modificó prácticamente, pues tan solo se cambió el término “*culpable*” por el de “*responsable*”. Lo mismo ocurrió en el art. 181, regulador del tipo básico del delito de abuso sexual, en el que se incorporó la expresión “*indemnidad sexual*” a la redacción, por ser el nuevo bien jurídico protegido, y también se modificó el término “*culpable*” por “*responsable*”.

Por lo que se refiere al art. 179, regulador del tipo cualificado del delito de agresión sexual, se vuelve a incluir el término de “*violación*”, la cual tendrá lugar cuando haya existido acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o cuando se hayan introducido objetos por vía vaginal o anal.

Como vemos, las críticas tras la equiparación de la introducción de objetos al acceso carnal y a la penetración anal y bucal, obtuvieron sus frutos con esta ley, pues la introducción

³⁷ BOIX REIG, Javier, ORTS BERENGUER, Enrique y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *La reforma penal de 1989*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989, p. 154.

³⁸ Publicada en el BOE núm. 104, de 1 de mayo de 1999.

de objetos pasaba a ser conducta típica del delito tan solo cuando tuviera lugar vía vaginal o anal. Esta modificación fue trasladada también al art. 182, regulador del delito de abusos sexuales.

Por lo que respecta al art. 180, referente a las conductas agravantes, se introdujeron con esta ley algunas precisiones en la redacción.

Por último, la LO 11/1999 modificó el art. 183, referente a las agresiones y abusos cometidos contra menores de edad, estableciendo la edad mínima en 13 años de edad y añadiendo la pena de prisión.

1.3.2. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre

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 Penal³⁹, transformó la regulación de los delitos sexual con el objetivo de evitar interpretaciones que impidiesen penar conductas especialmente graves, según su exposición de motivos.

La principal reforma que tuvo lugar con la entrada en vigor de la LO 15/2003 fue la modificación del art. 179, regulador del delito de violación. Con esta reforma, se equiparaba a la introducción de objetos por vía anal o vaginal, la introducción de miembros corporales. Por tanto, el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal y la introducción de objetos o miembros corporales por vía vaginal o anal son las conductas típicas del tipo cualificado de agresión sexual tras esta reforma. Este añadido también se incorporó al art. 182, para los abusos sexuales y al art. 183, referente a los abusos y agresiones sexuales contra menores.

1.3.3. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio

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 Penal⁴⁰, tuvo como objetivo principal en el ámbito de los delitos sexuales, trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil⁴¹, que surgió como consecuencia del aumento considerable del número de casos.

³⁹ Publicada en el BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.

⁴⁰ Publicada en el BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

⁴¹ Publicada en el DOUE núm. 13, de 20 de enero de 2004.

Con esta ley se modificaron las penas del art. 178. Ahora el límite máximo de la pena de la agresión sexual se sitúa en cinco años. En consecuencia, también se modifican las penas del art. 180, regulador de las agravantes, que pasa ahora a castigar las agresiones sexuales cuando concurren con alguna de las agravantes con una pena de cinco a diez años (en vez de cuatro a diez).

Esta ley regula las agresiones y abusos contra menores de trece años separadamente, en los arts. 183 y 183 bis, como consecuencia de la trasposición de la disposición marco. Esta modificación no solo consiste en una reubicación de preceptos, sino que con ella también pasan a sancionarse más gravemente las conductas típicas cometidas contra menores de 13 años. Por ello, el artículo 180 sufre otra modificación más, y es que se adecua la circunstancia agravante número tres a este nuevo capítulo destinado a las violencias sexuales contra los menores.

Respecto al tipo básico del delito de abuso sexual, la nueva ley establece en el apartado segundo del art. 181 que se considera que no ha existido consentimiento cuando las víctimas estuvieran privadas de sentido, como consecuencia de un trastorno mental o de la utilización de fármacos o drogas. Antes de esta modificación, solo se apreciaba no consentimiento para los casos de personas que sufrieran algún trastorno y menores de trece años.

La LO 5/2010 también modificó el art. 182 para incorporar en él la conducta de abuso a través de engaño, que hasta ese momento se había regulado en el precepto siguiente.

Por último, también experimentó cambios el art. 192 CP, situado en el capítulo dedicado a las disposiciones comunes del Título VIII. En este sentido, se añadió al precepto un nuevo apartado 1 en el que se dispone que a la condena de prisión por estos delitos le debe seguir la medida de libertad vigilada. En el apartado segundo, que con la reforma pasó a ser el tercero como consecuencia de la inclusión del nuevo apartado primero, se contempló la posibilidad de privar de la patria potestad.

1.3.4. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁴², previó la pena de prisión permanente

⁴² Publicada en el BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

revisable para un caso muy concreto relacionado con los delitos de violencia sexual: el asesinato posterior a un delito contra la libertad sexual.

Además de esta novedad, se incluyeron modificaciones para trasponer en la regulación la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil⁴³.

En este sentido, se elevó en tres años la edad del consentimiento sexual, situándose ahora en los dieciséis años de edad. La mencionada Directiva define “*la edad del consentimiento sexual*” como “*la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor*”⁴⁴.

De esta manera, la LO 1/2015, modificó la redacción del art. 182.1, introduciendo el referido cambio de los límites de edad y, además, penando tanto la intervención de engaño como el abuso de una posición de confianza, autoridad o influencia. De igual manera, modificó también el art. 183 respecto a los límites de edad.

También se introdujeron cambios en los arts. 183 bis, ter y quater. Así, con la LO 1/2015 quedaban tipificadas las conductas consistentes en obligar a menores de 16 años a observar o participar en conductas sexuales, penando más gravosamente si la conducta que se presencia es un abuso sexual. Igualmente, modificó los límites de edad para el delito *child grooming*, tipificó la conducta consistente en obligar a un menor a enviar telemáticamente imágenes pornográficas y añadió la posibilidad de que el consentimiento de un menor de dieciséis años excluya la responsabilidad penal en estos delitos si existe entre el autor y la “víctima” proximidad en edad y madurez.

Por último, fueron modificadas las disposiciones comunes incluidas en los arts. 191 y 192 CP. Así, en el art. 191.1 y en el art. 192.2 se modifica el término “*incapaz*” por “*persona con discapacidad necesitada de especial protección*” y en el art. 192.3, se incluye la posibilidad de imponer una pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio y una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio.

⁴³ Publicada en el DOUE núm. 335, de 17 de diciembre de 2011.

⁴⁴ *Vid.* artículo 2.

1.3.5. La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia⁴⁵, de reciente aprobación, ha introducido modificaciones en los arts. 180.1, 183.4, 183 quater y 192.3 CP a través de su disposición final sexta, con un doble objetivo: la adecuación del Código Penal a la realidad existente en el momento actual y la limitación del consentimiento libre de los menores de dieciséis años.

Como la publicación de esta Ley Orgánica ha tenido lugar cuando este trabajo ya se encontraba en un estado avanzado, le dedicaré un capítulo exclusivo para su análisis al final del mismo, con la finalidad de poder contemplar con más detalle los objetivos y las modificaciones concretas que han tenido lugar.

⁴⁵ Publicada en el BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021.

2. ANÁLISIS DEL VIGENTE TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL

Antes de partir con el estudio de los preceptos que nuestro Código Penal dedica al tratamiento de la violencia sexual, cabe preguntarse qué es exactamente la violencia sexual y qué comportamientos se encuentran englobados por este concepto.

En este sentido, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido la violencia sexual como “*todo acto sexual, la tentativa de consumir un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo.*” Establece la institución que por coacción puede entenderse la utilización de fuerza, extorsión, amenazas, o el aprovechamiento de su estado físico (ej.: persona ebria, bajo los efectos de alguna sustancia, dormida o incapacitada).⁴⁶

Podemos contemplar que la definición que proporciona la OMS es de contenido muy amplio, pues engloba dentro del concepto de violencia sexual prácticamente todas las conductas que nuestro código penal tipifica en su Título VIII, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*” de su Libro II, “*Delitos y sus penas*”.

El mencionado título recoge un total de siete capítulos, en los cuales se regulan los siguientes comportamientos de índole sexual: agresiones sexuales (capítulo primero), abusos sexuales (capítulo segundo), abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años (capítulo segundo bis), acoso sexual (capítulo tercero), exhibicionismo y provocación sexual (capítulo cuarto) y prostitución y explotación sexual y corrupción de menores (capítulo quinto). El último de los capítulos, el capítulo sexto, está dedicado a las disposiciones comunes de estos delitos.

Por motivos de extensión y de coherencia con el objetivo principal de este trabajo, como ya me refería a ello en la introducción del trabajo, voy a dejar fuera del análisis los delitos contenidos en los capítulos tercero, cuarto y quinto, para así poderme centrar en el delito que sin duda comporta una mayor brutalidad: la agresión sexual, y en la comparación

⁴⁶ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Violencia sexual. Comprender y abordar la violencia contra las mujeres*. Washington, D.C: OPS, 2013.

del mismo con el delito de abuso sexual en el que, recordemos, no existe ni violencia ni intimidación, siendo este el objeto de debate de los últimos años que más tarde estudiaremos.

Es por esto que, como también ya adelantaba, vamos a tener en cuenta definiciones que limitan algo más el concepto de violencia sexual, tales como la proporcionada por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) o por el Estudio Multipaís de la OMS. Por un lado, UNICEF definió la violencia sexual como aquella “*acción de someter a una persona a la voluntad de un agresor, aprovechándose de la impotencia y desvalimiento de las víctimas, con la intención de dañarla, causarle dolor y sufrimientos (físicos o mentales), despersonalizarla y dominarla sometiéndola a actos sexuales sin su autorización ni consentimiento.*”⁴⁷ Por otro lado, el Estudio Multipaís de la OMS la definió como aquellos “*actos en los cuales una mujer fue forzada físicamente a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad; tuvo relaciones sexuales contra su voluntad por temor a lo que pudiera hacer su pareja; o fue obligada a realizar un acto sexual que consideraba degradante o humillante.*”⁴⁸

También nos sirve para el estudio otra de las definiciones proporcionadas por la OMS, publicada el 8 de marzo de 2021 en su página web: “*la violencia sexual es cualquier acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual u otro acto dirigido contra la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de su relación con la víctima, en cualquier ámbito. Comprende la violación, que se define como la penetración, mediante coerción física o de otra índole, de la vagina o el ano con el pene, otra parte del cuerpo o un objeto, el intento de violación, los tocamientos sexuales no deseados y otras formas de violencia sexual sin contacto.*”⁴⁹

No podemos iniciar al análisis de las figuras delictivas sin antes referirnos a una cuestión fundamental de los delitos de violencia sexual: su mayor incidencia en mujeres y

⁴⁷ UNICEF. *Un análisis de los datos del programa “Las Víctimas contra las Violencias” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación*. Argentina: UNICEF, 2019.

⁴⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer Primeros resultados sobre prevalencia, eventos relativos a la salud y respuestas de las mujeres a dicha violencia*. Ginebra: OMS, 2005.

⁴⁹Who.int. 2021. *Violencia contra la mujer*. [en línea] disponible en: <<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>> [Consulta: 30 mar. 2021].

niños que en hombres. Los datos que se deducen del Informe de 2019 sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual elaborado por el Ministerio de Interior son claros:

- Más del 85% de las víctimas de estos delitos son mujeres y el 97% de los responsables, hombres.

- El 78% de los delitos de violencia sexual que se cometen son agresiones y abusos sexuales.

- El 46% de las víctimas de estos delitos tienen una edad comprendida entre los 0 a 17 años.⁵⁰

Son datos preocupantes que se han mantenido en cifras similares a lo largo de los años, por lo que son varios los instrumentos internacionales que se preocupan por ello e intentan paliarlos. Por ejemplo, en lo referente a las mujeres, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993)⁵¹ reconoció la necesidad de lograr una aplicación universal a la mujer de los derechos de igualdad, seguridad, libertad, integridad y dignidad, de los cuales deben gozar todos los ciudadanos. Igualmente, reconoció que la violencia contra la mujer es un obstáculo para la paz y que constituye la manifestación más clara de las relaciones de poder desiguales que históricamente se han dado entre hombres y mujeres. Por lo que a niños y menores de edad se refieren, se han aprobado instrumentos tales como el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000)⁵² o el Convenio del Consejo de Europa para Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso sexual (2007)⁵³, que tienen como objetivo principal proteger los derechos de los niños eliminando este tipo de delitos.

⁵⁰ Elaboración propia a través del Informe de 2019 sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual del Ministerio de Interior.

⁵¹ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución núm. 48/104, del 20 de diciembre de 1993.

⁵² Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución núm. 54/263, del 25 de mayo de 2000. Entró en vigor el 18 de enero de 2002. Ratificado por España mediante instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 27, de 31 de enero de 2002.

⁵³ Firmado el 25 de octubre de 2007 en Lanzarote (España), por todos los estados miembros del Consejo de Europa y en vigor desde el 1 de julio de 2010.

2.1. El bien jurídico protegido

Situar cuál es el bien o bienes jurídicos protegidos por el Título VIII del Libro II del Código Penal debe ser el punto de partida de nuestro análisis.

Esta cuestión, de hecho, ha sido materia de controversia a lo largo de todo el proceso de regulación, como ya hemos visto. Han sido varias las consideraciones que sobre el bien jurídico protegido por estos delitos se ha realizado, pasando de ser la honestidad (hasta 1989), a la moralidad sexual y, en el momento actual, a la libertad e indemnidad sexuales.

La libertad sexual es la parte de libertad que se refiere a la sexualidad y disposición del cuerpo. Es una parte de la libertad que tiene la autonomía suficiente como para ser considerada el bien jurídico protegido de estos delitos, pues no basta con una protección genérica de la libertad. Para ORTS BERENGUER la libertad sexual se define como la facultad o capacidad de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad, es decir, en el ámbito de la actividad relacionada con el impulso venéreo y su excitación y satisfacción. Considera que, consecuentemente, el contenido de la reiterada libertad sexual estaría integrado por la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento, por la de utilizar y servirse del propio cuerpo sin más limitaciones que las derivadas del obligado respeto a la libertad ajena; así como por la de escoger compañero, con su consentimiento, por supuesto, y de rechazar proposiciones no deseadas y, con más motivo, la de repeler eventuales ataques⁵⁴. En el mismo sentido, DIEZ RIPOLLÉS argumenta que en la libertad sexual hay dos aspectos: positivo y negativo. El aspecto positivo implicaría la libre disposición de la persona de sus propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social. Y, el aspecto negativo implicaría que la libertad se contemplase en un sentido defensivo y remitiese al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual.⁵⁵

⁵⁴ ORTS BERENGUER, Enrique en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen I. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, p. 905.

⁵⁵ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *Los delitos de agresiones sexuales violentas. Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 35.

Sin embargo, cuando hablamos de víctimas menores o discapacitadas no podemos hablar de libertad sexual como bien jurídico protegido, pues estas personas no disponen de la capacidad para decidir acerca de su autonomía sexual. Lo que se protege en estos casos no es la libertad sexual, sino su libertad futura para poder decidir su comportamiento sexual y para que no sean utilizados como objetos sexuales. Aunque también han existido discusiones doctrinales sobre este punto pues, mientras que autores como MUÑOZ CONDE han defendido la idea de que los menores e incapaces no gozan de libertad sexual⁵⁶, autores como BOIX REIG, ORTS BERENGUER, SUÁREZ-MIRA o DIEZ RIPOLLÉS han defendido lo contrario⁵⁷, hoy por hoy cabe decir que, en los delitos cometidos contra estas particulares víctimas, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, también entendida como un bien jurídico autónomo. Esto es así porque se debe perseguir tanto la prohibición de la violencia e intimidación con el fin de llevar a cabo conductas sexuales sobre estas personas, como el ejercicio de su sexualidad en general, aunque sí exista consentimiento, pues esta conducta es igualmente punible.

Una última aportación a la cuestión del bien jurídico es que tanto la libertad como la indemnidad sexual deben ser interpretadas en un contexto de “moral sexual”, entendida esta como aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas⁵⁸. Ahora bien, no podemos entender que la moral sexual sea otro bien jurídico protegido por el título del código que nos ocupa, ya que eso supondría volver a una regulación arcaica.

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 204.

⁵⁷ ORTS BERENGUER, Enrique y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 19. BOIX REIG, Javier, COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, ORTS BERENGUER, Enrique y CARBONELL, Juan Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1990, p. 674. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y ROMEO CASABONA, Carlos María. *Comentarios al Código Penal español. Parte especial II (Títulos VII-XII y faltas correspondientes)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p 235-236.

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 205.

2.2. La agresión sexual como delito de violencia sexual por excelencia

El delito de agresión sexual se encuentra recogido en el primer capítulo del Título VIII, del Libro II, del Código Penal. Se trata de un capítulo constituido por tres artículos, los cuales van a estructurar nuestro análisis: el art. 178 CP regula el tipo básico de la agresión sexual; el art. 179 CP, el tipo cualificado, comúnmente conocido como violación; y el art. 180 CP contiene otras circunstancias agravantes específicas.

2.2.1. El tipo básico

El art. 178 del Código Penal, regulador del tipo básico del delito de agresión sexual, establece expresamente: *“el que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”*.

De esta redacción podemos observar cuáles son los elementos comunes y diferenciadores del delito de agresión y abuso sexual. En este sentido, son elementos comunes a ambos tipos la falta de consentimiento, la conducta grave y el contacto corporal, y son elementos diferenciadores la utilización de violencia e intimidación.

