



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA
COMUNICACIÓN

GRADO EN DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

*LA LEY DEL SOLO SÍ ES SÍ: LA REFORMA DE LOS DELITOS
CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL*

Autoría: Marcos Álvarez Arranz

Tutorizado por: Prof.^a Dr.^a Patricia Tapia Ballesteros

Segovia, a junio de 2023.

RESUMEN

El caso de "la manada", además de suponer un antes y un después en la regulación de los delitos contra la libertad sexual, ha planteado problemas de distinción entre las figuras del prevalimiento y la intimidación. Evidencia de su importancia como piedra angular en la regulación de los delitos de naturaleza sexual ha sido la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, mediante la que se ha establecido una nueva realidad jurídica en este ámbito; realidad que, pese a su posterior reforma, ha sido mantenida, y que tiene dos ejes fundamentales: la conceptualización del consentimiento en las agresiones sexuales y la indiferenciación entre abuso sexual y agresión sexual. Esta ley, además, ha planteado problemas en relación con la irretroactividad de la ley penal.

PALABRAS CLAVE: libertad sexual, prevalimiento, intimidación, abuso sexual, agresión sexual, consentimiento, irretroactividad.

ABSTRACT

The case of "la manada", in addition to representing a before and after in the regulation of crimes against sexual freedom, has raised problems of distinction between the figures of prevalence and intimidation. Evidence of its importance as a cornerstone in the regulation of crimes of a sexual nature has been the Organic Law 10/2022, of September 6, on the comprehensive guarantee of sexual freedom, through which a new legal reality has been established in this area; a reality which, despite its subsequent reform, has been maintained, and which has two fundamental axes: the conceptualization of consent in sexual assaults and the indistinction between sexual abuse and sexual assault. This law has also raised problems in relation to the non-retroactivity of criminal law.

KEY WORDS: sexual freedom, prevalence, intimidation, sexual abuse, sexual assault, consent, non-retroactivity.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE: LA LEY DEL “SOLO SÍ ES SÍ”.....	2
2.1 El caso de “la manada”.....	2
2.2 Una problemática persistente: interpretación y diferenciación del prevalimiento y la intimidación.....	8
3. REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL: REFERENCIA A LOS ARTÍCULOS 178 A 180 A LA LUZ DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE.....	17
4. LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE.....	34
4.1 Consideraciones previas. La irretroactividad de la ley penal como principio general.....	34
4.2 Excepción al principio de irretroactividad penal. La retroactividad de la Ley Orgánica 10/2022.....	39
5. CONCLUSIONES.....	43
BIBLIOGRAFÍA.....	45
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	49

1. INTRODUCCIÓN

Los delitos contra la libertad sexual son percibidos por la sociedad como uno de los ilícitos merecedores de mayor reproche, tanto jurídico como moral. Si bien en términos de criminalidad estricta no son representativos de un elevado porcentaje con respecto al cómputo global, existe una tendencia al alza en lo que a la comisión de delitos de esta naturaleza se refiere. Y así se refleja en los datos oficiales, donde puede observarse un incremento porcentual de 28⁴ puntos en la comisión de ilícitos de índole sexual en el lapso trienal transcurrido entre los años 2019 y 2022.¹

Tanto la concienciación como la cognoscibilidad de estos delitos por parte del grueso de la sociedad parece, igualmente, haber incrementado. Y no es desacertado decir que la piedra angular de esta consecuencia fue el caso de “la manada”. Este mediático caso produjo una suerte de efecto “bola de nieve” que ha alcanzado a la esfera política y ha tenido como consecuencia, en pro de cierto alardeo moral, efectos perniciosos para la sociedad, que no han resultado ser los perseguidos por la clase política.

A lo largo de los subsecuentes epígrafes se abordará, intentando mantener una perspectiva puramente doctrinal y jurisprudencial, la evolución en la regulación de los delitos contra la libertad sexual a raíz del caso de “la manada”, analizando la problemática derivada del propio caso, y desentrañando parte de lo que posiblemente haya sido y sea —en cierto modo, sarcásticamente— el *opus magnum* de la legislación penal de esta década: la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, o ley del “solo sí es sí”. El interés en el análisis de parte de la regulación planteada por esta ley reside, principalmente, en dos notorias novedades que se introdujeron con la misma; la conceptualización del consentimiento en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, y la no diferenciación entre el ya extinto abuso sexual y las agresiones sexuales.