Los sujetos del tipo básico de agresión sexual (tanto activos como pasivos) pueden ser cualquier persona (hombre o mujer), ahora bien, la víctima tendrá que ser mayor de 16 años pues, en caso contrario, el tipo aplicable será el recogido por el art. 183 CP. En referencia al sujeto pasivo, debemos recordar en este punto la problemática que surgió en torno a la consideración o no de mujeres deshonestas⁵⁹ o cónyuges o personas con las que

⁵⁹ En este sentido, en la *STS (Sala Segunda) de 14 de diciembre de 1994* (Roj: 8190/1994, núm. recurso: 377/1994), se condenó al que forzó violentamente a una prostituta a realizarle una felación, estableciendo el Tribunal que: *“a pesar de un acuerdo más o menos indeterminado, es indudable que la víctima mantenía el derecho a poner límites a sus prestaciones, dado que -resulta redundante decirlo- en el acuerdo no enajenaba su condición de persona y, por ello, el autor no podía tratarla como un objeto. En segundo lugar, porque, suponiendo que hubiera existido un consentimiento inicial de ejecutar ciertas acciones sexuales, el recurrente no tenía derecho a una ejecución forzada y violenta del acuerdo al que había llegado con la víctima. Un acuerdo de voluntades que no puede ser ejecutado coactivamente mediante los Tribunales por ser contrario a la moral (art. 1275 CC), tampoco puede autorizar a una ejecución fáctica de propia mano.”*

se convive⁶⁰ como sujetos pasivos del delito. Como no puede ser de otra forma, hoy cónyuges y personas prostituidas pueden considerarse también víctimas de estos delitos. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los supuestos en los que el sujeto pasivo es un cadáver, pues este no tiene condición de persona como tal; no obstante, en palabras de ORTS BERENGUER, sí podría existir agresión sexual en el forzar a alguien a mantener un contacto sexual con un cadáver.⁶¹

Uno de los aspectos problemáticos de este delito consiste en la delimitación del concepto de “atentado contra la libertad sexual”. El consenso doctrinal parece situarse en la necesaria existencia de contacto corporal, dejando así fuera del tipo actos que consistan en persuadir a la víctima para que participe en conductas sexuales, actos de exhibicionismo o conductas relacionadas con el fetichismo o el voyerismo. En este sentido, podemos destacar el *Auto del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2004* el cual desestimaba el recurso de casación formulado por el condenado, quien según hechos probados “*abordó a Julia cuando ésta se disponía a entrar en el portal de su casa, sacando una navaja que "puso en el cuello de Julia", diciéndole que se callara, e introduciéndose, a continuación, en el portal, donde el recurrente le quitó a Julia las ropas de la parte superior del cuerpo para tocarle acto seguido los pechos y posteriormente, tras bajarle los pantalones, tocarle y lamerle los genitales, llegando a introducir los dedos en la vagina.*”⁶²

⁶⁰ La Jurisprudencia del TS también es clara en este aspecto. Así, en la *STS 584/1997 (Sala Segunda), de 29 de abril de 1997* (núm. recurso: 2175/1996), el tribunal, refiriéndose a anterior jurisprudencia, resolvía lo siguiente para el supuesto en el que un hombre agredió sexual y violentamente a su cónyuge: “*Ni la norma legal excluye al cónyuge como sujeto pasivo al tipificar el delito de violación ni existen supuestos "derechos" a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona. Es por ello por lo que esta Sala ha declarado reiteradamente que comete violación y no está amparado por causa alguna de justificación quien, usando fuerza o intimidación, tuviese acceso carnal con su cónyuge (Sentencias de 7 de noviembre de 1989, 9 de marzo de 1989, 14 de febrero de 1990, 24 de abril y 21 de septiembre de 1992, 23 de febrero de 1993, 27 de septiembre de 1995 y 8 de febrero de 1.996, entre otras). Este tipo de conductas constituye, sin duda alguna, un grave atentado al bien jurídico protegido por el tipo, que es la libertad sexual, libertad que no se anula por la relación conyugal, por lo que no existe justificación alguna para violentar por la fuerza o mediante intimidación la voluntad contraria del cónyuge.*”

⁶¹ ORTS BERENGUER, Enrique en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, p. 908.

⁶² ATS 1094/2004 (Sala Segunda), de 1 de julio de 2004 (núm. recurso: 262/2004).

Ahora bien, resulta innegable la existencia de supuestos en los que se atenta contra la libertad sexual de una persona sin necesidad de contacto físico con la misma. Un ejemplo de ello lo podemos observar a través del *Auto del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2004*, en el que “*se declara como probado que sobre las 4'30 horas cuando María Luisa caminaba sola por una calle, el acusado, la abordó esgrimiendo un cuchillo y la amenazó con el mismo, obligándola a subir al vehículo, una vez dentro, lo puso en marcha, sin soltar el cuchillo que cambiaba de una mano a otra emprendió la marcha, dirigiéndose a un camino de tierra, María Luisa le preguntó si quería dinero, a lo que él contestó que "lo que quería era follarse", diciéndole ella que no lo hiciera, manifestando él que "entonces se masturbaría". Llegado al lugar, el acusado detuvo el vehículo, encendió la luz interior y la obligó a bajarse los pantalones y bragas, no soltando el cuchillo, y echando para atrás el asiento delantero que ocupaba ella, la obligó a darse la vuelta, accediendo ella por miedo ante la intimidación de que era objeto, seguidamente procedió a besarla y manosearla por todo el cuerpo, tocando con el pene la vagina, masturbándose y eyaculando encima de ella”*⁶³. La existencia de supuestos como este hace pensar que la exigencia de contacto corporal debe entenderse cumplida cuando el contacto se haya ejercido tanto sobre la víctima, como sobre el propio autor a sí mismo o incluso sobre un tercero.

Recientemente, el TS ha señalado que la distancia física entre victimario y víctima no desnaturaliza los requisitos de la agresión sexual puesto que mediante intimidación se atenta contra la libertad sexual de la víctima en un escenario, el de las redes sociales, con mayor impacto nocivo y duradero. Para el TS, la obtención de imágenes de contenido pornográfico de una menor tocándose su propio cuerpo, grabadas por ella misma, a consecuencia de la intimidación “*on line*” ejercida por el autor, quien amenazó con la divulgación en redes sociales de imágenes de contenido sexual de la menor obtenidas previamente por engaño, constituye un delito de agresión sexual. Este delito no exige que el agresor realice los actos directa y físicamente sobre la víctima. El TS señala que el hecho de que fuera la propia niña, bajo intimidación, quien realizara los tocamientos con contenido sexual explícito sobre sus partes íntimas no afecta a la idoneidad de la acción para lesionar el bien jurídico protegido: la libertad de autodeterminación personal proyectada sobre el derecho de toda persona a decidir cuándo, cómo, con quién y a quién mostrar su cuerpo o manifestar su sexualidad o sus deseos sexuales. Lo que el tipo del artículo 178 CP prohíbe es que mediante violencia o

⁶³ ATS 934/2004 (Sala Segunda), de 17 de junio de 2004 (núm. recurso: 111/2004).

intimidación se atente contra la libertad sexual de la víctima, lo que incluye, por tanto, en su contorno descriptivo la agresión a distancia, también la *on line*.⁶⁴

Otro concepto de difícil delimitación ha sido el concepto de conducta “*sexual*”. Para autores como MUÑOZ CONDE, la conducta será sexual cuando en ella hayan intervenido los órganos genitales⁶⁵. No obstante, existe un sector doctrinal que considera que es suficiente con que la conducta llevada a cabo haya tenido un ánimo lúbrico o lascivo. En este sentido, la conducta basada en un beso ha sido considerada en ocasiones como agresión sexual por el Tribunal Supremo, cuando el mismo hubiere aparecido revestido con una fuerte carga erótica y no así en besos instantáneos o fugaces.⁶⁶ De manera similar ocurre con los tocamientos sobre la ropa, estableciendo el Tribunal Supremo que es indiferente si los mismos han tenido lugar debajo o encima de la misma⁶⁷ y que estos no se encontrarán en el

⁶⁴ STS 447/2021 (Sala Segunda), de 26 de mayo (núm. recurso 3097/2019).

⁶⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 207.

⁶⁶ De esta manera, el Tribunal Supremo estableció en su *STS (Sala Segunda) de 16 de julio de 1993* (Roj: 9394/1993) que: “*Los hechos examinados se encuentran quizá en el borde marcado entre el delito y la antigua falta de ofensa leve a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública, pero no debe desconocerse que ha existido un acoso sexual persistente y continuado que tiene una expresión en aspectos tan concretos como el tocamiento corporal en una zona erógena como los muslos y que tienen como añadido el contacto entre los labios en clara expresión de sus propósitos de satisfacer su instinto sexual forzando a la víctima a plegarse a sus designios sujetándola mientras realizaba estos actos. Sin perjuicio de la pena impuesta en el caso presente, lo que sí debemos confirmar es la calificación jurídica realizada por la Sala sentenciadora que debe ser conformada con la consiguiente desestimación del motivo.*” En el mismo sentido, en la *STS 449/2000 (Sala Segunda)*, de 4 de septiembre de 2000 (núm. recurso: 1908/1998) se dispuso que: “*Aplicando la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, el motivo debe desestimarse, puesto que concurrieron en los hechos los elementos caracterizadores de la agresión sexual, puesto que hubo una acción lasciva, consistente en el beso lingual dado por Marcos a la menor Mariana, movido por una indudable intención libidinosa, exteriorizada en las palabras del acusado, al decirle a la niña que iba a darle un beso de amor, y medió violencia, en la sujeción de la menor por el cuello y hombro, y en el beso dado seguidamente con introducción de la lengua en la boca de la niña, lo que determinó un rechazo físico de Mariana, y le provocó llanto y vómitos.*”

⁶⁷ Así se estableció en la *STS (Sala Segunda) de 18 de enero de 1982* (Roj: 1196/1982): “*(...) siendo indiferente, pese a la sentencia de este Tribunal de 3 de octubre de 1917, tan frecuentemente invocada*

tipo de la agresión sexual cuando se hayan producido fugazmente o subrepticamente⁶⁸ (ej.: en el metro, autobuses o conciertos musicales, los cuales se castigarían en su caso como delitos contra la integridad moral). En relación con esto, GARCÍA RIVAS y TARANCÓN GÓMEZ, creen que una excesiva subjetivización de los conceptos favorece a la indeterminación más absoluta y, por ello, consideran más conveniente reducir el radio de acción del precepto y dejar fuera ese tipo de hechos, teniéndose presente la existencia de la figura de la vejación injusta, la cual es aplicable cuando existe una relación de afectividad permitiendo dar cobertura a la tutela de conductas que acrediten una lesividad menor.⁶⁹

Como adelantábamos, la utilización de violencia o intimidación es el elemento clave del delito que ahora analizamos.

Por lo que se refiere a la violencia, podemos determinar que esta existe cuando se aplica *vis absoluta* o cuando esta se utiliza a modo de amenaza⁷⁰. En relación con la misma, cobra mucha importancia la cuestión de la resistencia de la víctima, sobre la cual surgen varias teorías. Y es que, mientras que algunas teorías afirman que basta con la oposición verbal del sujeto pasivo, otras defienden que es necesario que se lleve a cabo por la víctima un acto

por las defensas, que los tocamientos se efectúen por encima o por debajo de la ropa de la víctima con tal de que, tales acciones, se perpetren con ánimo lúbrico o concupiscente.”

⁶⁸ El Tribunal Supremo en la STS 1241/1997 (Sala Segunda), de 17 de octubre de 1997 (núm. recurso: 275/1997) estableció: “Para que una agresión sexual pueda ser derivada hacia el capítulo de las faltas en su modalidad de vejación injusta de carácter leve, es necesario que se den una serie de circunstancias que estimamos que no concurren en el caso presente. En primer lugar, nos tenemos que encontrar ante un ataque de carácter verbal o material en el que el sujeto activo se limita a invadir de modo superficial o leve la intimidad corporal o el patrimonio moral de una persona con actos que revelan un simple propósito de ofender o vejar levemente y sin que sean sugerentes de propósitos más incisivos sobre la libertad sexual de la persona. Los leves tocamientos externos a través de la ropa con carácter fugaz o casi subrepticio podrían incardinarse en la conducta que se describe en el título de las faltas, pero cuando existen datos de hecho de carácter complementario, que exteriorizan un propósito más firme y agresivo, debemos considerar si se ha traspasado la barrera que delimita el campo entre los delitos y faltas para colocarse de lleno en el terreno de los primeros.”

⁶⁹ GARCÍA RIVAS, Nicolás y TARANCÓN GÓMEZ, Pilar en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial (I). Delitos contra las personas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 1124.

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 208.

cuasi heroico. No obstante, la doctrina mayoritaria establece que la resistencia tendrá que ser idónea para impedir la conducta penada, pero sin necesidad de que el sujeto pasivo se sacrifique heroicamente o de forma desmedida. MUÑOZ CONDE considera además que no se requiere que la resistencia sea continuada, pues la víctima podría tolerar la agresión con la finalidad de evitar un mal mayor.⁷¹

Por lo que se refiere a la intimidación, la misma debe ser entendida como la amenaza encaminada a realizar la conducta sexual. En todo caso tendrá que tratarse de una amenaza que comporte cierta gravedad, intensidad e inmediatez, aunque no es necesario que se realice de forma expresa (pero ciertamente esto generaría problemas al momento de la determinación del tipo aplicable). La intimidación podrá ejercerse tanto sobre la propia víctima, como sobre una tercera persona e, incluso, sobre el propio agresor (conducta conocida como *agresión sexual intimidatoria*). Para imaginar este supuesto, es muy descriptiva la *Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1999*, en la cual se condenaba como reo de agresión sexual al padre que amenazó a su hija con quitarse la vida si esta no accedía a mantener relaciones sexuales con él. A juicio del Tribunal Supremo, “*la amenaza tuvo los requisitos de seriedad e inmediatez exigibles, y que el perjuicio para la menor se encontraba en cargar sobre su conciencia con la muerte del padre, situación que sin duda supone un ataque no en plano físico, pero sí claramente en el plano moral para la menor con evidente perjuicio para su salud mental e integridad moral, conceptos ambos que pueden constituir el ataque con el que se intimidaba, que por ello no debe reducirse el anuncio de un mal en el aspecto físico corporal -STS de 16 de Mayo de 1995-. Esta tesis de que el anuncio de un mal a la indemnidad de la persona, que es la esencia de la intimidación, puede afectar al cuerpo o al espíritu, de igual suerte que el concepto de salud lo es tanto de la física como de la psíquica resulta indiscutible si se tiene en cuenta que la protección que dispensa el Código Penal a la indemnidad de la persona lo es tanto en relación a los ataques a su integridad física como a los ataques a su integridad moral y salud psíquica, como reconoce el Código Penal en los artículos 147 -de las lesiones-, art. 169 -de las amenazas- y el propio Título VII del Código Penal que lleva la significativa rúbrica de las torturas y otros delitos contra la integridad moral.*”⁷²

⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 208.

⁷² STS 1396/1999 (Sala Segunda), de 1 de octubre de 1999 (núm. recurso: 1615/1998).

Una última aclaración que debe hacerse sobre los medios típicos es que el juez tendrá que valorar en todo caso las circunstancias personales de la víctima, pues la reacción de las personas ante tales conductas variará en función de las mismas.

El tipo básico del delito de agresión sexual solo requiere ese ánimo lascivo del sujeto del que antes hablábamos. Lo que en la práctica más problemas suele generar es, en los casos que no ha existido penetración, determinar si la voluntad del autor era la del acceso carnal, para aplicar la tentativa de violación, o “simplemente” la de ejercer tocamientos sobre la víctima. En palabras de MONGE FERNÁNDEZ, lo decisivo es la finalidad de involucrar a una persona en un contexto sexual en contra de su voluntad, con independencia de cuál sea el ánimo, la tendencia o la finalidad específica perseguida por el autor.⁷³

2.2.2. El tipo cualificado: la violación

El tipo cualificado del delito de agresión sexual se encuentra regulado en el art. 179 CP, el cual establece expresamente: “*cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años*”. Hablamos de delito de violación pues, recordemos que con la reforma realizada por la Ley Orgánica 11/1990, de 30 de abril, se reintrodujo este término.

El elemento característico de la violación es el acceso carnal, concepto que no ha sido interpretado siempre de la misma manera. Tradicionalmente, se entendía por acceso carnal la penetración del órgano genital de un hombre en la vagina, ano o boca de otra persona. Sin embargo, tras la referida reforma, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria defienden que la conducta va más allá, debiéndose entender también comprendidas las prácticas fricativas o *coniunctio membrorum* entre genitales.

Esta consideración tiene importancia en el ámbito del sujeto activo del delito de violación. Mientras que, en la modalidad de violación a través de introducción de objetos, podrán serlo tanto hombres como mujeres, la situación es distinta para el caso del acceso carnal.

⁷³ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *Los delitos de agresiones sexuales violentas. Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 116.

En la modalidad de violación por acceso carnal podrá ser sujeto pasivo tanto una persona del sexo femenino como una persona del sexo masculino. No obstante, sujeto activo solo podrá ser el hombre por una sencilla razón: dentro de este tipo solo cabe tener en cuenta situaciones verdaderamente severas y parece que la práctica fricativa entre mujeres o el hecho de que una mujer (o un hombre) se hagan penetrar, no tienen tal consideración. Consecuentemente, las mujeres no pueden ser sujetos activos de la violación.

En atención a las vías por las cuales puede darse el acceso carnal, podemos concluir del art. 179 CP que estas son tres: vía vaginal, anal y bucal.

Por lo que a la vía vaginal se refiere, la penetración tendrá que producirse superando el umbral de los labios mayores de la mujer. Así se pudo reflejar en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1992*, la cual señaló que “*la consumación se entiende producida tan pronto se consigue el ajuntamiento carnal o conjunción de órganos genitales» (...)* "coniunctio membrorum" siempre que conlleve la penetración del pene, más o menos perfecta en la cavidad genital femenina”. Esta sentencia aclara, además, que no se precisa para la consumación ni siquiera la rotura más o menos completa del himen, con desfloración de la mujer⁷⁴.

Recientemente el TS ha determinado los parámetros interpretativos del concepto de penetración en el delito de violación, entendiendo que el contacto externo es un acceso suficiente para entender que se irrumpe en la zona sexual de la mujer, por leve que se el contacto o acceso.⁷⁵

Por lo que se refiere a la vía anal, se considera necesaria la penetración del recto para la aplicación del tipo cualificado, no siendo suficiente con el mero roce.

En cuanto a la penetración por vía bucal, esta fue definida por la *Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2002* como la introducción del pene en los labios sin traspasar la línea de los dientes⁷⁶. Como ya veíamos en el primer capítulo de este trabajo, el acceso carnal por vía bucal fue la conducta que más debate generó en la doctrina. De hecho, aún sigue generando debate el tema del *cunnilingus*, pues parece que este solo podría llegar a considerarse como penetración cuando haya tenido lugar en el seno de una relación

⁷⁴ Roj: STS 7026/1992 (Sala Segunda), de 22 de septiembre de 1992 (núm. recurso: 422/1991).

⁷⁵ STS 454/2021 (Sala Segunda), de 27 de mayo de 2021 (núm. recurso 10238/2019).

⁷⁶ STS 834/2002 (Sala Segunda), de 13 de mayo de 2002 (núm. recurso: 1376/2000).

heterosexual (entendiéndose que la lengua es un sustituto del pene). Por ende, el hecho de que el *cunnilingus* desarrollado en una relación lésbica no deba entenderse dentro del tipo refleja un tratamiento desigual de la sexualidad femenina frente a la masculina⁷⁷. En mi opinión, debe pensarse del mismo modo que una *felación*.

En relación a la introducción de objetos o miembros corporales, debemos precisar, en primer lugar, qué sí y qué no debemos considerar como objeto en este sentido. CARMONA SALGADO estableció que este concepto de objeto responde a “*todo elemento material que el sujeto activo identifique o considere sustitutivo del órgano genital masculino y que utilice para satisfacer sus deseos sexuales -con independencia de la contundencia del mismo-*”⁷⁸ y GONZÁLEZ-CUÉLLAR matizó que estos serán “*cosas inanes tales como botellas, bastones, palos, etc. y nunca puede calificarse como tal a partes del cuerpo humano.*”⁷⁹

La duda que más se ha suscitado en los últimos años tiene que ver con la consideración o no de los dedos o la lengua como “*miembros corporales.*” Cabe establecer que no pueden considerarse así, pues como la *Sentencia del Tribunal Supremo 23 de marzo de 1999*, entre otras, ha establecido: “*los tipos penales deben necesariamente ser interpretados en forma taxativa o estricta (arts. 1.1 y 4.1 CP), no pudiendo extenderse la expresión «objetos», que lingüísticamente equivale a cosas inanimadas o inanes, hasta incluir en ellas aquellas partes del cuerpo, como los dedos o la lengua, que en el lenguaje usual nunca son denominados objetos, pues ello equivaldría a aplicar una circunstancia agravatoria o un supuesto distinto del expresamente previsto en la ley penal que la establece... En definitiva, por «objetos» a estos efectos agravatorios de los delitos de agresión y abuso sexuales, ha de entenderse aquellos elementos materiales, inanimados o inanes -excluyendo por tanto, los órganos o partes del cuerpo humano- cuya utilización conlleve una inequívoca connotación sexual.*”⁸⁰

⁷⁷ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *Los delitos de agresiones sexuales violentas. Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 185.

⁷⁸ CARMONA SALGADO, Concepción. *Compendio de Derecho Penal Español, Parte Especial I*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1996, p. 190.

⁷⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, Antonio. *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*. España: Ed. Constitución y Leyes, 1997, p. 2184.

⁸⁰ STS 430/1999 (Sala Segunda), de 23 de marzo de 1999 (núm. recurso: 907/1998).

Quiero aquí recordar que la introducción de objetos o miembros corporales solo será conducta típica cuando esta haya tenido lugar a través de la vía vaginal o anal pues, como ya tuvimos oportunidad de ver, la introducción de objetos o miembros corporales por vía bucal debe ser tenida en cuenta como una conducta sexual de menor gravedad que las penas por este tipo.

Antes de pasar al estudio de las circunstancias agravantes del art. 180 CP, es importante referirnos, aunque sea brevemente, a otras cuestiones generales de los delitos como pueden ser la consumación, la autoría y participación y los problemas concursales del delito de agresión sexual (tanto de su tipo básico como del cualificado).

En relación con la consumación de este delito, es necesario que se realice el contacto corporal, apreciándose una tentativa en el caso contrario. En este sentido, la doctrina jurisprudencial estableció que este delito se entiende consumado cuando el autor lleva a cabo el atentado contra la libertad sexual, con violencia o intimidación, aunque no consiga una satisfacción erótica. No obstante, y aunque en la actualidad no ocurra así, parte de la doctrina jurisprudencial llegó a negar que estos tipos puedan tener lugar en grado de tentativa.⁸¹

En relación con la autoría y participación, aunque en la tradición histórica el delito de agresión sexual se ha concebido como un *delito de propia mano*, hoy podemos entender que en la agresión sexual cabe la inducción, la cooperación necesaria, la complicidad, la autoría mediata (supuestos en los que se obliga a otro con violencia o intimidación a realizar la conducta sexual) y la coautoría (supuestos en los que la conducta se realiza por varios sujetos, como ahora tendremos la oportunidad de ver).

Por último, en relación con los concursos, el delito de agresión sexual suele coincidir con otros de su mismo título, generalmente el abuso sexual y el acoso sexual. Así, en los casos en los que el atentado contra la libertad sexual comience en forma de acoso o abuso sexual, pero desemboquen en una agresión sexual, el juez aplicará un concurso de delitos o leyes. No obstante, no es menos frecuente que la agresión sexual aparezca en conjunto con un delito de detención ilegal, de lesiones, o de homicidio.

⁸¹ SSTs de 30 de enero de 1968 y 22 de febrero de 1973.

Para el caso de las detenciones ilegales, se aplican dos soluciones diferentes: si la privación de libertad ha sido el medio de comisión del delito, habrá subsunción entre ambos tipos, pero si la privación de libertad hubiera sido excesiva, se aplicará un concurso real.

Para el caso de lesiones, estas podrán ser absorbidas y aplicarse un concurso aparente de normas cuando no hubieran sido excesivas. En caso contrario, ambos delitos (lesiones y agresión sexual) se castigarán separadamente.

Y, para el caso de que una agresión sexual concluya en homicidio (como, por ejemplo, en el *caso Diana Quer*), se aplicará un concurso de delitos, que podrá ser real o ideal según las circunstancias.

2.2.3. Circunstancias agravantes

El art. 180 CP concluye el Capítulo I del Título VIII recogiendo una serie de circunstancias agravantes de la agresión sexual, aplicables tanto para su tipo básico, como para el tipo cualificado o violación.

Se trata de uno de los preceptos que han sido modificados a través de la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, concretamente, las circunstancias 3^a y 4^a del apartado primero. Por ello, en este apartado se analiza la redacción inmediatamente anterior, es decir, la dada por la LO 5/2010, con el objetivo de poder reflejar aquí la redacción vigente desde el 23 de junio de 2010 hasta el pasado día 5 de junio de 2021 y analizar en un capítulo posterior los últimos cambios. Expresamente, el precepto disponía lo siguiente:

“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:

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

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

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

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

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

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

Deteniéndonos un poco en cada una de estas agravantes, cabe establecer, en referencia a la circunstancia primera, que el trato degradante o vejatorio no se aprecia por la intensidad de la violencia o intimidación empleada, sino por el carácter humillante de la misma (por ejemplo, son conductas vejatorias desnudar a la víctima, quemarla con un cigarro, orinarle encima, etc.) Cuando se aprecia esta circunstancia no va a entrar en concurso con el delito contra la integridad moral, pues el trato degradante o vejatorio es la “esencia” de este delito.

La segunda agravante, referida a las actuaciones en grupo, cabe apreciarse, aunque la violencia o intimidación haya sido ejercida por una persona y la conducta sexual se haya realizado por otra. En un supuesto como estos, la agravante se aplica en todos los intervinientes del delito, pues el precepto no se refiere a que todos ellos tengan que desarrollar la conducta sexual. Así se refleja en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009*, en la que se estableció que es indiferente que los intervinientes realicen todos y cada uno de los elementos típicos de la agresión, bastando que al menos ejerciten algunos de los actos periféricos del tipo⁸². También cabe mencionar que, cuando esta circunstancia sea aplicada, no se aplicará el abuso de superioridad con carácter general, con el fin de evitar un *bis in ídem*.

La circunstancia tercera se basa en la clara indefensión de la víctima, causada esta por la edad o por una enfermedad (ya sea permanente o momentánea). No obstante, no se va a aplicar en el caso de una víctima menor de edad, pues los delitos sexuales contra menores tienen su propia regulación. Un apunte importante es que el autor debe conocer dicha situación de vulnerabilidad para poder aplicarse este agravante.

La circunstancia cuarta, sobre la relación de parentesco, debemos entender que concurre no tanto cuando existe una relación de parentesco entre autor y víctima, sino

⁸² STS 1142/2009 (Sala Segunda), de 24 de noviembre de 2009 (núm. recurso: 11655/2008).

cuando lo que existe es una relación de superioridad entre ellos. Así, el sujeto activo no es que tenga que abstenerse de cometer el delito por la existencia de un parentesco entre él y el sujeto pasivo, sino que deberá hacerlo porque de esta relación surge una situación de superioridad que aumentará la intimidación sobre la víctima. El autor debe valerse de la situación.

La última de las circunstancias agravantes del delito de agresión sexual se contemplará cuando se utilice un instrumento cuya peligrosidad sea objetiva. Si de la utilización del mismo resultara la muerte de la víctima o lesiones sobre ella, esta circunstancia agravante entraría en concurso con los delitos de homicidio o de lesiones, en su caso.

2.3. El abuso sexual y la ausencia de violencia e intimidación

El delito de abuso sexual se encuentra recogido en el segundo capítulo del Título VIII, del Libro II, del Código Penal. Se trata de un capítulo constituido por dos artículos, los cuales van a estructurar también nuestro análisis: el art. 181 CP, que regula tanto el tipo básico del abuso sexual y sus diferentes modalidades, como el tipo cualificado y otras circunstancias agravantes; y el art. 182 CP, que regula los abusos sexuales a menores de entre dieciséis y dieciocho años de edad.

2.3.1. El tipo básico

El tipo básico del delito de abuso sexual que ahora analizamos lo encontramos en el apartado primero del art. 181 CP, el cual establece expresamente: “*el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.*”

De la redacción del precepto ya podemos concluir el aspecto clave de este delito de violencia sexual, el cual lo diferencia del tipo de agresión sexual ya analizado: la ausencia de violencia e intimidación a la hora de realizar la conducta típica. Si bien, al igual que en la agresión sexual es fundamental que el autor actúe sin el consentimiento (más bien, con el consentimiento viciado) de la víctima, en este caso no se requiere la concurrencia de violencia e intimidación.

Por lo que se refiere a la conducta típica de este delito, volvieron a surgir disputas doctrinales sobre lo que debe considerarse contacto corporal en el abuso sexual, sobre todo en atención a si los actos sexuales ejercidos por el sujeto activo sobre sí mismo deberían entrar dentro de la conducta típica. Así, podemos encontrar dos sectores en la doctrina: el primero, que consideraba que la conducta sexual llevada a cabo por el autor sobre sí mismo no sería conducta típica del abuso; y, el segundo, que consideraba justo lo contrario. MONGE FERNÁNDEZ resuelve este punto estableciendo que deben incluirse dentro de la conducta típica tanto los casos en los que se convence a la víctima para que efectúe movimientos sobre sí misma, como los casos en los que se la persuade para ejecutar actos de exhibición obscena o prácticas de indudable naturaleza sexual que no requieran el contacto de los cuerpos.⁸³

En relación a los sujetos de este delito, cabe decir que, a diferencia de lo que ocurría con las agresiones sexuales, podrán ser sujetos activos y pasivos cualquier persona, indiferentemente de su sexo. Ahora bien, el sujeto pasivo tendrá que superar los 16 años de edad, pues recordemos que desde 2015 los abusos a menores de dieciséis años se regulan de forma autónoma. Además, para que se aprecie la modalidad del art. 182 CP, deberá ser mayor de 16 años y menor de 18.

⁸³ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *Las Manadas y su incidencia en la futura reforma de los delitos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 221.

Para apreciarse este delito se exigen dos requisitos en la conducta del autor: la consciencia de que está cometiendo un acto en contra de la libertad sexual de una persona y la voluntad de realizar ese acto. Se ha llegado a exigir también por parte de la doctrina y cierta jurisprudencia un elemento especial de lo injusto, o lo que es lo mismo, la concurrencia de un ánimo lascivo. Hoy la jurisprudencia parece posicionarse al lado del sector doctrinal que no cree necesaria la concurrencia de tal elemento especial, en base a tres razones principales: en primer lugar, porque podrían originarse problemas en la prueba; en segundo lugar, porque podrían quedar impunes abusos sexuales llevados a cabo por otros motivos distintos, como por ejemplo, por venganza; y, en tercer lugar, porque en supuestos de abusos sexuales llevados a cabo en el contexto de una exploración ginecológica, podrían resultar atípicos si se atiende al consentimiento de la víctima a tal exploración y a la actuación del médico conforme a su *lex artis*.⁸⁴

Como decía al comienzo de la explicación, la falta de consentimiento es elemento esencial de este delito. En este sentido, el apartado segundo del art. 181 CP dispone una presunción legal de falta de consentimiento al establecer: “*a los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.*”

Este precepto nos permite diferenciar distintas modalidades de abuso, lo cual facilita la explicación de las características particulares de cada una de ellas. En este sentido, vamos a ver qué ocurre en el abuso simple sin consentimiento, en el abuso sobre persona privada de sentido, en el abuso trastorno mental, en el abuso con uso de sustancias que anulan la voluntad y en el abuso con prevalimiento.

A) ABUSO SEXUAL SIMPLE SIN CONSENTIMIENTO.

El abuso sexual simple sin consentimiento se caracteriza porque la víctima ni siquiera tiene la oportunidad de prestar o no el consentimiento. Así, establece MUÑOZ CONDE

⁸⁴ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *Las Manadas y su incidencia en la futura reforma de los delitos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 233-234.

que basta con que el autor aproveche un descuido.⁸⁵ Para estos casos en los que la única prueba de que no ha habido consentimiento se sitúa en el relato de la víctima, la jurisprudencia ha establecido un criterio para dar valor probativo a su versión.⁸⁶

Así lo podemos observar en la reciente *Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 21 de septiembre de 2020*, en la que se establecieron criterios de razonabilidad que hacen valer la declaración de un testigo único, aunque sea la propia víctima, citando una reiterada jurisprudencia del TS.⁸⁷ Estos criterios son:

- Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

- Verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que avalen lo que no es propiamente un testimonio -declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso-, sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento.

- Persistencia en la incriminación, la cual debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues, constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad.⁸⁸

⁸⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 217.

⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 218.

⁸⁷ SS de 27 de abril y 11 de octubre de 1995, 3 y 15 de abril de 1996, 29 de diciembre de 1997, 23 de marzo de 1999, 26 de abril, 9 de octubre de 2000, 9 de abril de 2001 y 23 de febrero de 2011, entre otras muchas.

⁸⁸ SAP Murcia 247/2020, de 21 de septiembre de 2020 (núm. recurso: 1/2019).

B) ABUSO SEXUAL SOBRE PERSONA PRIVADA DE SENTIDO.

En esta modalidad de abuso, la víctima no es consciente de que está participando en una conducta sexual, lo cual provoca que se menoscabe su autodeterminación sexual. Los motivos que pueden provocar esta inconsciencia pueden ser, por ejemplo, encontrarse en sueño profundo, en coma, o bajo los efectos de la anestesia.⁸⁹

No es necesario que la víctima se encuentre privada de sentido de manera total, ni tampoco que el estado de inconsciencia haya sido causado por el autor. No obstante, puede demostrarse que el sujeto pasivo sí gozaba de autodeterminación sexual.

C) ABUSO SEXUAL DE PERSONA CON TRASTORNO MENTAL.

Por trastorno mental en este ámbito debe entenderse cualquier enfermedad mental o alteración de la psique. Las personas afectadas por estos trastornos sí gozan de libertad sexual, pero se establece un límite, el cual se sitúa en que un tercero se aproveche de dicho trastorno. En relación con esto, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2005* estableció que lo que caracteriza a esta modalidad típica es que la víctima no presta un verdadero consentimiento, valorable como libre ejercicio de la libertad sexual y que el autor logra obtener de ella un consentimiento no valorable como tal, debido al patente déficit de conciencia del alcance de los propios actos, motivados de una objetiva incapacidad para conducirse sexualmente con autonomía.⁹⁰

En términos similares, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 23 de diciembre de 2020*, reconoció que el abuso sexual de incapaces merece un mayor reproche social y moral, siendo necesaria la presencia en la víctima de una discapacidad perceptible externamente y el abuso de la misma por parte del sujeto activo. Ahora bien, también reconoce, en atención a pasada jurisprudencia, que “*no es preciso una ausencia total de conciencia, sino de pérdida o inhibición de sus facultades intelectuales y volitivas en grado o intensidad suficiente para desconocer y desvalorar la relevancia de sus determinaciones en lo que se refiere a impulsos sexuales, aunque sí posea tales facultades en otros ámbitos relacionados con la vida doméstica o laboral.*”⁹¹

⁸⁹ QUINTANAR DIEZ, Manuel y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Elementos de Derecho Penal. Parte especial I. Delitos contra las personas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 131.

⁹⁰ STS 344/2005 (Sala Segunda), de 18 de marzo de 2005 (núm. recurso: 2618/2003).

⁹¹ SAP Lleida 287/2020, de 23 de diciembre de 2020 (núm. recurso: 6/2020).

D) ABUSO SEXUAL A TRAVÉS DEL USO DE SUSTANCIAS QUE ANULAN LA VOLUNTAD.

Esta modalidad de abuso es equivalente a los abusos de persona privada de sentido. En estos supuestos el sujeto activo proporciona a la víctima drogas o productos que facilitan el acto sexual y favorecen el acto sexual. Ahora bien, en palabras de MUÑOZ CONDE, en la medida en que el sujeto pasivo sea consciente de la ingesta y características de esas sustancias, no podrá hablarse de abuso, salvo que el acto sexual se hubiera ya rechazado expresamente antes de tomar la sustancia⁹².

GARCÍA RIVAS y TARANCÓN GÓMEZ advierten de la gravedad de la frecuencia en la que ocurren estos supuestos, en cuanto a que en la mayor parte de los casos están protagonizados por jóvenes (generalmente, hombres como sujetos activos y mujeres como víctimas) en un contexto de fiesta, motivo por el que en ocasiones se les ha llegado a considerar, incluso, como un problema de salud pública.⁹³

Conviene tener en cuenta dos ideas en la apreciación de esta modalidad de abuso: que la víctima se encuentre privada de sentido y que el sujeto activo fuera capaz de apreciarlo (atendiendo al caso concreto). En cuanto a la privación de sentido de la víctima, no se precisa una ausencia total de conciencia, sino de pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas, en grado de intensidad suficiente para desconocer o desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañen los impulsos sexuales trascendentes, entendiendo que la expresión “*privada de sentido*” exige contemplar también aquellos supuestos en los que la pérdida de conciencia no es total, pero afecta de manera intensa a la capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas que pretenden aprovecharse de su debilidad, como sucede con los estados de aletargamiento que pueden originar una momentánea pérdida de los frenos inhibitorios.⁹⁴

⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 219.

⁹³ GARCÍA RIVAS, Nicolás y TARANCÓN GÓMEZ, Pilar en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial (I). Delitos contra las personas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 1164.

⁹⁴ *Vid.* SAP Segovia 8/2021, de 29 de marzo de 2021 (núm. recurso: 8/2020).

En este punto es interesante la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 31 de octubre de 2019*⁹⁵ (el famoso caso de *La Manada de Manresa*) que condenó a tres sujetos como autores de delito de abuso sexual y a otros dos como autores de delito continuado de abuso sexual agravado, con acceso carnal y actuación en grupo. Los autores llevaron a cabo sobre la víctima conductas sexuales encontrándose esta en un estado de intoxicación etílica y por drogas. El fallo fue objeto de crítica por no apreciarse agresión sexual, en base al argumento de que la forma en que se sucedieron los hechos (en grupo, penetrando a la víctima en fila india, obligándola a realizar felaciones, etc.) debía ser considerado claramente como intimidatoria. Tendremos oportunidad de profundizar en este debate más adelante.

E) ABUSO SEXUAL CON PREVALIMIENTO.

En esta modalidad de abuso sexual, la víctima, mayor de 16 años en todo caso, consiente la relación sexual, pero no lo hace libremente, sino mediatizada por la situación de superioridad manifiesta que ostenta el autor y de la que se prevale coartando la libertad de la víctima.⁹⁶ Por tanto, el sujeto activo de esta modalidad no puede serlo cualquiera, sino alguien que ostente alguna relación con la víctima fruto de la cual se genere una relación de superioridad frente a ella.

Según MUÑOZ CONDE, en esta modalidad de abuso sexual se incluyen casos que no llegan al nivel de agresión sexual por no tener la intimidación la gravedad necesaria, pero en los que sí hay una situación de superioridad y se abusa de la misma como, por ejemplo, en casos de relaciones profesor/alumno.⁹⁷

De esta manera, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2019*, ha establecido que “*la jurisprudencia ha considerado la existencia de esa superioridad en casos de escaso coeficiente intelectual de la víctima (STS núm. 456/2000, de 21 de marzo) cuando el profesor se aprovecha de su situación sobre el alumno, tratándose el acusado de un profesor maduro que se aprovechaba de su condición docente y de la temprana edad de su discípulo, de quince años, para abusar sexualmente del mismo, coartando con su autoridad*

⁹⁵ SAP Barcelona 813/2019, de 31 de octubre de 2019 (núm. recurso: 5/2018).

⁹⁶ QUINTANAR DIEZ, Manuel y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Elementos de Derecho Penal. Parte especial I. Delitos contra las personas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 132.