¹ Secretaría de Estado de Seguridad. *Balance Anual de Criminalidad 2022*. [En línea] 2022 <https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/.galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2022/Balance-de-Criminalidad-Cuarto-Trimestre-2022.pdf> [Consulta: 2023]

2. ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE: LA LEY DEL “SOLO SÍ ES SÍ”

2.1 El caso de “la manada”

“La manada”, como se conoce al grupo de cinco varones que agredieron sexualmente a una joven en las fiestas populares celebradas en la capital de Navarra en el año 2016, ha supuesto un antes y un después en la legislación y el tratamiento jurídico de los delitos contra la libertad sexual. Es evidente que este tipo de actos delictivos no supone una novedad en la sociedad, pero la diferencia, en este caso concreto, vino condicionada por dos factores: el “cuarto poder” y una notoria repercusión social.

Los medios de comunicación sobreexplotaron de una forma abrupta y sin escrúpulos lo acontecido, prolongando en el tiempo, casi de modo obsesivo, el tratamiento “informativo” del suceso. Es curioso y triste, como bien relata Juan Soto Ivars, cómo, en un ejercicio de sátira y puesta en evidencia del cuarto poder por el tratamiento otorgado al caso que nos ocupa, un grupo de artistas —en un sentido amplio de la palabra— terminó siendo enjuiciado por lo que grandilocuentemente los medios informativos, con tal de seguir “enganchados” al *share* que “la manada” suponía, anunciaban como “El tour de La Manada”²; tour que nunca existió, pero que los medios informativos nunca se molestaron en constatar.

La repercusión social que el caso supuso derivó, en gran parte, del primer factor. Una explosiva “concienciación social” se tradujo en múltiples y numerosas manifestaciones en contra del fallo dimanado de la Audiencia Provincial de Navarra en su Sentencia 38/2018, de 20 de marzo —en adelante SAP 38/2018—, avivadas especialmente por el voto particular de uno de los magistrados, en las que reverberaron proclamas como “no es no” o “no es abuso, es violación”. En cualquier caso, las pretensiones populares se vieron satisfechas tras la interpretación correctora y el fallo dimanado del Tribunal Supremo en Sentencia 344/2019, de 4 de julio, no siendo hasta finales de 2022 cuando dicha posición social se materializó a nivel legislativo, pasando del “no es no” al “solo sí es sí”, mantra del que se ha servido como seudónimo la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, que ha encontrado, además, justificación o respaldo en la normativa internacional y el Convenio de Estambul.

² SOTO IVARS, Juan. *Nadie se va a réir: La increíble historia de un juicio a la ironía*. DEBATE, 2022.

Sea como fuere, del enjuiciamiento de la “la manada” se ocuparía, en primer lugar y como se ha referido, la Audiencia Provincial de Navarra, en su archiconocida Sentencia 38/2018.

La primera cuestión relevante es la relativa a los hechos probados. Los procesados —J.A., A., A.M., A.J. y J.— se encontraban en la madrugada del 7 de julio de 2016, en la Plaza del Castillo de Pamplona; la denunciante se sentó en el banco donde estaba J.A. y ambos iniciaron una conversación, acercándose posteriormente al banco, primero A. y después los otros tres procesados³. La denunciante les comunicó que iba a irse al coche para descansar, ofreciéndose estos para acompañarle.⁴

En el camino, dos de los procesados se acercaron al Hotel Europa solicitando una habitación para mantener relaciones sexuales, sin que la denunciante hubiera escuchado esta parte de la conversación. Siguiendo el tránsito, uno de los procesados empezó a cogerle del hombro y de la cadera, sintiéndose la denunciante incómoda; en ese momento A., y A.J. cogieron de la mano a la víctima y le apremiaron a entrar en un portal “de modo súbito y repentino, sin violencia, siendo dirigida por los procesados a un habitáculo irregular y reducido, de escasas dimensiones y sin salida —concretamente, de 2’73 m de largo, por 1’02 m de ancho y 1’63 m de ancho en la parte más amplia— donde le rodearon”.

Ante esta situación, la denunciante se sintió impresionada y sin capacidad de reacción, experimentando una sensación de angustia que aumentó cuando uno de los procesados aproximó la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación y notando cómo otro de los procesados le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga⁵. Ante esta situación, adoptó una actitud de sometimiento y pasividad, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados. Los procesados aprovecharon la situación para realizar con la denunciante diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso, y actuando de común acuerdo, siendo penetrada bucalmente por todos los procesados, vaginalmente por A.J., y J.A., éste último en dos ocasiones, al igual que J. quien la penetró una tercera vez por vía anal, llegando a eyacular los dos últimos y sin que ninguno utilizara preservativo. Igualmente, A.M. grabó con su teléfono móvil seis vídeos y tomó dos fotos, al igual que A.J., que también grabó un vídeo.⁶

³ Hechos probados, SAP 38/2018, página 14.