⁹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 220.

la libertad del menor, con lo que se produjo un consentimiento viciado por el abuso de superioridad (STS núm. 223/2000, de 21 de febrero), o cuando existe una situación equiparable a la familiar. También la jurisprudencia incluye en el tipo penal casos de desproporción entre la edad del sujeto activo y pasivo, aunque el dato cronológico no puede operar de forma automática sino solo en la medida en que contribuya efectivamente a colocar a una persona en una de situación de desequilibrio respecto de otra, en lo que se refiere a la capacidad de autodeterminarse sobre el uso del propio cuerpo en relaciones de contenido sexual (STS núm. 379/2002, de 6 de marzo). Se aprecia prevalimiento cuando, además de la diferencia de edad, la víctima presenta un defecto de madurez o de la capacidad para determinar con plena libertad el uso del propio cuerpo en la concreta relación sexual y dicha circunstancia es conocida y aprovechada por el mayor de edad para obtener el consentimiento del menor a la relación sexual.”⁹⁸

2.3.2. El tipo cualificado y las agravantes

Según el apartado cuarto del art. 181 CP, *“en todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.”*

Observamos por tanto que, de manera muy similar al delito de agresión sexual, el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal cualifica el delito de abuso sexual, aumentando la pena de forma considerable.

Además de esta cualificación, el apartado quinto del art. 181 CP dispone que *“las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3.ª o la 4.ª, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código”* (cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación y cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima).

⁹⁸ STS 205/2019 (Sala Segunda), de 12 de abril de 2019 (núm. recurso: 856/2018).

2.3.3. Abusos sexuales a menores de entre dieciséis y dieciocho años

El art. 182.1 CP regula el tipo básico de los abusos sexuales a menores de entre dieciséis y dieciocho años, también denominados abusos fraudulentos. Concretamente, el mencionado precepto dispone que “*el que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.*”

En este punto, es conveniente delimitar el concepto de engaño al que se refiere el precepto. Por engaño debemos entender a aquella falsedad que lleve a la víctima a consentir actos sexuales que, de no haber mediado tal falsedad, no hubiese consentido. Además, suele requerirse que entre víctima y sujeto activo exista una considerable diferencia de edad.

Por lo que se refiere al abuso de posición reconocida, lo que tendrá que existir es una situación de predominio del autor sobre la víctima que favorezca los propósitos de este.

También se recoge un tipo cualificado y otras agravantes para este tipo de abusos sexuales en el segundo apartado del art. 182 CP, que dispone: “*cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.^a o la 4.^a de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.*”

3. VIOLENCIA SEXUAL Y MINORÍA DE EDAD

3.1. Agresores menores

El art. 19 del Código Penal deja fuera de su ámbito de aplicación a los menores de dieciocho años, señalando que *“cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.”* En consonancia con ello, en el art. 1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁹⁹ (LORRPM) se contempla la posibilidad de que los menores de edad de entre 14 y 18 años sean sujetos activos de los tipos penales. El mencionado precepto dispone que: *“1. Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales. 2. Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España.”*

Por tanto, la existencia de menores de edad que cometen delitos de violencia sexual es una realidad constatable, y si bien representan un porcentaje pequeño del total de delitos sancionados la tendencia en los últimos años es al alza. Para ello no hay más que consultar los datos que ofrece la estadística de menores condenados que elabora el Instituto Nacional de Estadística (INE):

- Mientras que en 2017 el porcentaje de las infracciones cometidas por menores condenados contra la libertad y la indemnidad sexual representaban un 1,44% del total de las infracciones sancionadas, en 2018 el porcentaje amplió al 1,68% y en 2019, estas infracciones ya representaban un 2,10% del total.¹⁰⁰

- Dentro de las infracciones cometidas contra la libertad e indemnidad sexual, en 2017 el 87% fueron agresiones y abusos sexuales; en 2018, el 84,5%; y, en 2019, el 85,7%.

⁹⁹ Publicada en el BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000.

¹⁰⁰ Datos elaborados por el INE.

Cifras muy altas si además tenemos en cuenta que en 2018 y 2019 más de la mitad de esos abusos y agresiones tuvieron como víctimas a menores de 16 años.¹⁰¹

El Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España realizado por el Ministerio del Interior en 2019 también refleja preocupantes datos:

- El 9% de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual ocurridos se cometieron por menores de edad de entre 14 y 17 años.
- El 8,3% de las agresiones y abusos sexuales cometidas se llevaron a cabo por menores de edad de entre 14 y 17 años.
- El 96% de los menores de edad de entre 14 y 17 años que cometieron delitos contra la libertad y la indemnidad sexual fueron hombres.
- El 99% de los menores de edad de entre 14 y 17 años que cometieron delitos de agresión y abuso sexual fueron hombres.¹⁰²

Ante las cifras expuestas, resulta interesante ver las observaciones que los autores BENEDICTO, RONCERO y GONZÁLES reflejan en su estudio realizado en 2017 sobre los agresores sexuales juveniles.

En primer lugar, se aprecia que, en los delitos de índole sexual cometidos por menores, la violencia es más frecuente en agresiones sexuales dirigidas a personas de igual o mayor edad, pues en casos de violencia sexual contra niños y niñas, basta con la intimidación o el engaño para conseguir llevar a cabo la conducta típica.

En segundo lugar, es constatable que, en referencia al sexo de las víctimas, los menores que agreden o abusan sexualmente de personas de igual o mayor edad, suelen hacerlo sobre mujeres. Sin embargo, en supuestos de agresiones o abusos contra chicos y chicas menores que ellos, las víctimas pueden ser de sexo masculino o femenino indistintamente.

¹⁰¹ Elaboración propia a partir de las estadísticas del INE.

¹⁰² Elaboración propia a partir del Informe de 2019 sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual del Ministerio de Interior.

En tercer lugar, es más frecuente el ataque en grupo en los casos en los que la víctima es igual o superior en edad, mientras que en el caso contrario no suele producirse así, probablemente por la alta reprobación social que tiene la violencia sexual contra niños.

En último lugar, sin querer entrar demasiado en aspectos más propios de la criminología o la psicología, suele ser muy influenciable en el menor agresor que este haya presenciado actos de violencia dentro del seno familiar, o que haya sido víctima de acoso sexual, pues estos son factores que pueden llevarle a cometer los crímenes que analizamos¹⁰³.

Respecto a la medida a imponer en este tipo de delitos, la LORRPM parte de un principio general como es el de flexibilidad en la elección de la medida, señalando en su art. 7.3 que se “*deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley.*”

Sin embargo, en lo referente a algunos delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, este principio de flexibilidad encuentra limitaciones, y la LORRPM señala la medida que imperativamente debe imponerse al menor y que incluso puede determinar su pase a un centro penitenciario en determinados supuestos.

En este sentido, se establece en el art. 10.2 LORRPM que cuando el hecho sea constitutivo de una violación del art. 179 CP o de una agresión sexual agravada del art. 180 CP, el juez deberá imponer las siguientes medidas:

a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.

b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración,

¹⁰³ PAZ GIL, Iría y ANDREU PÉREZ, Ana Rocío. “Violencia y delincuencia juvenil: Algunas recomendaciones para su prevención”. *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 120, 2018. pp. 163-164.

complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.¹⁰⁴

También se prevé por el art. 11 LORRPM que, en el supuesto en el que el menor hubiera cometido dos o más infracciones de las tipificadas en los arts. 179 y 180 CP, “*la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de seis años para los menores de esa edad, sin perjuicio de la medida de libertad vigilada que, de forma complementaria, corresponda imponer con arreglo a dicho artículo.*”

Teniendo en cuenta la duración de estas medidas previstas por la LORRPM, la misma ley establece en su art. 14 qué ocurre cuando el menor que se encuentra cumpliendo una medida de internamiento en régimen cerrado cumple la mayoría de edad. En este sentido, el apartado segundo del art. 14 establece que en estos casos el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, y atendiendo a la conducta de la persona internada, podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario. Y el apartado tercero señala que cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quien haya cumplido veintiún años de edad o, habiendo sido impuestas con anterioridad, no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad, el Juez de Menores, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario a excepción de que considere que procede, en atención a los objetivos de la sentencia, modificar la medida impuesta, sustituirla o que el interno permanezca en el centro en cumplimiento de tal medida.¹⁰⁵

3.2. Víctimas menores

Previo al análisis de los tipos penales que sancionan los delitos de violencia sexual que tienen como víctimas menores de hasta 16 años de edad, conviene referirnos a una serie

¹⁰⁴ Vid. art. 10.2 LORRPM.

¹⁰⁵ Vid. arts. 14. 2 y 14.3 LORRPM.

de datos que advierten de la frecuencia con la que ocurren estos casos, lo cual considero que debería preocuparnos como sociedad.

En este sentido, en España para el año 2013 el 43,3% de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual fueron sufridos por menores de entre 0 y 17 años, con un total de 4222 víctimas. En 2019, este dato ha aumentado, pasando a ser un 46,2% el total de delitos contra la libertad e indemnidad sexual sufridos por menores, con una suma de 7250 víctimas. Este último dato refleja una diferencia de víctimas menores entre el año 2013 y el año 2019 de 3028 víctimas.

En referencia de nuevo al año 2019, el 41% de las agresiones y abusos sexuales cometidos tuvieron como víctimas a menores de edad, es decir, casi la mitad de estos delitos cometidos en ese año fueron sufridos por niños y niñas menores.

En relación con la distribución por sexo de estos delitos, en el año 2019 el 84% de las víctimas menores de agresiones y abusos sexuales fueron niñas.¹⁰⁶

También se constató por la Fundación ANAR que durante el confinamiento vivido en el año 2020 se aumentaron de forma considerable los casos de violencia sexual contra menores.¹⁰⁷

3.2.1. La agresión y el abuso sexual a menores de 16 años

Las respuestas del Código Penal ante estas conductas dirigidas contra menores se recogen en el Capítulo II bis del Título VIII, el cual lleva por título “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años.*”

Como ya se adelantaba en el primer capítulo de este trabajo, tras la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 5/2015, se elevó la edad del consentimiento válido a los dieciséis años, además de que pasaron a contemplarse dentro de este capítulo nuevos

¹⁰⁶ Elaboración propia a través del Informe de 2019 sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual del Ministerio de Interior.

¹⁰⁷ El mundo.es. 2021. *El abuso sexual a menores aumenta en España: manadas, acosos virtuales y el agresor en el hogar.* [en línea] disponible en:

<<https://www.elmundo.es/papel/historias/2021/02/23/6034e6a721efa0a97d8bef87.htm>>

[Consulta: 24 abr. 2021].

delitos y se incluyeron modificaciones. La reforma respondía a la necesidad de trasponer la Directiva 2011/93, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que obligaba a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.¹⁰⁸

El primero de los preceptos de este capítulo, el art. 183 CP, tipifica los tipos básicos de abuso sexual (apartado primero) y agresión sexual (apartado segundo) a menores, estableciendo expresamente: “*1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años. 2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.*”

La principal diferencia entre estos delitos y los delitos de agresión y abuso sexual que tienen como víctimas a personas adultas es el requisito de la edad (que en todo caso tendrá que ser menor a 16 años), pues el resto de las circunstancias son equivalentes a las que hasta ahora hemos analizado. Los dieciséis años deben serlo de edad cronológica y no de edad mental¹⁰⁹, siendo el error que tenga por objeto la edad de la víctima un error de tipo¹¹⁰.

El matiz que realiza este precepto, el cual no se hace en los capítulos anteriores, sobre “*compeler a un menor a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo*”, se trata realmente de una apreciación más bien innecesaria. Esto es así ya

¹⁰⁸ Vid. párrafo XII del preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁰⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y otros. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 234.

¹¹⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial (I). Delitos contra las personas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 180.

que, como hemos tenido oportunidad de ver, la jurisprudencia ha considerado que esta conducta ya está implícita en la conducta típica genérica de la agresión y el abuso sexual, pues han sido varios los casos en los que se han considerado dentro de estos tipos conductas sexuales llevadas a cabo sin contacto corporal entre el sujeto activo y la víctima.

Debe tenerse en cuenta que la pedofilia no es suficiente para considerarse como una circunstancia atenuante en estos delitos, sino que se exige un trastorno añadido en el sujeto activo. En este sentido, el Tribunal Supremo en su reciente *Sentencia de 10 de febrero de 2021*, refiriéndose a su vez a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019 y a jurisprudencia anterior, señaló que: “*no puede desconocerse que no basta con la existencia del trastorno sino que para poder apreciarse una causa de negación o de limitación de la imputabilidad (capacidad de culpabilidad), es necesario que al desorden psíquico se sume un determinado efecto, consistente en la privación de las capacidades de comprender el alcance ilícito de los actos y de determinarse consecuentemente, o su privación relevante.*”¹¹¹

También se contempla para estos delitos un tipo agravado, pues el apartado tercero del art. 183 establece: “*cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.*”

Un ejemplo de las conductas tipificadas por el art. 183 CP lo podemos contemplar a través de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2016*, en la que se señala que: “*en el caso enjuiciado, existe un elenco de hechos constitutivos de abusos sexuales frente a una menor de trece años de edad. En efecto, en fechas no determinadas entre diciembre de 2012 y verano de 2013, el acusado aprovechando que se encontraba a solas en la buhardilla con Olga, que en esas fechas tenía 11 y 12 años de edad, «le abrazó y le besó con ánimo libidinoso en más de una ocasión, preparando en una ocasión el baño de la buhardilla para su sobrina y cuando la misma se encontraba bañándose se introdujo desnudo en la bañera diciéndole el acusado a Olga que le tocara el pene, haciéndolo la menor». Esos hechos constituyen un delito de abuso sexual continuado; ahora bien, en una ocasión mientras la menor se encontraba en un sofá cama viendo una película, el acusado le intentó meter un dedo por el ano, tras meterle su mano a través de su prenda interior, lo que constituye el*

¹¹¹ STS 111/2021 (Sala Segunda), de 10 de febrero de 2021 (núm. recurso: 1538/2019).

hecho más grave, por deberse subsumir, como hemos demostrado antes, en el apartado 3 del art. 183 del Código Penal, en grado de tentativa.”¹¹²

El artículo concluye enumerando una serie de agravantes aplicables a estos delitos en sus últimos dos apartados. Así, el art. 183.4 CP, conforme al art. 9 de la Directiva 2011/93/UE¹¹³, establece que *“las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

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

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

¹¹² STS 66/2016 (Sala Segunda), de 8 de febrero de 2021 (núm. recurso: 1106/2015).

¹¹³ Art. 9 Directiva 2011/93/UE: *“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, conforme a las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, las circunstancias siguientes, siempre que no formen parte de los elementos constitutivos de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 7, puedan ser consideradas como circunstancias que agravan la responsabilidad de tales infracciones:*

a) que la infracción haya sido cometida contra un menor en una situación de especial vulnerabilidad, por ejemplo, discapacidad física o mental, dependencia o incapacidad física o mental;

b) que la infracción haya sido cometida por un miembro de la familia, una persona que convivía con el menor o una persona que haya abusado de su posición reconocida de confianza o de autoridad;

c) que la infracción haya sido cometida por varias personas actuando conjuntamente;

d) que la infracción haya sido cometida en el marco de una organización delictiva según la definición de la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la lucha contra la delincuencia organizada (12);

e) que el autor de la infracción haya sido condenado con anterioridad por infracciones de la misma naturaleza;

f) que el autor de la infracción haya puesto en peligro la vida del menor de forma deliberada o negligente;

g) que la infracción haya sido cometida empleando violencia grave contra el menor o causándole un daño grave.”

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

e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.”

Se trata este de un precepto que guarda una gran similitud con el art. 180 CP ya analizado. De esta forma, su apartado a), del cual debe entenderse que para evitar un *bis in idem* es necesario algún factor de vulnerabilidad a mayores de ser un niño, se asemeja al art. 180.3 CP; el apartado b), aunque agravando tanto la modalidad de abuso como la de agresión, al art. 180.2 CP; el apartado c), al art. 180.1 CP; el apartado d), al 180. 4 CP; y el apartado e), al art. 180.5. Respecto al apartado f) del precepto, cabe acudir a las definiciones que proporcionan los arts. 570 bis. 1¹¹⁴ y 570 ter. 1¹¹⁵, incluidos tras la reforma de 2010, sobre las organizaciones y grupos criminales.

No obstante, cabe establecer que las letras a) y d) de este apartado cuarto han sufrido modificaciones en su redacción tras la entrada en vigor de la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, las cuales se van a analizar en un capítulo posterior.

Por su parte, el apartado quinto del art. 183 recoge un subtipo agravado para los casos previstos por el precepto cuando el culpable se hubiera aprovechado de su condición de autoridad, agente o funcionario público, imponiendo además de la pena correspondiente, la inhabilitación absoluta de seis a doce años.

¹¹⁴ Art. 570 bis CP: “1. ... A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.”

¹¹⁵ Art. 570 ter CP: “1. ... A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.”

3.2.2. Otras conductas delictivas con menores de 16 años como víctimas

El Capítulo II bis del Título VIII del Código Penal va más allá, tipificando un total de tres conductas más, a mayores de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

Con la reforma penal de 2015 se modificó el art. 183 bis CP para incluir un nuevo delito, dando respuesta así al art. 3 de la Directiva 2011/93/UE¹¹⁶: determinar a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual o hacerle presenciarlo. Concretamente, el precepto dice: “*el que, con fines sexuales, determine a un*

¹¹⁶ Art. 3 Directiva 2011/93/UE: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas mencionadas en los apartados 2 a 6.

2. Hacer, con fines sexuales, que un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie actos de carácter sexual, aunque no participe en ellos, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año.

3. Hacer, con fines sexuales, que un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie abusos sexuales, aunque no participe en ellos, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años.

4. Realizar actos de carácter sexual con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años.

5. Realizar actos de carácter sexual con un menor

i) abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el menor, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos ocho años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos tres años si el menor ha alcanzado esa edad, o

ii) abusando de una situación especialmente vulnerable del menor, debida en particular a una discapacidad física o mental o a una situación de dependencia, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos ocho años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos tres años si el menor ha alcanzado esa edad, o

iii) empleando coacción, fuerza o amenazas, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos cinco años si el menor ha alcanzado esa edad.

6. Emplear coacción, fuerza o amenazas con un menor para que participe en actos de carácter sexual con un tercero se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos cinco años si el menor ha alcanzado esa edad.”

menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años. Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años.”

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre qué comportamientos abarca el concepto de determinar a un menor a participar en un comportamiento sexual. Así, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2018* expresaba que: *“la diferencia sustancial entre el delito de abusos sexuales del art. 183 y este nuevo tipo delictivo (art. 183 bis) ha de encontrarse en la realización típica de los hechos, puesto que el primero requiere inexcusablemente actos de contacto físico o corporal entre el autor y su víctima, mientras que en este segundo basta con que el autor haga presenciar al menor actos de carácter sexual, aunque aquel no participe en ellos. La mención determinar “a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual” enturbia esta interpretación, pero únicamente es posible la interpretación que separe ambas conductas, si tomamos, primeramente, en consideración que tal comportamiento, con la participación o no del autor, se limite a llevar a cabo un comportamiento que no signifique realizar actos de carácter sexual con un menor de 16 años, puesto que en ese caso la aplicación preferente sería la del art. 183 del Código Penal; y en segundo lugar, considerando que el tipo penal del art. 183 bis requiere una conducta de futuro, en tanto que se penaliza un acto preparatorio, mientras que en el abuso sexual de menores del art. 183 del Código Penal, se consuma mediante la realización de actos sexuales con menores, que lleguen a cristalizar en acciones directas lúbricas entre el autor y su víctima.”*¹¹⁷

El art. 6 de la Directiva 2011/93/UE¹¹⁸ conllevó a introducir en el capítulo del Código que nos ocupa el art. 183 ter CP. En el apartado primero de este nuevo precepto,

¹¹⁷ STS 1298/2018 (Sala Segunda), de 18 de octubre de 2018 (núm. recurso: 607/2018).

¹¹⁸ Art. 6 Directiva 2011/93/UE: *“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas siguientes: la propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año.*

pasa a regularse el delito *child grooming*, el cual desde 2010 y hasta la reforma de 2015 había estado regulado en el art. 183 bis CP. Introduce también alguna modificación a la anterior redacción del delito, quedando tipificado de la siguiente manera: “*el que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.*”

De la literalidad del precepto cabe pensar que existe la posibilidad de que sean sujetos activos de este delito personas menores de edad, incumpléndose así las exigencias del Convenio de Lanzarote, que expresamente señalaba que el sujeto activo de este tipo penal debía ser un adulto.

En general, la conducta penada por este delito se podría corresponder con actos preparatorios de un delito de abuso o agresión sexual. Por ello, corresponde preguntarse qué ocurre en los casos en los que, tras la puesta en contacto, se da un encuentro entre un adulto y un menor y se materializa la conducta típica de los arts. 183 o 189 CP. En relación con esta cuestión se pronunció el *Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2018*, estableciendo que: “*debe advertirse para concluir que esta Sala mediante Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 8 de noviembre de 2017 ha concluido que "el delito de ciberacoso sexual infantil previsto en el artículo 183 Ter.1 del Código Penal, puede conformar un concurso real con las conductas contempladas en los artículos 183 y 189" en los supuestos en que al contacto por medio tecnológico con el menor le sigue una lesión efectiva de su indemnidad sexual.*”¹¹⁹

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor.”

¹¹⁹ ATS 464/2018 (Sala Segunda), de 8 de febrero de 2018 (núm. recurso: 1594/2017).

Respecto a los mensajes enviados por el autor del delito, como ha expresado la jurisprudencia, estos deben ser recibidos y, a su vez, respondidos de nuevo, para que se entienda realizado el contacto de manera efectiva. No se exige que el contacto haya sido iniciado por el sujeto activo¹²⁰.

El apartado segundo del art. 183 ter tipifica la conducta conocida comúnmente como *sexting*, consistente en convencer a un menor de 16 años a facilitar imágenes pornográficas a través de Internet, teléfono o cualquier otra tecnología, o que por los mismos medios se le muestre imágenes pornográficas en las que aparezca un menor. Así, el precepto dispone expresamente: “*el que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.*”

Este precepto ha dado lugar a muchas críticas, pues pudieran subsumirse en el tipo conductas de escasa gravedad como, por ejemplo, que el menor le proporcione al sujeto activo material pornográfico de un menor representado informáticamente. También puede ocurrir que el menor en cuestión proporcione material pornográfico, pero de otro menor, lo cual podría subsumirse en el tipo penal recogido por el art. 189.5 CP¹²¹ si el menor que envía dicho material tiene una edad de entre 14 y 18 años.

Dado que nos encontramos de nuevo ante un delito que pena conductas preparatorias de las previstas esta vez por el art. 189 CP, cuando los “*actos dirigidos a*

¹²⁰ STS 199/2017 (Sala Segunda), de 27 de marzo de 2019 (núm. recurso: 1486/2016): “*En cuanto al segundo delito, el llamado child grooming, el tipo no exige que el autor sea quien inicia el contacto, sino que basta que contacte y proponga concertar un encuentro con la finalidad sexual concretada en la ejecución de hechos que sean constitutivos de alguno de los delitos a los que se refiere el precepto, siempre que se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento.*”

¹²¹ Art. 189.5 CP: “*El que para su propio uso adquiriera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.*”

embaucar” al menor tengan éxito, habrá que aplicar las penas correspondientes a este último precepto en aplicación del principio de consunción.¹²²

El capítulo finaliza estableciendo un importante matiz en cuanto al consentimiento de los menores el art. 183 quater. Este precepto también ha sido modificado a través de la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, motivo por el cual ahora voy a reflejar su redacción inmediatamente anterior, es decir, la dada por la LO 1/2015, dejando así el análisis de su redacción más reciente para un capítulo posterior. Desde el 31 de marzo de 2015 hasta el pasado 5 de junio de 2021, este artículo ha establecido: “*el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.*”

En palabras de ORTS BERENGUER, el requisito del consentimiento libre es imprescindible para que pueda hablarse de consentimiento válido en cualquier ámbito jurídico y el cual presupone conocimiento del significado de la acción consentida y voluntad de querer llevarla a cabo.¹²³

Respecto a los otros dos requisitos, la proximidad en edad y en madurez, cabe aludir a las ideas recogidas por la Circular 1/2017 de la Fiscalía General del Estado.¹²⁴

La Circular establece que, a pesar de que el precepto no establece franjas de edad, es posible establecer marcos de protección según la víctima sea impúber, haya alcanzado la pubertad y no sea mayor de 13 años, y menores de 14 y 15 años. Sobre la edad de los adultos, deben tenerse en cuenta dos franjas, una que va desde los 18 y los 21 años y otra situada entre 21 y 24 años, en la cual solo se contemplará la exclusión de manera excepcional. También recuerda la Circular de la Fiscalía General que la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de los actos no va a ligada de manera uniforme a la edad cronológica y que, a mayor diferencia de edad, más necesario será probar la semejanza en madurez entre los sujetos.

¹²² ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial (I). Delitos contra las personas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 1191.

¹²³ ORTS BERENGUER, Enrique en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y otros. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.

¹²⁴ Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del artículo 183 quater del Código Penal.

En la *Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2020*, haciéndose referencia a la Circular 1/2017 de la Fiscalía General del Estado y reproduciendo en parte la STS 101/2016, de 18 de enero de 2017, se estableció: “*se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo, pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso.*”¹²⁵

Una última apreciación acerca de esta exención es que la misma no podrá aplicarse a acciones típicas en las que concurra violencia, intimidación o prevalimiento. En relación con el delito de *child grooming* podrá teóricamente apreciarse la exención en relación con el tipo básico, pero no respecto del agravado, que exige la concurrencia de violencia, intimidación o engaño. No podrá apreciarse esta cláusula en el delito de *sexting*, por ser este incompatible el consentimiento libre que se exige.¹²⁶

3.3. Antecedentes por delitos contra la libertad y la indemnidad sexual y el trabajo con menores

Con la modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil¹²⁷, llevada a cabo por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹²⁸ y con la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de voluntariado¹²⁹, se convierte en requisito obligatorio la aportación del Certificado Negativo de Antecedentes de Naturaleza Sexual para aquellos profesionales o voluntarios cuyo trabajo suponga un contacto habitual con menores de edad.

La obligatoriedad en la obtención del Certificado Negativo de Antecedentes de Naturaleza Sexual deriva de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación

¹²⁵ STS 700/2020 (Sala Segunda), de 16 de diciembre de 2020 (núm. recurso: 10434/2020).

¹²⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y otros. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 1195.

¹²⁷ Publicada en el BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

¹²⁸ Publicada en el BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

¹²⁹ Publicada en el BOE núm. 247, de 15 de octubre de 2015.

sexual de los menores y la pornografía infantil, la cual establece en su Considerando núm. 40 que: *“los empresarios tienen derecho a ser informados, cuando contraten personal para un puesto que implique tales contactos directos y regulares con menores, de las condenas por infracciones sexuales contra menores que consten en los antecedentes penales, o de las inhabilitaciones vigentes.”*

En este sentido, en el apartado octavo del art. 1 de la Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se añade, entre otros, un apartado quinto al art. 13 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya redacción es la siguiente: *“será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales.”*

Por su parte, el art. 8 de la Ley de Voluntariado, señala lo siguiente en sus apartados cuarto y quinto: *“4. Será requisito para tener la condición de voluntarios en entidades de voluntariado o programas cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con menores, no haber sido condenadas por sentencia firme por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata y explotación de menores. A tal efecto, deberán acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de Penados por estos delitos. 5. No podrán ser voluntarias las personas que tengan antecedentes penales no cancelados por delitos de violencia doméstica o de género, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos, o por delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, o por delitos de terrorismo en programas cuyos destinatarios hayan sido o puedan ser víctimas de estos delitos. Esta circunstancia se acreditará mediante una declaración responsable de no tener antecedentes penales por estos delitos.”*

Sobre qué debe entenderse por *“trabajo habitual con menores”*, es significativo lo aclarado por la Agencia Española de Protección de Datos en su informe 0401/2015, del Gabinete Jurídico, en el sentido de que es indispensable que el puesto de trabajo implique por su propia naturaleza y esencia, un contacto habitual con menores, siendo los menores

los destinatarios principales del servicio prestado. No es por tanto necesario presentar el certificado en aquellas profesiones que, teniendo un contacto habitual con el público en general, entre los que pueden encontrarse menores de edad, no estén por su naturaleza exclusivamente destinados a un público menor de edad.¹³⁰

En la disposición transitoria cuarta de la Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y en la adolescencia se señala que “*hasta que entre en funcionamiento el Registro Central de Delincuentes Sexuales, la certificación a la que se refiere el artículo 13 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil será emitida por el Registro Central de Antecedentes Penales.*”

Tras la publicación del Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales¹³¹, entra en vigor el 1 de marzo de 2016 el referido Registro, el cual nace con la finalidad de contribuir a la protección de los menores contra la explotación y el abuso sexual a través de un mecanismo de prevención que permita conocer quienes pretenden el acceso y ejercicio de trabajos habituales con menores. A través del Registro también se facilita la investigación y persecución de delitos sexuales a través de la identificación de autores y de la cooperación con las autoridades judiciales y policiales de otros países.¹³²

¹³⁰ Mjusticia.gob.es. *Certificado de Delitos de Naturaleza Sexual*. [en línea] disponible en: <<https://www.mjusticia.gob.es/es/ciudadanos/tramites/certificado-delitos>> [Consulta: 24 may. 2021].

¹³¹ Publicado en el BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2015.

¹³² *Vid.* art. 3.

4. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS DE VIOLENCIA SEXUAL

El Capítulo VI del Título VIII del Libro II del Código Penal (*“Disposiciones comunes a los capítulos anteriores”*) recoge una serie de disposiciones comunes aplicables a todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Concretamente, los arts. 191, 192 y 193 CP de este capítulo contienen las disposiciones que son aplicables a los delitos de violencia sexual que venimos analizando en este trabajo.

Los aspectos que abordan los preceptos mencionados del Capítulo VI son los siguientes:

- Procedibilidad

El art. 191.1 CP establece: *“para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.”*

Por tanto, se concluye de este artículo que los delitos contra la libertad e indemnidad sexual son delitos privados, siendo requisito imprescindible para su persecución la denuncia de las personas afectadas.

- Perdón del ofendido

El apartado segundo del art. 191 CP expresa: *“en estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase.”*

De esta manera, no entra en juego lo recogido por el art. 130.1 CP, el cual reconoce la posibilidad de extinguir la responsabilidad penal a través del perdón del ofendido.

- Libertad vigilada

El art. 192.1 CP señala: *“a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito*

cometido por un delincuente primario, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.”

A través de la medida de libertad vigilada se controla judicialmente al condenado a través de una o varias de las medidas que se prevén:

- Estar siempre localizable a través de aparatos electrónicos.
- Presentarse periódicamente en el lugar establecido.
- Comunicación de los cambios de residencia o de puesto de trabajo.
- Prohibición de ausentarse del lugar de residencia o de un territorio concreto sin autorización.
- Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima.
- Prohibición de ir a ciertos lugares o desempeñar ciertas actividades.
- Participación en programas.
- Tratamientos médicos.
- Controles médicos periódicos.¹³³

Es necesario realizar un control previo y un seguimiento para fijar el contenido de la medida y, en su caso, reducir su duración o cancelarla.

- Tipo agravado

En el art. 192.2 CP se recoge una nueva circunstancia agravadora de cualquiera de los delitos incluidos en el Título VIII del Libro II del código. Concretamente, el precepto expresa que: *“los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su*

¹³³ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *“Las manadas” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 265-269.

mitad superior. No se aplicará esta regla cuando la circunstancia en ella contenida esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate.”

Seguidamente, el art. 192.3 CP señala: *“el juez o tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, y la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años. A los responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos II bis o V se les impondrá, en todo caso, y sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el condenado.”* Se trata esta de la redacción vigente hasta el 5 de junio de 2021, pues el art. 192.3 es el último de los preceptos modificados por la Ley 8/2021, de 4 de junio que afecta a la materia de este trabajo. En consecuencia, a la redacción más actual me referiré en un posterior capítulo.

- Responsabilidad civil

Sobre la responsabilidad civil derivada de estos delitos, el art. 193 CP dispone que: *“en las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos.”*

- Prescripción

Por último, cabe referirnos a la prescripción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, aunque el precepto regulador de tal aspecto, el art. 132.1 CP, no se encuentre ubicado dentro del Capítulo VI que ahora analizamos, sino en el Capítulo I, del Título VII, del Libro I del Código Penal.

El precepto establece: *“los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales*

términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta. En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, trata de seres humanos, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.”

5. LA TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA “LA MANADA”. HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE AGRESIÓN Y ABUSO SEXUAL

El caso de “*la Manada*” es sin duda uno de los casos más mediáticos de los últimos años. A raíz de él han surgido protestas como nunca antes se habían vivido en nuestro país, situando a gran parte del movimiento feminista en contra de la decisión tomada por la Audiencia Provincial de Navarra y abriendo las puertas a una reforma del Código Penal.

5.1. La sentencia

En la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2018 (Sección Segunda), de 20 de marzo de 2018*, del caso “la Manada”, se declaraban probados los siguientes hechos:

El día 7 de julio de 2016, durante la celebración de las fiestas de San Fermín, un grupo de jóvenes de entre 24 y 27 años, los procesados, conocieron a una joven de 18 años de edad recién cumplidos. Cuando la joven se quedó sola con los procesados contactó con sus amigos para intentar reencontrarse con ellos. Tras el intento frustrado de ubicar a sus amigos, la joven decidió volver al coche en el cual había llegado hasta Pamplona, ofreciéndose los jóvenes a acompañarla hasta allí.

Por el camino, dos de los procesados se adelantaron a la joven denunciante y al resto llegando a un hotel donde preguntaron al encargado de control de clientes que si les daba una habitación por horas “*para follar*”, a lo que aquel se negó. La joven no se enteró de que tal conversación tuvo lugar.

Tras recorrer apenas un par de calles más, uno de los procesados se coló en un portal, subió al tercer piso y bajó al portal de nuevo para abrir la puerta al resto de sus amigos y a la joven. Mientras esto sucedía, la denunciante se besaba con otro de los procesados y en seguida este y otro tiraron de ella para meterla al portal a la vez que la decían “*calla*”.

Una vez todos dentro, los procesados dirigieron a la víctima a un habitáculo que se encontraba dentro del portal, donde le rodearon. Debido a las características angostas del lugar y a que la joven se encontraba rodeada de cinco varones superiores que ella en edad y en fuerza, esta quedó “*impresionada y sin capacidad de reacción*”. Fue entonces cuando los procesados comenzaron a quitarle la ropa para, acto seguido, obligarle uno de ellos a realizarle una felación. Ante tal situación, la joven “*sintió un intenso agobio y desasosiego*,

que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados.”

La denunciante fue penetrada bucalmente por todos los procesados; vaginalmente por dos de ellos y analmente por otro, llegando incluso a eyacular dos de los procesados sin que ninguno utilizara preservativo.

Además, dos de ellos tomaron fotos y vídeos de la situación, los cuales luego compartieron en un grupo de Whatsapp. Finalizados los hechos, uno de los que grabó la escena se apoderó del móvil de la joven, al cual le quitó la funda y las tarjetas SIM y microSD, arrojándolas en el portal.

Cuando los procesados abandonaron el portal, la denunciante se vistió y salió de allí hasta llegar a un banco donde, debido a sus lloros desconsolados, una pareja la atendió y llamó a la policía.

En su sentencia la Audiencia Provincial de Navarra condenaba a los cinco procesados como autores de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto por el art. 181.3 del Código Penal, en el subtipo agravado del número 4, a la pena de nueve años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales. Además, se impuso cinco años de libertad vigilada para cada uno y la prohibición de acercamiento y comunicación con la denunciante, a la que además tenían todos ellos que indemnizar, junto al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

Igualmente se condenó a uno de los jóvenes como responsable en concepto de autor de un delito leve de hurto del art. 234.2 del Código Penal, a la pena de dos meses de multa con una cuota diaria de quince euros.¹³⁴

5.2. El debate: ¿abuso o agresión?

El detonante de las críticas surgidas sobre la referida sentencia se situó en la apreciación por parte de la Audiencia Provincial de Navarra de un delito de abuso sexual y no de agresión sexual. Aunque tanto esta resolución, como las que a ella le siguen en el

¹³⁴ SAP Navarra 38/2018 (Sección Segunda), de 20 de marzo de 2018 (núm. recurso: 426/2016).

procedimiento, contienen numerosos y relevantes pronunciamientos, me voy a centrar ahora en analizar aquellos que se refieren a esta controversia en específico, debido a la gran indignación social que en torno a ella se generó.

La sentencia fue recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal, la acusación particular y las acusaciones populares, las cuales se ejercían por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y el Ayuntamiento de Pamplona. También intervinieron como apelantes los cinco acusados y, como parte apelada, el Servicio Navarro de Salud.

Uno de los motivos de apelación alegado por todas las acusaciones se basaba en la infracción de los arts. 178, 179, 180.1, 180.2 CP.

Por su parte, el Ministerio Fiscal argumentó que *“la correcta calificación de los hechos probados no permite encuadrarlos en la figura del abuso con prevalimiento, sino que deben reputarse agresión con intimidación. Se argumenta que la situación sorpresiva en que se encontró la víctima le impedía una reacción: por la intensidad y gravedad de la inhibición de su libertad, desvalimiento extremo, dada la superioridad física y numérica de los acusados”*. Añadió que *“cualquier persona razonable asumiría la inutilidad de una oposición a tamaña agresión, que solo conduciría a la víctima a sufrir males mayores.”* Por ello, el Ministerio Fiscal concluyó que *“los hechos son constitutivos de un delito continuado de agresión sexual, con dos circunstancias agravantes: la acción conjunta de dos o más personas (180 ap. 2 CP), y tratarse de actos denigrantes y vejatorios (Art. 180 ap. 1 CP).”*

Las acusaciones populares entendieron que los hechos eran constitutivos de un delito de agresión sexual por existir violencia, debido a la entrada súbita y repentina en el portal mientras dos personas tiraban de la joven inmovilizada y sin posibilidad de reacción.

La acusación particular argumentó que había existido intimidación ambiental.

La *Sección Primera del Tribunal Superior de Justicia de Navarra*, en su *Sentencia 8/2018, de 30 de noviembre de 2018*, se pronunció de la siguiente manera.