⁴ Hechos probados, SAP 38/2018, página 14.

⁵ Hechos Probados, SAP 38/2018, página 16.

⁶ Hechos Probados, SAP 38/2018, página 17.

Los procesados se marcharon escalonadamente, apoderándose A.M. del terminal de teléfono móvil de la denunciante⁷; la denunciante salió a la calle llorando⁸, llamando la atención de una pareja que llamó al teléfono 112, siendo posteriormente trasladada hasta el Servicio de Urgencias del Complejo Hospitalario de Navarra.

En otro orden de cosas, J.A. envió desde su teléfono móvil varios mensajes de WhatsApp a dos chats, en los que se jactaba de lo acontecido.

Cabe destacar que, con carácter previo a los hechos, la denunciante no presentaba ningún trastorno de la personalidad ni antecedentes de desestabilización psicológica; como consecuencia de estos, sufre trastorno de estrés postraumático.⁹

De igual forma, el tribunal realiza una serie de afirmaciones que, si bien se encuadran en los fundamentos de derecho, y más concretamente en la “valoración en detalle de las fuentes de prueba”, podrían considerarse parte del relato fáctico que los magistrados tienen por cierto —a evidente excepción del voto particular—. Concretamente, considera que “las relaciones de contenido sexual se mantuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad, configurado voluntariamente por los procesados, del que se prevalieron, de modo que las prácticas sexuales se realizaron sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada”¹⁰. En relación con la práctica probatoria de los vídeos grabados por los procesados, entiende que las imágenes ofrecen una “visión sesgada, parcial y fragmentaria del modo en que se desarrollaron los hechos [...] interrumpidas abruptamente cuando la denunciante está agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando”¹¹. Añade, además, que “la denunciante durante toda la secuencia se mantiene con los ojos cerrados, la expresión de su rostro no evoca ninguna distensión, muestra una actitud de pasividad y sometimiento”¹². El tribunal no aprecia “indicadores que permitan considerar la existencia interacción sexual entre denunciante y procesados, ni sincronía de movimientos que sugieran una actuación concertada; al contrario, una situación en la que es patente la ausencia de fuerza y vigor por la denunciante, que evoca una actitud de sometimiento y sumisión por parte de aquella”¹³.

⁷ Hechos Probados, SAP 38/2018, página 17.

⁸ Hechos Probados, SAP 38/2018, página 17.

⁹ Hechos Probados, SAP 38/2018, página 19.

¹⁰ SAP Navarra 38/2018, de 20 de marzo. Justificación probatoria, valoración general.

¹¹ SAP Navarra 38/2018, de 20 de marzo. Justificación probatoria; valoración en detalle de las fuentes de prueba, iv)

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

Una vez conocidos los hechos probados, debemos conocer la argumentación esgrimida abocada al posterior fallo.

Si bien, tanto Fiscalía como acusación particular y acusación popular calificaron los hechos como cinco delitos continuados de agresión sexual, la Audiencia Provincial entiende que son constitutivos de cinco delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento. Esto es debido a que el delito de agresión sexual, tipificado en aquel momento en el artículo 178 del Código Penal —tipo básico— y posteriores artículos 179 y 180 —tipo agravado e hiperagravado respectivamente— en los que se fundamentan las acusaciones, reclaman medios violentos o intimidatorios.

No obstante, y habida cuenta de ello, la doctrina jurisprudencial viene asimilando que la violencia típica del delito de agresión sexual supone una agresión física mediante el empleo de la fuerza. Concretamente, “equivale a acometimiento, coacción o imposición material y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse según su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto, sin que sea necesario que sea irresistible desde un punto de vista objetivo, pues no es exigible a la víctima que ponga en riesgo serio su integridad física o incluso su vida en defensa de su libertad sexual”.¹⁴

En cuanto a la intimidación, señala la jurisprudencia que consiste en la amenaza de un mal no necesariamente inmediato, si bien debe ser grave, futuro y verosímil, y que, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, se vincula a la pretensión del autor de que la víctima acceda a participar en una determinada acción sexual pretendida, pues de lo contrario, se concretará dicho mal¹⁵. La intimidación debe presentar una serie de caracteres, a saber, que sea seria, previa, grave, inmediata y determinante del consentimiento forzado¹⁶. Basta con que la intimidación presente una entidad suficiente para suprimir o someter la voluntad de resistencia de la persona a la que se dirige¹⁷. No obstante, desde un prisma subjetivo, puede plantearse una problemática respecto a lo que debe considerarse como suficiente entidad de la intimidación; por ello, la jurisprudencia ha establecido que debe entenderse por intimidación suficiente aquella que permite “alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada

¹⁴ STS 380/2004 de 19 marzo. Fundamento de derecho cuarto.