Respecto a la concurrencia de violencia en los hechos, el Tribunal apreció que la violencia *“está expresamente excluida en el relato de hechos pues estos dicen textualmente que “...la apremiaron a entrar en el portal tirando de la denunciante, quien de esa guisa entró en el recinto de modo súbito y repentino, sin violencia”; la sentencia recurrida, por tanto, expresamente excluye la violencia.”* Además, respecto a si hubo violencia durante el

desarrollo de la conducta sexual, el Tribunal argumentó “*agarrarla del pelo, de un brazo, de la espalda; más allá de esta frase, según la STS 80/2012 de 10 febrero, no explicita ningún comportamiento en el acusado que exprese violencia; en la STS 411/2014 de 26 mayo se afirma que el hecho de sujetar la cabeza durante una felación, sin más datos, no puede equipararse a la violencia típica del delito de agresión sexual; y la STS 618/2003 de 5 mayo, concluye que agarrarle de los brazos con firmeza, sin llegar a pegarle ni a someterla...son circunstancias consecuencia de la propia dinámica comisiva del autor*”.

Por lo que se refiere a la concurrencia de intimidación, se reconoció en la sentencia que ciertamente esto generaba mayores dudas. No obstante, se terminó estableciendo que “*la sentencia recurrida no encuentra o sustantiviza en los acusados ningún gesto que acredite una acción intimidatoria y que autorice la calificación de agresión pretendida en los recursos, pues dicha sentencia se limita a decir en los hechos probados que la víctima adoptó: una actitud de sometimiento y pasividad.*”

La Sala tampoco consideró que existiese intimidación ambiental como amenaza tácita o implícita, como sí apreciaba la acusación particular. De hecho, señaló que “*todo parece acontecer de acuerdo a un encadenamiento de sucesos que en sí mismos no fueron premeditados ni preconstituídos, sino aprovechados; sin que los hechos probados identifiquen este dolo específico de la amenaza o intimidación, siquiera fuera ambiental, antecedente y buscada de propósito por el grupo como tal. La víctima ha contactado y acompañado a los acusados por su propia voluntad, entrando al portal sin violencia ni amenaza: "entró en el recinto de modo súbito y repentino, sin violencia" (dicen los hechos probados), "no sentí miedo ni intimidación" (expresa la víctima, describiendo su entrada en el portal).*”

En atención a estas argumentaciones, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra desestimó estos motivos, manteniendo la decisión de la Audiencia Provincial de Navarra respecto a que los hechos eran constitutivos de un delito de abuso sexual y no de agresión.

No obstante, en la sentencia de apelación se incluyó un voto particular, pues dos de los magistrados consideraron que los actos imputados eran constitutivos de un delito continuado de agresión sexual con intimidación.

Sobre la concurrencia de violencia en la conducta sexual, el voto particular se pronunció expresando que: *“ciertamente, a pesar de la realización de conductas tendentes a obligar a la denunciante a acceder a tal lugar, no han sido consideradas como "violencia", al efecto de integrar uno de los elementos definitorios del delito de agresión sexual”*.

En relación con la apreciación de intimidación, el voto particular recordó que *“se ha venido afirmando que la diferencia entre el delito de abuso sexual y el de agresión sexual radica en que el primero se comete viciando el sujeto activo el consentimiento de la víctima mediante el prevalimiento de una situación de superioridad...en tanto que en el segundo el atentado se consigue venciendo, mediante la fuerza o la intimidación, la voluntad contraria de aquélla, de tal suerte que "se cometería agresión sexual en todas las situaciones en que el sujeto activo coarte, limite o anule la libre decisión de una persona en relación con la actividad sexual que el sujeto agente quiere imponer" (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2.004 y 10 de diciembre de 2.014).”* Sobre la intimidación ambiental se estableció, reproduciendo la STS de 4 de julio de 1991 que: *“para ello basta con que el autor del delito, con sus propios actos, configure una situación ambiental integrada por una serie de circunstancias que la víctima valora como algo que hace inútil una posible oposición por su parte...en que en tal lugar y hora no exista posibilidad de obtener auxilio por terceras personas, así como la actitud del sujeto agresor, normalmente de consistencia física más fuerte, que manifiesta su decidido propósito de abusar del cuerpo ajeno para la satisfacción de sus propios apetitos, sin que sea preciso utilizar ningún arma o instrumento material amenazante.”* Por ello, en vista de estos argumentos y de los hechos probados, el voto particular apreció una acción intimidatoria, estableciendo que: *“entienden los firmantes del presente voto particular que, ante las tales actos habidos tanto con anterioridad, próximos en el tiempo así como los que tuvieron lugar durante la realización de los hechos, efectuados por todos los procesados, en distintas formas y posiciones, no ha de obtenerse la conclusión de haber tenido lugar, simplemente, un supuesto de abuso de superioridad del que se han aprovechado y prevalido los acusados para la satisfacción de sus deseos, sino un acto de intimidación y coacción creado por todos ellos, tendiendo una encerrona a la víctima, teniendo en cuenta la prácticamente nula posibilidad de ésta de huir y/o escapar. En definitiva, conductas reveladoras de la existencia de intimidación suficiente para mantener que los hechos tuvieron lugar mediante intimidación ambiental para vencer la voluntad de la víctima.”*

También se apreció por el voto particular la aplicación del art. 180.1.1^a CP, pues consideró que la intimidación revistió un carácter particularmente degradante o vejatorio por varios motivos: la salida individual de los acusados al terminar, el hecho de dejar a la joven desnuda en el portal, la apropiación de su móvil extrayendo sus tarjetas y arrojándolas al suelo y la cantidad de conductas sexuales a las que fue sometida.

Finalmente, se apreció por el voto particular la agravación conjunta de dos o más personas del art. 180.1.2^a CP, pues señaló que “*los hechos que nos ocupan fueron cometidos por los cinco acusados, imputándosele a cada uno de ellos, en concepto de autores, la comisión de un delito continuado de agresión sexual.*”¹³⁵

En base a la resolución dada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, se interpuso por todas las acusaciones y el Ministerio Fiscal, y también por los cinco condenados, un recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Los motivos de casación de las acusaciones seguían en la misma línea que los ya expuestos en apelación. Así, tanto el Ministerio Fiscal, como la representación de la víctima argumentaron una inaplicación indebida de los arts. 178, 179, 180.1.1^o y 180.1.2^o CP. Por su parte, el la Comunidad Foral de Navarra argumentó la infracción de los arts. 178, 179, 180.1.1^o, 2^o y 3^o y 181 CP y el Ayuntamiento de Pamplona argumentó la infracción de los arts. 178, 179 y 181 CP.

En este sentido, el Alto Tribunal se pronunció de la siguiente manera acerca del tipo penal, abuso o agresión sexual, al que se subsumían los hechos en su *Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019 (Sala Segunda), de 4 de julio de 2019*.

El Ministerio Fiscal expuso en su primer motivo que “*para poder afirmar que nos encontramos ante la figura del prevalimiento, tal y como mantiene la sentencia mayoritaria recurrida -a la vista de la doctrina jurisprudencial que transcribe y analiza-, los hechos probados han de recoger que debido a esa superioridad numérica y física de los acusados la víctima accedió a mantener las relaciones sexuales y ese acceder también deberíamos verlo reflejado en los hechos probados. Acceder significa consentir en lo que alguien solicita o quiere. No consta en los hechos probados que la víctima consintiera o accediera a mantener tales relaciones, ni tal siquiera de manera subliminal. No consta que los agresores solicitaran*

¹³⁵ STSJ Navarra 8/2018 (Sección Primera), de 30 de noviembre de 2018 (núm. recurso: 7/2018).

de la víctima mantener tales relaciones. Consta, simplemente, que ellos inhibieron a la víctima con su sola presencia y actitud frente a la que no pudo ofrecer reacción alguna.”

Frente a esta argumentación el Tribunal Supremo reconoció que existe un error en la identificación de la agresión sexual con el delito de violación y recordó que *“en el modelo actual de tipificación penal de los delitos contra la libertad sexual, la diferencia entre los tipos de abuso sexual y los más graves de agresión sexual, no consiste en la concurrencia de acceso carnal, sino en la utilización de violencia o intimidación”*. Más adelante añadió, en referencia a jurisprudencia anterior que *“en el delito de abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado como consecuencia de las causas legales diseñadas por el legislador, y en el delito de agresión sexual, la libertad sexual de la víctima queda neutralizada a causa de la utilización o el empleo de violencia o intimidación.”* Sobre la apreciación de intimidación recordó que *“como ha establecido la jurisprudencia consolidada de esta Sala, la intimidación empleada en el delito de violación no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta.”* También se refirió el Supremo en la sentencia acerca de la diferencia del prevalimiento y la intimidación estableciendo, en virtud también de anterior jurisprudencia que *“el actual C. Penal define el prevalimiento en el art. 181.3 con una nota positiva como aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, con lo que se está expresando la doble exigencia de que prácticamente exista una situación de superioridad y que esta sea evidente y por tanto eficaz porque debe coartar efectivamente la libertad de la víctima, y como nota negativa, que lo separa de la intimidación no tiene que haber un comportamiento coactivo que anule el consentimiento (ni mucho menos violento)”* y que *“en el caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima hay una ausencia de consentimiento, ésta se encuentra doblegada por la intimidación por el miedo que le provoca la actitud del agente. En caso de prevalimiento, existe la voluntad de la víctima que acepta y se presta acceder a las pretensiones del agente, pero lo hace con un consentimiento viciado no fruto de su libre voluntad autodeterminada”*.

En vista de todo lo anterior, el Tribunal Supremo concluyó que los hechos sí debían ser calificados como delito de violación de los arts. 178 y 179 CP, señalando que “*la Jurisprudencia de esta Sala, como hemos visto, para sentar las bases de la concurrencia de violencia o intimidación, exige que la sentencia contenga una descripción suficiente de los factores concurrentes en el momento de consumarse el hecho delictivo, tales como la edad de la víctima y de los agresores, y las circunstancias de lugar y tiempo y ambiente en que se produce el ataque a la libertad sexual. Requisitos que concurren en el presente caso, ya que, aun prescindiendo de la pluralidad de intervinientes, la situación descrita en el relato fáctico conlleva en sí misma un fuerte componente intimidatorio: el ataque sexual a una chica joven, tal y como era la víctima que solo contaba con 18 años de edad, y en un lugar solitario, recóndito, angosto y sin salida, al que fue conducida asida del brazo por dos de los acusados y rodeada por el resto, encontrándose la misma abordada por los procesados, y embriagada, ello sin duda le produjo un estado de intimidación, que aunque no fuera invencible, sí era eficaz para alcanzar el fin propuesto por los acusados, que paralizaron la voluntad de resistencia de la víctima, tal y como describe el relato fáctico, sin que en momento alguno existiera consentimiento por parte de la misma, y sin que sea admisible forzar el derecho hasta extremos de exigir de las víctimas actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores, como ha dicho esta Sala en múltiples ocasiones.*”

El Tribunal Supremo también se pronunció acerca de la alegada inaplicación indebida de los arts. 180.1º y 180.1.2º CP.

Sobre la apreciación de la primera agravante dispuso que la misma concurre “*cuando se aprecie, al lado de una agresión, una violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos, o bien, una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo, es decir, algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual.*” Por ello, consideró que debía aplicarse esta primera agravante en base a que “*la descripción fáctica, permite apreciar que la víctima sufrió durante el tiempo que duró la agresión una situación en la que la violencia e intimidación ejercidas no solo permitieron la agresión sexual en sí misma, sino que los acusados se excedieron en el "modus operandi", más allá de las concretas acciones intimidatorias efectuadas, con acciones tales como penetrar anal, vaginal y bucalmente a la víctima en un periodo de tiempo de 1 minuto y 38 segundos, hasta en diez ocasiones, a la vez que la estaban grabando y sacándole fotos, situación en la que la misma*

estaba sometida. Conducta que le fue impuesta a la víctima, de la que se desprende una clara denigración como mujer.”

Sobre la apreciación de la segunda agravante estableció que “*para la aplicación de este supuesto agravado se requiere que la pluralidad de sujetos actúe de forma conjunta o confabulados para agredir sexualmente al sujeto pasivo, en cambio no es preciso, de forma necesaria, un previo concierto de voluntades entre los sujetos, bastando el acuerdo accidental de los mismos. Para la aplicabilidad de este supuesto agravado es preciso que el delito pudiera haberlo cometido uno sólo de los agentes, pues si para la comisión del delito resultara imprescindible la actuación conjunta de todos, en el caso concreto, no podríamos aplicar la presente agravación*”. Y con ello, se concluyó que sí se apreciaba el subtipo agravado del art. 180.1.2º CP, por los siguientes motivos: “*1º La presencia de los cinco acusados, previamente concertada, supone una acusada superioridad (...); 2º El delito podría haber sido cometido por una sola persona, lo que bastaría para apreciar la intimidación que hemos descrito, dadas las circunstancias concurrentes (...); 3º La propia naturaleza de la agravación, que implica un incremento del desvalor de la acción (...); 4º El hecho de no haber sido condenados como cooperadores necesarios en las agresiones sexuales consumadas por los otros procesados, sino exclusivamente como autores directos en las que han sido autores materiales, aplicando la continuidad delictiva (...)*”

La Administración de la Comunidad Foral de Navarra también apreciaba la aplicación del art. 180.1. 3º CP pues entendía que “*queda acreditada la misma al ser la víctima especialmente vulnerable por razón de su edad y de su situación, en concreto indica que la víctima apenas había cumplido los 18 años, frente a los cinco varones de entre 24 y 27 años, que se encontraba sola en una ciudad que no conocía, y que había ingerido bebidas alcohólicas, lo que aumentaba su vulnerabilidad*.” Frente a ello el Tribunal Supremo concluyó que “*llegamos a la conclusión que no concurre en el supuesto enjuiciado la circunstancia tercera del subtipo agravado del art. 180.1 del CP, ya que las circunstancias alegadas por el recurrente, edad y estado de embriaguez, ya han sido tenidas en cuenta para tipificar los hechos como agresión sexual e integrar la intimidación apreciada, pues lo contrario implicaría infracción del principio non bis in ídem, sancionando a los acusados en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos*.”

En conclusión, finalmente se condenó en el fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo a los cinco varones como responsables de un delito continuado de violación de los arts. 178 y 179 CP, con las agravantes de los arts. 180.1. 1º y 180.1. 2º CP a 15 años de prisión,

a la prohibición de acercamiento a la denunciante durante 20 años y a 8 años de libertad vigilada.¹³⁶

En mi opinión, considero acertado el fallo del Tribunal Supremo en todos sus extremos, pues creo que los hechos probados describen una situación intimidatoria y no un simple prevalimiento por parte de los autores del delito, siendo aplicable por ello el tipo penal de la violación. No existe una simple situación de superioridad de los condenados frente a la joven, sino que lo que existe es una situación de intimidación tal que cualquier actuación de defensa llevado a cabo por la joven habría sido completamente inútil o, incluso, hubiese agravado aún más los hechos. Esto lo considero así porque, como bien se expone en la sentencia de casación a partir de los hechos declarados probados, en ningún momento la víctima actúa bajo un consentimiento viciado (lo cual podría justificar la apreciación de un delito de abuso con prevalimiento), sino que nunca llega a existir ningún tipo de consentimiento, y que sus acciones se desarrollaron bajo una actitud de sometimiento y pasividad derivados del agobio y la angustia que la situación le causaron.

También considero aplicables las dos agravantes apreciadas por el Tribunal Supremo. La primera de ellas, el carácter degradante o vejatorio, en atención a todas las conductas sexuales que la víctima se vio obligada a realizar y al desprecio con el que la misma es tratada al finalizarse las acciones sexuales, dejándola sola y desnuda en un portal ajeno, sustrayéndola el móvil y tirando sus tarjetas en el mismo suelo del portal. Y la segunda agravante, la actuación conjunta por dos o más personas, en atención a que las conductas típicas se llevaron por parte de los cinco individuos, de manera individualizada, es decir, los cinco participaron en crear ese ambiente intimidatorio y los cinco por separado llevaron a cabo conductas sexuales típicas.

5.3. El Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual

El movimiento crítico que surgió tras el caso de “*la Manada*”, sobre todo, tras las sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, provocó una mayor visibilidad de las violencias sexuales y, como consecuencia, se ha aprobado por el Consejo de Ministros el día 3 de marzo de 2020 el inicio de la tramitación del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual¹³⁷, que reforma el Código Penal e

¹³⁶ STS 344/2019 (Sala Segunda), de 4 de julio de 2019 (núm. recurso: 396/2019).

¹³⁷ En el momento de elaborar el presente trabajo el texto no había sido remitido aun a las Cortes.

incorpora medidas de prevención, sensibilización, señalamiento y reparación a las víctimas de delitos sexuales.¹³⁸

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual establece en su Exposición de motivos que las violencias sexuales son una cuestión social y un problema estructural, pues a la vez que se realiza un daño individual en la persona agredida, este daño repercute colectivamente al resto de mujeres, que reciben un mensaje de inseguridad y dominación radicado en el género. Igualmente, se señala que con la presente ley se pretende dar respuesta a las recomendaciones del Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas y al Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul)¹³⁹.

El texto se estructura en un Título Preliminar, ocho Títulos, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición rogatoria y veinte disposiciones finales, adoptando una perspectiva integral y novedosa en el ámbito de las violencias sexuales, que se materializa en la modificación de las disposiciones del ordenamiento jurídico necesarias para llevar a efecto los objetivos y principios de esta Ley.¹⁴⁰

En su art. 3 amplía el concepto de violencia sexual, estableciendo que debe entenderse como tal cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, es decir, todos los delitos del Título VIII del Código Penal más la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado y la trata con fines de explotación sexual. En este sentido, modifica un total de catorce artículos del Código Penal, los cuales son los siguientes: art. 83.2, art. 84.2, art. 172

¹³⁸ La Moncloa.gob.es. 2020. *El Gobierno presenta una reforma educativa basada en la excelencia y la equidad*. [en línea] disponible en:

<<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2020/030320-consejo.aspx>> [Consulta: 16 may. 2021].

¹³⁹ Aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011. Entró en vigor el 1 de agosto de 2014. Ratificado por España mediante instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

¹⁴⁰ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *“Las manadas” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 290.

bis, art. 172 ter, art. 173, art. 178, art. 179, art. 180, art. 181, art. 182, art. 184, art. 190, art. 191 y art. 443.

En consonancia con las materias tratadas a lo largo de este trabajo, cabe tener en cuenta sobre todo las modificaciones que este Anteproyecto de Ley Orgánica prevé en el Título VIII del Libro II del Código, que pasaría a denominarse de nuevo “*Delitos contra la libertad sexual*” (eliminándose la indemnidad sexual como bien jurídico protegido y regresando a la denominación anterior a la LO 11/1999) y, concretamente, en sus arts. 178 a 182, pues se modificaría por completo la regulación del delito de agresión sexual, suprimiéndose el delito de abuso sexual para pasarse a considerar como agresión cualquier conducta que atente contra la libertad e indemnidad sexual sin consentimiento.

En este sentido, el art. 178 CP quedaría redactado de la siguiente manera:

“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. 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.

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 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.

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

Como puede observarse, la tipificación de la conducta pasa a girar exclusivamente en atención al consentimiento de la víctima, que parece que en todo caso tendrá que haberse otorgado de manera expresa y no haberse dado en alguna de las situaciones descritas por el segundo apartado del precepto, en el que no se hace otra cosa que mezclar los medios típicos de los actuales delitos de agresión y abuso sexual, sin ninguna distinción. Esta misma regulación basada en el consentimiento expreso tiene lugar en el art. 194 del Código Penal

de Islandia¹⁴¹ y en el art.1 del Capítulo 6 del Código Penal suizo¹⁴², ambos reformados en 2018.

En atención a las penas, para el caso de que se apreciara un delito de agresión sexual, se impondría una pena de 1 a 4 años. Por tanto, en el supuesto de que se hubiera cometido una agresión sexual en los términos actuales del Código Penal, la pena máxima que se podría imponer por el juez se rebaja un año con esta nueva redacción. Por el contrario, si se hubiera producido un abuso sexual subsumible en los actuales apartados 1, 2 o 3 del art. 181 CP, la pena máxima se amplía un año en comparación con la regulación actual.

Respecto al art. 179 CP, regulador del delito de violación o agresión sexual con penetración, quedaría redactado de la siguiente manera: “*cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a diez años*”.

A través de este artículo se impondría una pena de cuatro a diez años en caso de que hubiera habido penetración. Esto supone que se mantenga la misma pena que la prevista actualmente por el Código para abusos sexuales con penetración (art. 181.4 CP), y consecuentemente, que se rebajen las penas máximas y mínimas cuando la violación haya tenido lugar con violencia o intimidación (en el actual art. 179 CP, la pena de prisión va de los seis años como mínimo a los doce como máximo).

En referencia a las circunstancias agravantes, el art. 180 CP quedaría redactado así: “*1. Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de dos a seis años para las agresiones del art. 178.1 y de siete a doce años para las del artículo 179 cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

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

2.ª Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad, de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, o cause un grave daño a la víctima.

¹⁴¹ Promulgado por La Legislatura el 12 de febrero de 1940. En vigor desde el 12 de agosto de 1940.

¹⁴² Promulgado por la Asamblea Federal de Suiza el 20 de diciembre de 1937. En vigor desde el 1 de enero de 1942.

3.ª Cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, discapacidad, dependencia o cualquier otra circunstancia de análoga significación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

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

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

6.ª Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas respectivamente previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo se impondrán en su mitad superior, pudiendo llegarse a mitad inferior de la pena superior en grado.

3. En todos los casos previstos en este capítulo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.”

A través de la nueva redacción propuesta de este precepto, por un lado, se incluirían dos circunstancias agravantes nuevas, la número 4, sobre las relaciones de afectividad entre sujeto activo y víctima y la número 6, sobre la administración de sustancias. También se modificaría la redacción de la agravante referente al carácter degradante o vejatorio de la conducta. Y, por otro lado, se suprimiría la circunstancia agravante cuarta del actual precepto, sobre las relaciones de superioridad o parentesco. Parece que quisiera reducirse el ámbito de aplicación de esta agravante exclusivamente a las relaciones de pareja y no a las relaciones de parentesco en general, como la que puede darse, por ejemplo, entre padre/madre e hijo/a o entre tío/a y sobrino/a, o a las de superioridad, como la que puede darse entre profesor/a y alumno/a.

En referencia a las penas, se sigue el modelo del actual art. 180 CP, diferenciando según la circunstancia agravante aparezca en el tipo básico de la agresión o en su tipo

cualificado. Las penas, que en la actual redacción se sitúan en cinco a diez años de prisión para el tipo básico y en doce a quince años para el tipo cualificado, pasarían a situarse en dos a seis años para el tipo básico y en siete a doce, para el agravado. Como vemos, una reducción considerable tanto de la pena máxima, como de la mínima.

También se modificaría el apartado segundo de este artículo sobre la concurrencia de varias agravantes, estableciéndose ahora la posibilidad de llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado. Y, por último, se añadiría un tercer apartado que prevé la inhabilitación absoluta de autoridades, agentes y funcionarios.

Como consecuencia de la asimilación del delito de abuso sexual al de agresión sexual, el contenido del Capítulo II del Título VIII del Código quedaría completamente suprimido tras la nueva redacción.

En este sentido, el art. 181 CP pasaría ahora a tipificar las agresiones sexuales a menores de 16 años, clarificándose el hecho de que se incluyen dentro de la conducta típica tanto los actos sexuales realizados por el menor con un tercero, como sobre sí mismo a solicitud del autor. En su apartado segundo se recogerían las modalidades agravadas y un tipo atenuado similar al del art. 178.3. En su apartado cuarto, se contemplaría un listado de agravantes.

De la misma forma, el art. 182 regularía ahora el delito contemplado en el art. 183 bis del actual CP, aunque eliminándose del tipo la conducta de determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, pues esta se tipificaría ahora en el art. 183.1 CP.

El art. 183 bis CP del anteproyecto regularía el contenido del actual art. 183 quater CP, aunque limitándose la exclusión de la responsabilidad penal únicamente a los tipos básicos de agresión sexual.

También cabe hacer mención al art. 194 bis CP proyectado, pues a través de él se introduce una norma concursal según la cual los delitos contra la libertad sexual, entre otros, se castigarán de manera separada como un concurso real.

El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) aprobó el día 25 de febrero de 2021 un Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad

Sexual¹⁴³ en el que ha expresado su parecer acerca del mismo. De esta forma, me parece interesante aludir a algunas de sus interpretaciones acerca del texto proyectado, en especial a las relativas a la nueva regulación del delito de agresión sexual que venimos viendo.

El Informe del CGPJ comienza realizando una crítica al carácter de ley orgánica “parcial” que se le ha otorgado al Anteproyecto. Esta crítica se fundamenta en el hecho de que solo responden verdaderamente al contenido de ley orgánica las disposiciones finales primera, tercera, quinta, séptima, octava, novena y decimoprimeras, mientras que el resto del contenido del anteproyecto se corresponde más bien con el contenido propio de una ley ordinaria. De esta forma, el CGPJ señala que la opción técnica correcta hubiera sido realizar una regulación separada de las modificaciones a leyes orgánicas (en una ley orgánica) y el resto de las disposiciones (en una ley ordinaria).

También indica que se observan concurrencias en el texto proyectado con otras normas vigentes, en especial con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Afirma el CGPJ sobre este punto que en buena técnica normativa debían haberse evitado las concurrencias y establece que una posible solución a este problema sería reducir el contenido normativo del anteproyecto a sus aspectos nucleares y autónomos referidos a la violencia sexual, que se diferencien del contenido de otras leyes.

Seguidamente, en referencia al contenido del articulado, se establece en el Informe que muchas de las disposiciones pragmáticas del texto no son más que enunciados normativos descriptivos sin contenido jurídico y que, en muchas otras ocasiones, se repiten sin más derechos que ya se encuentran reconocidos por otras normas. Además, destaca la presencia de erratas en sus líneas.

Por lo que se refiere a la nueva redacción que el anteproyecto da al Título VIII, se establece en el Informe que la desaparición de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido no viene acompañada de modificaciones en los preceptos que tipifican las violencias sexuales contra menores de 16 años, lo que obliga a realizar una interpretación abstracta del concepto de indemnidad sexual que hasta el momento se ha elaborado por la doctrina jurisprudencial.

¹⁴³ Adoptado por acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero de 2021, por el que se aprueba.

Sobre la propia regulación del delito de agresión sexual, se asumen las críticas que la actual regulación ha sufrido en cuanto a la no consideración como violencia a la utilización de sustancias que anulen la voluntad de la víctima y en cuanto a las diferencias borrosas entre la intimidación o el prevalimiento. Aun así, se considera poco acertada esta nueva regulación en cuanto a que sitúa en un mismo nivel a todos los medios comisivos del delito, sin tener en cuenta que, ciertamente, existen comportamientos más lesivos que otros. Se advierte por parte del CGPJ que la primera consecuencia que se deriva de esta opción regulatoria es que se puede cometer un defecto de protección, pues el tipo penal debe evitar que se cometan los comportamientos más lesivos a través de penas más duras. De esta manera, penando por igual cualquiera de las formas comisivas del delito, puede surgir una situación de desprotección para la víctima. En sentido contrario, se apunta que la segunda consecuencia que podría derivarse es la posibilidad de que se cometa una prohibición de exceso, pues puede ser que se castigue de manera grave conductas que no lo son tanto. Aunque este segundo efecto sí trata de evitarse a través del apartado tercero del art. 178, esto no es suficiente, pues señala el CGPJ que este precepto deja un margen muy amplio que incluso puede llegar a comprometer el principio de legalidad penal. Además, no se precisa en él que para que los hechos sean considerados de menor entidad no deben haberse realizado mediante los medios comisivos del apartado segundo lo cual, según consta en el Informe, hubiese dotado de mayor idoneidad a esta norma.

En referencia al consentimiento, concepto sobre el que sin duda gira la pretendida nueva regulación, el CGPJ se pronuncia estableciendo que no se recogen de manera clara cuáles son los medios a través de los cuales debe entenderse válidamente prestado el mismo. Además, resalta que, aunque no se contenga una definición de consentimiento en la actual redacción del Código, la regulación gira claramente en torno a él, penando las conductas que se hayan realizado sin el consentimiento de la víctima o con su consentimiento viciado. Se afirma que el problema acerca del consentimiento no es conceptual, sino probatorio y que añadir una definición (además, tan contradictoria) solo va a provocar que el debate gire en torno a la existencia o no de todos sus elementos (afectando esto claramente a la victimización secundaria de la víctima).

En atención a la regulación de las agresiones sexuales a menores de 16 años, el CGPJ observa con buenos ojos la modificación del art. 181.1 CP por clarificar que el tipo incluye actos sexuales que realice el menor tanto con un tercero como sobre sí mismo a instancia del autor. También se valora de manera favorable la exclusión de responsabilidad penal del

consentimiento del menor del art. 183 bis CP solo para los tipos básicos de la agresión sexual y no al resto de delitos del capítulo.

Por lo que respecta a los nuevos marcos penales, se observa que ninguno de ellos ofrece justificación y que la reducción de penas conllevará la revisión de condenas impuestas conforme a la actual regulación.

Por último, en atención a la nueva norma concursal del art. 194 bis CP, se establece que no resulta justificado alejarse de las reglas concursales generales.¹⁴⁴

Varios juristas también se han pronunciado al respecto. Así, es revelador el juicio que la profesora de la Universidad Pública de Navarra, JERICÓ OJER, realiza sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual en el Boletín de la Comisión de Violencia de Género.

Bajo su criterio, la equiparación del abuso y la agresión sexual produce dos efectos importantes: evitar la victimización secundaria y disminuir los problemas probatorios que presenta la tipificación actual a la hora de acreditar la presencia de violencia o intimidación. No obstante, sí reconoce, en el mismo sentido que el CGPJ en su Informe, que la regulación dada no es la más idónea en cuanto a que esta afecta a los principios de proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica del Derecho Penal. Advierte en relación con el art. 178.3 CP que mientras que con la regulación actual los debates surgen en torno a la apreciación o no de intimidación, con esta nueva norma, los debates girarán en torno a la valoración de si el hecho es o no de menor entidad. También se refiere a que debería haberse realizado una distinción en las penas en atención a las modalidades, pues esto afecta al principio de proporcionalidad penal, sobre todo en el art. 179 CP relativo a la violación. Además, repara en que la eliminación de distinciones entre agresión y abuso sexual puede provocar complicaciones en relación con el principio non bis in ídem y el art. 180 CP sobre las circunstancias agravantes. La autora concluye estableciendo que, si bien la unificación conceptual que realiza la norma es un aspecto comunicativamente positivo, deben hacerse

¹⁴⁴ FABREGÓ, Roser Bach, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, Pilar. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*. España: Consejo General del Poder Judicial, 2021, pp. 115-143.

mayores esfuerzos para graduar las diferentes conductas en atención a su desvalor y a la afectación de la libertad sexual.¹⁴⁵

LASCURAÍN SÁNCHEZ, catedrático de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid, publicó unas líneas en el periódico *El País* en las que también mostraba sus reproches sobre la nueva reforma.

Reconoce que el sistema actual es el correcto, aunque eso no implica que no necesite alguna modificación como, por ejemplo, que se incluya la modalidad de abuso con persona privada de sentido en el tipo penal de la agresión sexual o que se elimine el término “*abuso*”. Sin embargo, señala que la pretendida reforma no es justa, pues dice que se olvida de reprimir conductas gravemente imprudentes, no diferencia penas en atención al desvalor de la conducta y puede enviar a la cárcel a ciudadanos cuya culpabilidad no consta fehacientemente. También reconoce que la iniquidad admite grados y así consta en el Código ya en otros delitos como, por ejemplo, el de homicidio.¹⁴⁶

En el mismo sentido se sitúan las críticas de MUÑOZ CONDE, que considera que las dificultades que en un caso concreto puedan encontrar los tribunales para diferenciar uno y otro tipo de ataque a la libertad sexual no deberían conducir a eliminar una distinción que también está presente en otros delitos como, por ejemplo, la que existe entre hurto y robo con violencia o intimidación.¹⁴⁷

Sobre la tramitación del Anteproyecto, a fecha de la entrega del presente trabajo, cabe decir que el Consejo de Estado ha aprobado unánimemente el pasado día 10 de junio su dictamen sobre el mismo. Se trata este informe del último necesario para que el Anteproyecto pueda enviarse al Congreso. Además, a través de las últimas noticias se conoce que está

¹⁴⁵ JERICÓ OJER, Leticia. “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.” *Jueces y Juezas para la democracia. Boletín Comisión de Violencia de Género*, núm. 11, 2020, pp. 15-23.

¹⁴⁶ Elpaís.com. 2021. *Delitos sexuales: ¿una reforma progresista?* [en línea] disponible en: <<https://www.elmundo.es/opinion/2021/04/07/606c5c0d21efa09f178b45a2.html>> [Consulta: 21 may. 2021].

¹⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 221.

prevista la aprobación del texto por el Gobierno para el día 6 de julio de este año 2021, siendo bastante probable que se inicie el debate en el Congreso y en el Senado para septiembre.

6. LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA

El pasado 5 de junio de 2021 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, la cual modifica varios preceptos del Código Penal, entre los cuales se encuentran los ya analizados art. 180, 183.4, 183 quater y 192.3.

Tal y como se establece en su preámbulo, la LO 8/2021 responde a la necesidad de lograr los compromisos y metas del Pacto del Estado contra la violencia de género y de la Agenda 2030, cuya meta 16.2 establece que debe conseguirse “*poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños*”. De igual manera, obedece al examen de la situación de los derechos de la infancia en España en 2018 realizado por el Comité de Derechos del Niño, en el que se reiteró a España la necesidad de aprobar una ley de este tipo.

Se trata de una ley estructurada en 60 artículos repartidos en un título preliminar, cinco títulos, nueve disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y veinticinco disposiciones finales, los cuales persiguen los siguientes objetivos:

- Implementar medidas de sensibilización para el rechazo y eliminación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia.
- Establecer medidas de prevención efectivas contra la violencia sobre la infancia y la adolescencia.
- Impulsar su rápida detección a través de la formación a personas que trabajan regularmente con niños, niñas y adolescentes.
- Reforzar habilidades y conocimientos de niños, niñas y adolescentes.
- Reforzar el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos y escuchados.
- Asegurar su tutela judicial efectiva.
- Mejorar su tutela administrativa.

- Garantizar la reparación y restauración de los derechos de las víctimas menores de edad.
- Garantizar la especial atención a niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad.
- Garantizar la colaboración para la sensibilización, prevención, detección precoz, protección y reparación de esta modalidad de violencia.
- Erradicar las causas estructurales de la violencia contra la infancia y la adolescencia.
- Establecer medidas para crear entornos seguros para la infancia.
- Proteger la imagen del menor.¹⁴⁸

Por lo que a la materia de este trabajo respecta, cabe en este punto contemplar lo dispuesto por la Disposición final sexta de la ley, la cual se refiere a las modificaciones del Código Penal y, más concretamente, a sus puntos dieciocho, diecinueve, veinte y veinticinco.

En el punto dieciocho de la Disposición final sexta se recoge la modificación de las circunstancias 3ª y 4ª del art. 180 CP, que quedan ahora redactadas de la siguiente manera: “3.ª Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 183. 4.ª 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.”

De la comparación de esta nueva redacción con la regulación vigente hasta el pasado 5 de junio, podemos observar cambios mínimos en la circunstancia tercera, en la que ahora se expresa “*persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad*” en vez de “*víctima que sea especialmente vulnerable*” y se modifica la expresión “*situación*” por la de “*cualquier otra circunstancia*”. En la circunstancia cuarta sí se introducen cambios más significativos, pues se añade a la posibilidad de prevalerse de una “*relación de superioridad o*

¹⁴⁸ Vid. art. 3.

parentesco” la de prevalerse de “*una situación de convivencia*”. Además, se elimina a los descendientes como posibles sujetos activos de esta cualificación.

En el punto diecinueve de la Disposición final sexta se recoge la modificación de las letras a) y d) del art. 183.4 CP, que quedan redactadas de la siguiente forma: “*a) Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años. d) Cuando, para la ejecución del delito, el 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.*”

De nuevo, de la comparación de esta nueva redacción con la regulación vigente hasta el pasado 5 de junio, podemos observar como a través de la modificación introducida en la letra a) se pretende hacer referencia de una manera más correcta y concreta a la situación de vulnerabilidad que sufrida por menores, personas enfermas y discapacitadas, pues se sustituyen las expresiones “*escaso desarrollo intelectual o físico*” y “*trastorno mental*”. La letra d), referida también al prevalimiento, se modifica en los mismos términos que la circunstancia cuarta del art. 180.1 CP.

El punto veinte de la Disposición final sexta modifica el art. 183 quater, el cual queda redactado de la siguiente manera: “*el consentimiento libre del menor de dieciséis años, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica*”.

De esta manera, ya se exceptúa de manera expresa la posibilidad de excluir de responsabilidad penal a través del consentimiento del menor de dieciséis años para el delito de agresión sexual a menores, aunque como adelantaba en el capítulo tercero del trabajo, ya cabía interpretarse que la exclusión no tendría lugar en este tipo de supuestos. Además, se especifica en la nueva redacción que la madurez tendrá que ser “*física y psicológica*.”

Por último, a través del punto veinticinco de la Disposición final sexta se modifica el art. 192.3, referido a las posibles penas complementarias que pudiera interponer el juez. Tras esta última modificación, dicho precepto queda redactado en los siguientes términos: “*3. La autoridad judicial podrá imponer razonadamente, además, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria*

potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, y la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, retribuido o no, por el tiempo de seis meses a seis años. La autoridad judicial impondrá a las personas responsables de los delitos comprendidos en el presente título, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuera grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave, en ambos casos se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en la persona condenada.”

Con esta nueva redacción, se amplían los supuestos en los que es aplicable la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades pues, mientras que antes de la modificación el precepto solo se refería a los casos en los que hubieran tenido lugar delitos de los Capítulos II y V, ahora se refiere a los preceptos del “*presente título*” de manera genérica. También se amplía el tiempo superior de la mencionada pena, que pasa de ser de tres a cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad y de dos a diez años para casos sin penas de prisión, a de cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad “*si el delito fuera grave*” y de dos y veinte años “*si fuera menos grave*”.