¹⁵ STS 9/2016 de 21 de enero en relación con STS 914/2008 de 22 de diciembre y STS 355/2015 de 28 de mayo.

¹⁶ STS 2200/2019, de 4 de julio. Fundamento de derecho quinto, en relación con STS 774/2004, de 9 de febrero.

¹⁷ STS 9/2016, de 21 de enero. Fundamento de derecho primero.

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 males¹⁸.

De esta forma quedó descartada por la Audiencia Provincial la potencial existencia de un delito de agresión sexual, pues encontramos que el tipo básico previsto en el antiguo artículo 178 del Código Penal requiere la concurrencia de violencia o intimidación.

Estimó el tribunal que los procesados configuraron una situación de preeminencia basada en la superioridad sobre la víctima para llevar a cabo los actos de índole sexual, concurriendo un consentimiento viciado al respecto. Esta superioridad, reflejada en el tenor del artículo 181.3 del Código Penal vigente en el momento, debe ser “manifiesta”. Según doctrina jurisprudencial¹⁹, la aludida superioridad debe concurrir en una doble vertiente: por un lado, debe ser notoria y evidente, apreciable desde un plano objetivo; por otro, debe ser eficaz, de forma que tenga una entidad o relevancia suficiente para condicionar la voluntad de la persona sobre la que se ejerce. Refiere la jurisprudencia al hecho de que el sujeto activo, consciente de dicha situación de superioridad, se prevalga de la misma para conseguir el consentimiento de la víctima, siendo en cualquier caso ajeno a la descripción típica un comportamiento activo que evidencie oposición por parte de la víctima²⁰. Perfilando la figura del prevalimiento, no hay disposición legal que aluda a un carácter permanente de la misma, pudiendo ser episódica.

La argumentación del tribunal para estimar la concurrencia de superioridad se fundamentó en tres pilares; la entrada súbita y repentina al portal y la conducción de la víctima al habitáculo de escasas dimensiones donde fue rodeada, la diferencia de edad y de condición física de procesados y víctima, y la desigualdad en experiencias sexuales, todo ello descrito en páginas anteriores.

Cada uno de los procesados fue considerado y condenado como autor, en virtud del artículo 28 del Código Penal, de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto en el anterior artículo 181.4 del Código Penal en relación con el artículo 74 del mismo, relativo a la continuidad de los delitos, a una pena de prisión de nueve años e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante este mismo tiempo. Asimismo, se les impuso

¹⁸ STS 609/2013, de 10 de julio. Fundamento de derecho décimo.

¹⁹ STS 2ª 608/2015 de 20 de octubre. Fundamento de derecho segundo.

²⁰ STS 1518/2001 de 14 de septiembre, STS 2ª 646/2010 de 18 de junio, STS 2ª 855/2015 de 23 de noviembre, STS 2ª 132/2016 de 23 de febrero.

una tercera parte de las costas procesales, y la totalidad de los costes asumidos por el Servicio Navarro de Salud.

Se impuso, igualmente, la prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, o cualquier otro lugar frecuentado por la misma a una distancia inferior a 500 metros, así como la prohibición de establecer comunicación alguna por cualquier medio durante quince años. En previsión del artículo 106.2 del mismo cuerpo legal, se establecieron medidas de libertad vigilada por una duración de cinco años, que se ejecutarán una vez cumplida la pena privativa de libertad. Por último, en materia de responsabilidad civil, objeto del artículo 109 del Código Penal, se impuso el pago a la víctima de forma solidaria por los ya condenados de una cuantía de 50.000 euros, y una cuantía de 1.531'37 euros al Servicio Navarro de Salud.

En cuanto a A.M., se le consideró y condenó, además, como autor de un delito leve de hurto previsto en el artículo 234.2 del Código Penal, a una pena de dos meses multa a razón de quince euros diarios, quedando sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas insatisfechas, siendo además condenado al pago de las costas derivadas por este delito.

Sería el Tribunal Supremo el que diese otra interpretación a los hechos probados en la SAP 38/2018; concretamente, estimaría el primer motivo de recurso del Ministerio Fiscal por inaplicación indebida de los entonces artículos 178, 179 y 74²¹, y, por ende, los motivos de recurso de la acusación particular a este respecto. El fallo del Alto Tribunal condenó a cada uno de los acusados como autores de un delito continuado de violación previsto en los artículos 178 y 179, con las agravantes del artículo 180.1 1ª y 2ª, a una pena de prisión de 15 años, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, prohibición de acercamiento a la denunciante durante 20 años, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros, así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, y a 8 años de libertad vigilada. debiendo indemnizar conjunta y solidariamente a la víctima por este delito en 100.000 euros.

Este fallo es resultado de la interpretación de la intimidación en el caso concreto, y su diferenciación con respecto al prevalimiento, que será objeto de análisis en el siguiente subepígrafe.

²¹ STS 344/2019, 4 de julio. Fundamento de derecho quinto.

2.2 Una problemática persistente: interpretación y diferenciación del prevalimiento y la intimidación

Uno de los principales problemas que puso de manifiesto el caso de “la manada” es la interpretación de la intimidación; como hemos expuesto, la Audiencia Provincial descarta tanto la concurrencia de esta como la de la violencia en la realización de los actos de índole sexual referidos.

El hecho de que en un primer momento los actos fueran calificados como abuso sexual con prevalimiento para, posteriormente, corregir el Tribunal Supremo esta interpretación y entender la concurrencia de intimidación, pone de manifiesto que la línea que separa ambas figuras queda lejos de encontrarse perfectamente determinada.²²

La configuración de estas figuras quedó desdibujada tras la Ley Orgánica 10/2022; y esto es debido a que la redacción del artículo 178 del Código Penal igualó y unificó abuso y agresión sexual. Conforme a la redacción anterior a la ley del “solo sí es sí”, como ha sido ya expuesto, la agresión sexual se caracterizaba por la necesaria concurrencia de uno de dos factores: violencia o intimidación; mientras que al prevalimiento, en relación con las agresiones sexuales, se refería el Código Penal como circunstancia agravante, con una connotación particular: debía venir determinado por una relación de superioridad. Quizá el hecho determinante, siguiendo la literalidad del precepto, sea la necesidad de existencia de una relación, entendida como una conexión o trato existente entre el sujeto activo y la víctima, la cual debe ser de superioridad, lo que supone que el primero se aproveche positivamente de las prerrogativas que ostenta en relación con la víctima por razón de esta. De este modo, podría inferirse que el prevalimiento previsto en las agresiones sexuales exige de una conexión previa o, al menos, inmediatamente anterior entre sujeto activo y víctima, en la que se otorgue al primero ese aspecto cualitativamente ventajoso con respecto a la segunda.

Diferente es, a la luz Código Penal anterior a la reforma de septiembre de 2022, el prevalimiento previsto en los supuestos de abuso sexual. El artículo 181, en su apartado tercero, hacía referencia al prevalimiento derivado de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. En este sentido, puede descartarse una aplicación automática del tipo derivada de la simple existencia de una situación de superioridad objetiva cuando no haya supuesto un condicionamiento al consentimiento de la víctima.

²² STS 344/2019, 4 de julio. Fundamento de derecho quinto.

No es sino el propio Tribunal Supremo quien ha definido el prevalimiento, en los supuestos de abuso sexual, como “cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo de la que el primero no solamente se aprovecha, sino que es consciente de que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación”²³. Pese a ello, la diferenciación entre ambas figuras sigue siendo imprecisa, pues resulta de una apreciación cualitativa, entendiéndose que el prevalimiento no es sino una situación de intimidación, pero de grado inferior. El resultado de este consiste en un “déficit de consentimiento en el sujeto pasivo, determinado por una situación de clara superioridad de la que el sujeto activo se aprovecha”²⁴, sin que sea exigible la exteriorización de un comportamiento coactivo, siendo la asimetría existente en la situación entre agente y víctima la que condiciona la libertad de decisión de esta última, cuando de modo consciente el primero se aprovecha de ello. El prevalimiento ha de ser idóneo, de forma que configure una situación que presione a la víctima de manera suficiente para debilitar su voluntad, en un plano objetivo como subjetivo; es por ello por lo que debe analizarse en cada caso concreto, siendo esto una barrera más a la hora de establecer criterios absolutos en su diferenciación con la intimidación. En cualquier caso, puntualiza el Tribunal Supremo que no es preciso que el prevalimiento sea irresistible.