CONCLUSIONES

Tras la redacción de este trabajo y, sobre todo, con la constatación del altísimo porcentaje que representan las mujeres dentro de la clasificación por géneros de las víctimas de violencia sexual, puedo reafirmar mi opinión sobre que la violencia sexual es un problema estructural que, efectivamente, no afecta a mujeres en singular, sino al conjunto de las mujeres de la sociedad, que indudablemente recibimos un mensaje de temor. Por esto considero que se trata este de un problema que debe ser contemplado desde una perspectiva de género y sobre el que también debe ponerse una especial atención en la minoría de edad.

En este sentido, pienso que el feminismo es un movimiento necesario y que en el ámbito de las violencias sexuales ha sido de gran utilidad para poder dar voz a muchas mujeres y conseguir concienciar a la sociedad de tal forma que el planteamiento de la reforma penal de los delitos de agresión y abuso sexual se ha logrado convertir en una realidad muy próxima.

Sin embargo, sí opino, respecto al Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que se ha “*legislado en caliente*”.

Considero esto así, pues estoy prácticamente de acuerdo con la mayoría de las discrepancias que sobre el anteproyecto expresó el Consejo General del Poder Judicial. Concretamente, creo que situar el centro de la regulación en el consentimiento es un error, pues me parece que en el ámbito de la prueba solo se conseguiría ir en contra de la víctima, aumentándose la victimización secundaria que tanto se persigue eliminar. De igual manera, pienso que la asimilación de todas las conductas típicas en el tipo de la agresión sexual, sin distinciones entre aquellas que tienen un mayor desvalor, unida a la ponderación injustificada de las penas, que precisamente supone la reducción de las mismas para los casos más graves, no tiene otro efecto que el de desprotección de las víctimas pues, en atención de las mismas consecuencias penales, es lógico que el autor del delito actúe a través de medios más lesivos que le aseguren el resultado pretendido.

Tras el estudio que he realizado me aventuro a decir que hay aspectos de la regulación que de ser modificados sí podrían lograr minimizar la victimización secundaria e incluso reducir los casos de violencia sexual.

En este sentido, considero correcta la eliminación de la expresión “*abuso sexual*” y que todas las conductas queden penadas bajo el tipo de agresión sexual (o violación, en su

caso). Mi opinión sobre este punto la fundamento en las palabras expresadas por el Magistrado Joaquim Bosch: “*el término abusos sexuales sugiere que con las mujeres lo normal es el uso y lo inadecuado es el abuso. Pero las mujeres no están para ser usadas*”¹⁴⁹, por lo que no considero que el término abuso sea el más adecuado. Además, tipificando todas las conductas como agresión sexual podría lograrse la disminución de casos en los que se produzca victimización secundaria. Sin embargo, el cambio en la denominación debería mantener en todo caso las diferencias penales entre los distintos tipos de conductas en atención a los medios típicos, tal y como se realiza en la regulación actual (es decir, manteniendo como las conductas más graves y penadas las agresiones sexuales con violencia o intimidación), respetando así el principio de proporcionalidad penal.

Otro aspecto que considero podría resultar beneficioso es el de la calificación como agresión sexual con intimidación para todos los supuestos en los que haya existido una actuación en grupo. En mi opinión, a través de la actuación en grupo se genera una intimidación ambiental que provoca que la conducta sexual llevada a cabo sea merecedora de ser calificada como una agresión sexual de la más alta gravedad. De esta manera se interpretó por la Audiencia Provincial de Burgos, a mi parecer de manera correcta, en el sonado *Caso Arandina*.

En el mismo sentido, el último de los aspectos que a mi parecer debería valorarse es el de la asimilación de la conducta típica realizada a través del uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea con la conducta típica realizada a través de violencia o intimidación. Desde mi punto de vista, esta equiparación debe plantearse en base a las siguientes justificaciones:

En primer lugar, porque estas sustancias anulan la voluntad de la víctima de forma total o prácticamente total de la misma manera que lo hacen la intimidación o el uso de violencia sobre la víctima, de tal forma que el autor puede llegar a conseguir manejar a la víctima completamente a su antojo.

¹⁴⁹ Blogs.publico.es. 2019. *Otro error de la justicia sobre las violaciones*. [en línea] disponible en: <<https://blogs.publico.es/otrasmiradas/25171/otro-error-de-la-justicia-sobre-las-violaciones/>> [Consulta: 16 jun. 2021].

En segundo lugar, porque hablamos de sustancias perjudiciales para la salud, capaces de producir daños equiparables a los que pudieran producirse a través de la utilización de la violencia.

Y, en tercer lugar, porque como se ha reflejado en el trabajo, la jurisprudencia no exige que la violencia o en la intimidación en el caso de existir sean irresistibles, por lo que asimilar estos medios típicos con el de uso de fármacos y otras sustancias en mi opinión no afectaría al principio de proporcionalidad penal ni tampoco produciría un exceso de protección.

No obstante, sí serían más complejos los supuestos en los que dichas sustancias no hayan sido suministradas por el autor a la víctima, sino que este se haya aprovechado de su estado de intoxicación previo, bien provocado por la propia víctima o por un tercero.

Por último, creo que la reforma del Código Penal respecto a estos delitos no dará todos sus frutos si como sociedad no nos concienciamos de al menos dos aspectos. En primer lugar, de la importancia de la educación sexual, la cual es crucial que tenga lugar desde edades tempranas. Y, en segundo lugar, de la necesidad de establecer controles y límites para que los menores de edad no tengan un acceso tan sencillo a materiales pornográficos¹⁵⁰, los cuales reflejan en muchas de las ocasiones situaciones irreales y/o que crean un ambiente humillante y degradante la mayoría de las veces para la mujer.

¹⁵⁰ Según un estudio realizado el 25 de septiembre de 2020 por la Red jóvenes e Inclusión Social y Universitat de Illes Balears, la primera vez que los jóvenes encuentran pornografía es a los 8 años; 1 de cada 4 varones empezó a consumir pornografía antes de los 13 años; la edad media del inicio del consumo en hombres es a los 14 años y la edad media del inicio del consumo en mujeres es a los 16 años. Epdata.es. 2020. *El consumo de pornografía en la juventud española, en datos y gráficos*. [en línea] disponible en: <<https://www.epdata.es/datos/consumo-pornografia-jovenes-datos-graficos/385>> [Consulta: 16 jun. 2021].

BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Informe 0401/2015, del Gabinete Jurídico, sobre certificado negativo del Registro Central de Delincuentes Sexuales.

ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel. *El Código Penal de 1995 y sus posteriores reformas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial (I). Delitos contra las personas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.

Blogs.publico.es. 2019. *Otro error de la justicia sobre las violaciones*. [en línea] disponible en: <<https://blogs.publico.es/otrasmiradas/25171/otro-error-de-la-justicia-sobre-las-violaciones/>> [Consulta: 16 jun. 2021].

BOIX REIG, Javier, COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, ORTS BERENGUER, Enrique y CARBONELL, Juan Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1990.

BOIX REIG, Javier, ORTS BERENGUER, Enrique y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *La reforma penal de 1989*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.

CARMONA SALGADO, Concepción. *Compendio de Derecho Penal Español, Parte Especial I*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1996.

COBO DEL ROSAL, Manuel y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Código penal con jurisprudencia y concordancias*. Libros II y III, Madrid, 1976.

CONSEJO DE MINISTROS. *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual*. Aprobado por el Consejo de Ministros el 3 de marzo de 2020.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal. Tomo II (Parte especial)*. Barcelona: Bosch, 1949.

DE VIZMANOS, Tomás María y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Madrid: Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente, 1848.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y ROMEO CASABONA, Carlos María. *Comentarios al Código Penal español. Parte especial II (Títulos VII-XII y faltas correspondientes)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

Eldiario.es. 2021. *El Gobierno prevé aprobar el próximo martes la ley del “solo sí es sí” con una nueva definición de consentimiento*. [en línea] disponible en: <https://www.eldiario.es/sociedad/gobierno-preve-aprobar-proximo-martes-ley-si-si-nueva-definicion-consentimiento_1_8098959.html> [Consulta: 3 jul. 2021].

Elmundo.es. 2021. *El abuso sexual a menores aumenta en España: manadas, acosos virtuales y el agresor en el hogar*. [en línea] disponible en: <<https://www.elmundo.es/papel/historias/2021/02/23/6034e6a721efa0a97d8bef87.htm>> [Consulta: 24 abr. 2021].

Elpaís.com. 2021. *Delitos sexuales: ¿una reforma progresista?* [en línea] disponible en: <<https://www.elmundo.es/opinion/2021/04/07/606c5c0d21efa09f178b45a2.html>> [Consulta: 21 may. 2021].

Epdata.es. 2020 *El consumo de pornografía en la juventud española, en datos y gráficos*. [en línea] disponible en: <<https://www.epdata.es/datos/consumo-pornografia-jovenes-datos-graficos/385>> [Consulta: 16 jun. 2021].

FABREGÓ, Roser Bach, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, Pilar. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*. España: Consejo General del Poder Judicial, 2021.

FARALDO CABANA, Patricia. *La Manada: Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 2/1990. De 1 de octubre, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del artículo 183 quater del Código Penal.

GOMEZ PAVÓN, Pilar. *El delito de violación: algunas cuestiones. El Código Penal de 23 de noviembre de 1995*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad de Educación a Distancia, 1995.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, Antonio. *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*. España: Ed. Constitución y Leyes, 1997.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y otros. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. *La violación en el Código Penal español*. Granada: Colección de estudios penales, nº.4, 1982.

GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Tomo V. Salamanca: Esteban-Hermanos Impresores, 1893.

JERICÓ OJER, Leticia. “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.” *Jueces y Juezas para la democracia. Boletín Comisión de Violencia de Género*, núm. 11, 2020.

Lamoncloa.gob.es. 2020. *El Gobierno presenta una reforma educativa basada en la excelencia y la equidad*. [en línea] disponible en: <<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2020/030320-consejo.aspx>> [Consulta: 16 may. 2021].

Lavozdegalicia.es. 2021. *El Consejo de Estado aprueba por unanimidad el informe de la ley del “solo sí es sí”*. [en línea] disponible en: <<https://www.lavozdegalicia.es/noticia/sociedad/2021/06/10/consejo-estado-aprueba-unanimidad-informe-ley-solo-/00031623342935502463615.htm>> [Consulta: 17 jun. 2021].

LOPEZ GUTIÉRREZ, Javier y otros. *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España*. Gobierno de España: Ministerio del Interior, 2019.

Masterabogacia-umh-icae.edu.umh.es. 2020. *La reforma de los delitos sexuales. Esquemas sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual y sus efectos en la legislación penal*. [en línea] disponible en: <<http://masterabogacia-umh-icae.edu.umh.es>>

icae.edu.umh.es/2020/04/22/esquemas-efectos-anteproyecto-de-ley-organica-garantia-integral-de-la-libertad-sexual-sobre-la-legislacion-penal/> [Consulta 16: may. 2021].

Mjusticia.gob.es. *Certificado de Delitos de Naturaleza Sexual*. [en línea] disponible en: <<https://www.mjusticia.gob.es/es/ciudadanos/tramites/certificado-delitos>> [Consulta: 24 may. 2021].

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *“Las Manadas” y su incidencia en la futura reforma de los delitos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *Los delitos de agresiones sexuales violentas. Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.

NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, aprobada por Resolución núm. 48/104, del 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General.

NACIONES UNIDAS, *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, aprobado por Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, de la Asamblea General.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. *Regulación Histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*. Madrid: Congreso de los Diputados. Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones de la Secretaría General, 2010.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer Primeros resultados sobre prevalencia, eventos relativos a la salud y respuestas de las mujeres a dicha violencia*. Ginebra: OMS, 2005.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Violencia sexual. Comprender y abordar la violencia contra las mujeres*. Washington, D.C: OPS, 2013.

ORTS BERENGUER, Enrique y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal concordado y comentado. Tomo III*. Madrid: Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, 1856.

PAZ GIL, Iría y ANDREU PÉREZ, Ana Rocío. “Violencia y delincuencia juvenil: Algunas recomendaciones para su prevención”. *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 120, 2018.

Prodasvaconsultoria.com. *El certificado de antecedentes sexuales, imprescindible para trabajar con menores*. [en línea] disponible en: <<https://prodasvaconsultoria.com/el-certificado-de-antecedentes-sexuales-imprescindible-para-trabajar-con-menores/>> [Consulta: 24 may. 2021].

QUINTANAR DIEZ, Manuel y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Elementos de Derecho Penal. Parte especial I. Delitos contra las personas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.

UNICEF. *Un análisis de los datos del programa “Las Víctimas contra las Violencias” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación*. Argentina: UNICEF, 2019.

Upf.edu. *Certificado de Delitos de Naturaleza Sexual*. [en línea] disponible en: <<https://www.upf.edu/web/antecedentespenales/certificado-de-delitos-de-naturaleza-sexual-cdns->> [Consulta: 24 may. 2021].

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen I. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.

Who.int. 2021. *Violencia contra la mujer*. [en línea] disponible en: <<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>> [Consulta: 30 mar. 2021].

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

- STS de 27 de junio de 1891.
- STS de 15 de marzo de 1898.
- STS de 30 de enero de 1968.
- STS de 22 de febrero de 1973.
- Roj: STS 1196/1982 (Sala Segunda), de 18 de enero de 1982.
- STS de 27 de octubre de 1986.
- Roj: STS 7026/1992 (Sala Segunda), de 22 de septiembre de 1992 (núm. recurso: 422/1991).
- Roj: STS 9394/1993 (Sala Segunda), de 16 de julio de 1993.
- Roj: STS 8190/1994 (Sala Segunda), de 14 de diciembre de 1994 (núm. recurso: 377/1994).
- STS 584/1997 (Sala Segunda), de 29 de abril de 1997 (núm. recurso: 2175/1996).
- STS 1241/1997 (Sala Segunda), de 17 de octubre de 1997 (núm. recurso: 275/1997).
- STS 430/1999 (Sala Segunda), de 23 de marzo de 1999 (núm. recurso: 907/1998).
- STS 1396/1999 (Sala Segunda), de 1 de octubre de 1999 (núm. recurso: 1615/1998).
- STS 449/2000 (Sala Segunda), de 4 de septiembre de 2000 (núm. recurso: 1908/1998).
- STS 834/2002 (Sala Segunda), de 13 de mayo de 2002 (núm. recurso: 1376/2000).
- ATS 934/2004 (Sala Segunda), de 17 de junio de 2004 (núm. recurso: 111/2004).
- ATS 1094/2004 (Sala Segunda), de 1 de julio de 2004 (núm. recurso: 262/2004).
- STS 344/2005 (Sala Segunda), de 18 de marzo de 2005 (núm. recurso: 2618/2003).
- STS 1142/2009 (Sala Segunda), de 24 de noviembre de 2009 (núm. recurso: 11655/2008).
- ATS 464/2018 (Sala Segunda), de 8 de febrero de 2018 (núm. recurso: 1594/2017).
- STS 1298/2018 (Sala Segunda), de 18 de octubre de 2018 (núm. recurso: 607/2018).

- SAP Navarra 38/2018 (Sección Segunda), de 20 de marzo de 2018 (núm. recurso: 426/2016).
- STSJ Navarra 8/2018 (Sección Primera), de 30 de noviembre de 2018 (núm. recurso: 7/2018).
- STS 199/2017 (Sala Segunda), de 27 de marzo de 2019 (núm. recurso: 1486/2016).
- STS 205/2019 (Sala Segunda), de 12 de abril de 2019 (núm. recurso: 856/2018).
- STS 344/2019 (Sala Segunda), de 4 de julio de 2019 (núm. recurso: 396/2019).
- SAP Barcelona 813/2019, de 31 de octubre de 2019 (núm. recurso: 5/2018).
- SAP Murcia 247/2020, de 21 de septiembre de 2020 (núm. recurso: 1/2019).
- STS 700/2020 (Sala Segunda), de 16 de diciembre de 2020 (núm. recurso: 10434/2020).
- SAP Lleida 287/2020, de 23 de diciembre de 2020 (núm. recurso: 6/2020).
- STS 66/2016 (Sala Segunda), de 8 de febrero de 2021 (núm. recurso: 1106/2015).
- STS 111/2021 (Sala Segunda), de 10 de febrero de 2021 (núm. recurso: 1538/2019).
- SAP Segovia 8/2021, de 29 de marzo de 2021 (núm. recurso: 8/2020).
- STS 447/2021 (Sala Segunda), de 26 de mayo de 2021 (núm. recurso 3097/2019).
- STS 454/2021 (Sala Segunda) de 27 de mayo de 2021 (núm. recurso 10238/2019).

ANEXO DE LEGISLACIÓN

Legislación española

- Código Penal de 1822. 9 de julio de 1822.
- Ley de 19 de marzo de 1848, por la que se promulga el Código Penal de 1848. *Gaceta de Madrid*, núms. 4873 a 4944, del 21 al 28 de marzo de 1848.
- Código Penal de 1850. *Gaceta de Madrid*, núms. 5823 a 5845, del 10 a 19 de julio de 1850.
- Ley de 18 de junio de 1870, por la que se aprueba el Código Penal de 1870. *Gaceta de Madrid*, núm. 243, de 31 de agosto de 1870.
- Real Decreto Ley de 8 de septiembre de 1928, por el que se aprueba el Código Penal de 1928. *Gaceta de Madrid*, núm. 257, de 13 de septiembre de 1928.
- Ley de 27 de octubre de 1932, por la que se publica el Código Penal reformado, con arreglo a las Bases establecidas en la Ley de 8 de septiembre de 1932. de 1932. *Gaceta de Madrid*, núm. 310, de 5 de noviembre de 1932.
- Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el Código Penal, texto refundido de 1944. *BOE*, núm. 13, de 13 de enero de 1945.
- Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. *BOE*, núm. 148, de 22 de junio de 1989.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE*, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *BOE*, núm. 15, de 17 de enero de 1996.
- Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobada por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. *BOE*, núm. 104, de 1 de mayo de 1999.

- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora penal de los menores. *BOE*, núm. 11, de 13 de enero de 2000.
- 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. *BOE*, núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.
- 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. *BOE*, núm. 152, de 23 de junio de 2010.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE*, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *BOE*, núm. 180, de 29 de julio de 2015.
- Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado. *BOE*, núm. 247, de 15 de octubre de 2015.
- Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales. *BOE*, núm. 312, de 30 de diciembre de 2015.
- 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 15 de junio de 2021.

Naciones Unidas

- Resolución núm. 48/104, del 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por la que se aprueba la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.
- Resolución núm. 54/263, del 25 de mayo de 2000, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por la que se aprueba el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Ratificado por España el 31 de enero de 2012. *BOE*, núm. 27, de 31 de enero de 2002.

Consejo de Europa

- Convenio del Consejo de Europa para Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso sexual, de 25 de octubre de 2007. Ratificado por España el 12 de noviembre de 2010. *BOE*, núm. 274, de 12 de noviembre de 2010.

- Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011. Ratificado por España el 6 de junio de 2014. *BOE*, núm. 137, de 6 de junio de 2014.

Unión Europea

- Directiva 2011/93, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación de los menores y la pornografía infantil. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 335, de 17 de diciembre de 2011.

Islandia

- Código Penal General de 1940.

Suiza

- Código Penal Suizo de 1942.