Desde un punto de vista doctrinal, autores como RAMÓN RIBAS argumentan que intimidación y prevalimiento presentan una estructura idéntica mediante la cual se configura una superioridad de la que el agente se prevalece, si bien en los supuestos de intimidación, esta puede superar el mero hecho de coartar la voluntad de la víctima, llegando incluso a anularla. En este sentido, entiende el autor que el prevalimiento se origina a partir de una atmósfera de temor.

Debido a esta afinidad entre intimidación y prevalimiento, denominado este último como “intimidación de segundo grado” por el propio autor, no será procedente la calificación de los hechos como agresión sexual ante la mera existencia de intimidación, sin antes valorar la entidad de esta²⁵.

Para JAÉN VALLEJO, el prevalimiento en los abusos sexuales debe ostentar la gravedad justa para influenciar de manera clara el proceso de decisión de la víctima, condicionando así

²³ STS 542/2013, de 20 de mayo. Fundamento de derecho quinto.

²⁴ STS 1015/2003, de 11 de julio. Fundamento de derecho cuarto.

²⁵ RAMÓN RIBAS, Eduardo. “El concepto de intimidación en los delitos de agresiones sexuales. Comentario de la STS 1396/1999”. *Revista de Derecho Penal* nº10, 2003, p. 266.

su libertad sexual, pero sin que llegue a ostentar una entidad que permita identificarlo como intimidación²⁶. Entiende el autor y magistrado que el problema en la diferenciación de ambos conceptos radica esencialmente en la propia interpretación del texto legal.

En esta misma línea argumental discurre el pensamiento de SÁNCHEZ ZAMORANO y de GAVILÁN RUBIO. El primer autor entiende que, efectivamente, en los supuestos de abuso con prevalimiento, concurre el consentimiento de la víctima, si bien se encuentra viciado, por lo que no es libremente prestado al no encontrarse en situación de decidir libremente debido a la situación de inferioridad con respecto al sujeto activo²⁷. La segunda autora considera que, en los casos de prevalimiento, el sujeto activo no muestra un comportamiento coactivo, sino que se vale de la situación de superioridad para coartar la libertad de la víctima, no impidiendo esta, pero sí disminuyéndola de forma considerable, con independencia de que se haya configurado a través de actos intimidatorios siempre y cuando su entidad no sea suficiente para ser el ilícito calificado como agresión.²⁸

En otro orden de cosas, debe hacerse una aproximación al concepto de intimidación. El principal problema de esta figura como uno de los dos posibles elementos de concurrencia necesaria previstos en el delito de agresión sexual anterior a la reforma de 2022 era el alcance que se diese a la misma. Las conductas que pudieran entrar en el espectro de la agresión sexual dependerían de la interpretación que se hiciese de la intimidación, como pone de manifiesto GONZÁLEZ GUERRA²⁹.

Para doctrina y jurisprudencia, el límite máximo de la intimidación y el límite mínimo de la violencia comparten una misma línea divisoria; es decir, no existe un espacio de grises entre ambas. No obstante, determinar cuándo nos encontramos ante un supuesto de intimidación es más complejo que determinar un supuesto de violencia, y parte de la dificultad de la tarea reside en que otorgar una interpretación amplia de la intimidación conllevaría, de facto,

²⁶ JAÉN VALLEJO, Manuel. *A propósito de la problemática significación de los conceptos de «violencia», «intimidación» y «prevalimiento de superioridad» en los delitos contra la libertad sexual*. [En línea] 2018 <https://elderecho.com/a-proposito-de-la-problematica-significacion-de-los-conceptos-de-violencia-intimidacion-y-prevalimiento-de-superioridad-en-los-delitos-contra-la-libertad-sexual> [Consulta:2023]

²⁷ SÁNCHEZ ZAMORANO, Francisco. “Tratamiento jurídico de los delitos contra la libertad sexual”. *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Tomo II. Ministerio de Justicia, 1999, p. 23.

²⁸ GAVILÁN RUBIO, María. “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* n°12, 2018, pp. 8-10.

²⁹ GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. *Allanar la voluntad. Delimitación de la intimidación como medio coactivo en los delitos sexuales*. [En línea] Barcelona, 2011 <https://www.tdx.cat/handle/10803/51579#page=1> [Consulta:2023] pp. 353 y ss.

inseguridad jurídica, mientras que una interpretación restrictiva daría lugar a soluciones injustas.

En cualquier caso, entiende el Tribunal Supremo que, para poder ser apreciada, la intimidación debe tener relevancia objetiva y constatarse así en el hecho probado. En este sentido, expone que la relevancia viene determinada por el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo, y no por la reacción de la víctima frente a aquella; y esto es debido a que dicha reacción tiene una naturaleza puramente subjetiva, que no puede *per se* transformar en intimidatoria una acción que no tiene esa naturaleza³⁰. Asimismo, perfila en la misma sentencia el Alto Tribunal el concepto de intimidación, al entender que se trata de una fuerza de coacción, amedrentamiento o amenaza con un mal racional y fundado, capaz de anular la voluntad de la víctima; la intimidación reviste una naturaleza psíquica, que debe ser valorada en cada caso concreto, en relación con las circunstancias que rodean la acción del sujeto activo³¹. En cuanto a la apreciación de su suficiencia, debe entenderse en relación con las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso, valorando el grado de susceptibilidad de la víctima para ser amedrentada. Puede observarse a este respecto que la apreciación de la intimidación, como se ha expuesto anteriormente, requiere de una relevancia objetiva que no puede determinarse por factores subjetivos relativos a la víctima —su reacción—, mientras que, si nos referimos a la apreciación de su suficiencia, sí es relevante la susceptibilidad de la víctima para que la intimidación surta el deseado efecto³². De ello, podría inferirse que una acción de relevancia objetivamente intimidatoria podría ser desechada como tal por el grado de susceptibilidad de la víctima para ser amedrentada; pero de igual forma pueden sucederse supuestos contrarios, en los que, según el propio Tribunal Supremo, resulta más relevante el aspecto subjetivo, por lo que pese a ostentar la intimidación una relevancia objetiva mínima, será la forma en que esta ha sido experimentada por la víctima el factor determinante.³³

Puede entenderse que el Tribunal Supremo trata de adoptar una posición ecléctica a la hora de determinar la concurrencia o no de intimidación; no existe un perímetro en el que enmarcar de forma absoluta esta figura, sino que la fundamentación del Alto Tribunal fluctúa en una zona intermedia sostenida por posiciones dicotómicas.

³⁰ STS 609/2013, de 10 de julio de 2013. Fundamento de derecho décimo.

³¹ STS 609/2013, de 10 de julio de 2013. Fundamento de derecho noveno.

³² STS 1366/1999, de 1 de octubre. Fundamento de derecho primero.

³³ *Idem*.

Por último, y para finalizar con la perspectiva jurisprudencial de la intimidación, el Tribunal Supremo expone en diferentes sentencias que, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual, la intimidación debe ser seria, previa, inmediata, grave y suficiente, determinante del consentimiento forzado³⁴, si bien, al igual que ocurre con el prevalimiento, no es necesario que sea irresistible.

Continuando en una línea doctrinal, RAMÓN RIBAS argumenta que la naturaleza de la intimidación en los delitos de agresión sexual se corresponde con la concurrencia de amenazas determinadas. Según el criterio del autor, la suficiencia de la intimidación debe ser interpretada en dos planos; por un lado, su eficacia de cara a suprimir la voluntad de la víctima a resistirse, y por otro, que ostente entidad bastante para que el hecho pueda calificarse como agresión sexual, superando los criterios cualitativos que corresponderían al, anteriormente, abuso sexual³⁵. Puede entenderse que el autor, en este aspecto, coincide con el Alto Tribunal, abogando por una concepción igualmente ecléctica, debiendo atender a elementos tanto objetivos como subjetivos que presente la intimidación en el caso concreto. En cualquier caso, y simplificando la postura del autor con respecto a las diferencias entre ambas figuras —prevalimiento e intimidación—, puede entenderse que en una agresión sexual la conducta de la víctima viene impuesta, mientras que, en un supuesto del ya desechado abuso sexual, al concurrir una “intimidación de segundo grado”, la víctima actuaría con cierta libertad condicionada.

Otra perspectiva es la planteada por GONZÁLEZ RUS. Entiende que la aplicación literal del antiguo precepto pudiera llevar a supuestos en los que se calificase como agresión sexual una conducta respaldada por amenazas de una entidad ridícula. Por esta misma razón, expone el autor que la amenaza en que se basa la intimidación debe ser de entidad equiparable a la violencia, y define esta figura como “la amenaza de un mal posible, ineludible para el sujeto, dependiente de la voluntad del que amenaza, y que constriñe efectivamente la voluntad de la víctima”³⁶. De esta definición y a raíz del pensamiento expuesto por el autor, puede entenderse que considera necesario que la amenaza sea equiparable a la violencia y que sea suficiente para doblegar la voluntad de la víctima.

³⁴ STS 190/1998 de 16 de febrero y STS 774/2004 de 9 de febrero.

³⁵ RAMÓN RIBAS, Eduardo. “El concepto de intimidación en los delitos de agresiones sexuales. Comentario de la STS 1396/1999”. *Revista de Derecho Penal* n°10, 2003, p.266.

³⁶ GONZÁLEZ RUS, Juan J. “Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995”. *Cuadernos de política criminal* n°59, 1996, pp. 321-329.

MUÑOZ CONDE, por su parte, expone que la gravedad del mal constitutivo de amenaza debe determinarse objetivamente, debiendo ser inmediato en su realización, no dejando opción a la víctima, sin que ello implique obviar elementos subjetivos que puedan ser de relevancia³⁷.

Una última e interesante aproximación a la figura de la intimidación es la desarrollada por GIMBERNAT, a su vez reconocida y suscrita por QUERALT JIMÉNEZ. Define GIMBERNAT la intimidación como “la invocación de un mal sobre un sujeto a fin de que este lleve a cabo la actuación que el intimidador quiere y que, en principio, no quiere la víctima”. En este sentido el autor entiende que la significación de la intimidación es equiparable a la de la amenaza, pues afecta al ordinario proceso de motivación de la víctima. El principal problema que observan tanto GIMBERNAT como QUERALT JIMÉNEZ es la delimitación del concepto de mal, debiendo este ser presente e inmediato; además, para su delimitación, debe atenderse como elemento principal a la pena impuesta para el comportamiento ilícito. Por ello, el mal con el que se pretende la intimidación debe ser relevante y merecedor de la pena que conlleva la actuación ilícita, en este caso, la agresión sexual; es decir, la intimidación consistente en provocar un mal cuya realización efectiva conllevará una pena establecida inferior a la prevista para el delito de agresión sexual, no presentaría, a la vista de estos autores, entidad suficiente para ser considerada relevante en el tipo³⁸. No obstante, ambos autores contemplan excepciones a lo expresado, por ejemplo, que el mal con el que se realiza la intimidación consista en la provocación de lesiones. Es necesario, en cualquier caso, que la intimidación vaya dirigida a la víctima, pero no así el mal invocado, pudiendo ser receptor de este un tercero.

Puede observarse que la interpretación de la intimidación es un tanto problemática; de ello surgen las diversas y tan diferentes aproximaciones planteadas —interpretación teleológica del precepto, interpretación sistemática, interpretación en base a criterios objetivos, interpretación en base a criterios subjetivos, aproximación ecléctica, etc.—. No obstante, la aproximación jurisprudencial parece ser la ecléctica, atendiendo a criterios tanto objetivos como subjetivos de cara a determinar la concurrencia o no de intimidación.

A esta dificultad a la hora de interpretar la intimidación debía añadirse, conjuntamente, la dificultad de diferenciar las dos figuras expuestas; el extinto abuso sexual con prevalimiento

³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 208-209.

³⁸ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho penal español. Parte especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 205-218.

y agresión sexual con intimidación. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo, al disponer que “la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada”³⁹. Esto, a la luz de la tipificación anterior a la reforma de 2022, no constituía un problema menor, puesto que las diferencias penológicas eran notorias.

En este sentido presenta una importante relevancia la denominada “intimidación ambiental”. Se trata de una construcción jurisprudencial que pretende dar, en cierto modo, solución a la problemática que se ha venido desarrollando en el epígrafe. El Tribunal Supremo ha desarrollado esta figura a lo largo de los años; así, ha establecido que “debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal”⁴⁰. El Tribunal Supremo entiende que, para su concurrencia, basta con la presencia de varias personas en un acto de índole sexual que revista los elementos requeridos del tipo, y ello sin que sea necesario un comportamiento activo en su perpetración. En este sentido, la intimidación ambiental opera creando en la víctima una suerte de convencimiento de la inviabilidad o inutilidad de ofrecer resistencia, sin que sea necesario para ello lenguaje verbal o gestual alguno de carácter amenazador⁴¹; bastará con que la actuación de dicha pluralidad de personas denote aprobación o respaldo de los hechos, como pudiera ser mediante su grabación con un móvil⁴²; pero esta conceptualización de la intimidación ambiental se ha visto en cierto modo desvirtuada, llegando a alcanzar supuestos en los que la citada pluralidad de personas adoptaban un rol más activo, como pudiera ser relevarse en la perpetración del acto de naturaleza sexual. Según el criterio del Tribunal Supremo, serán cooperadores necesarios aquellas personas que, siendo advertidas por la víctima, ostentan un rol decisivo para la consumación de la agresión sexual.⁴³

³⁹ STS 769/2015 de 15 de diciembre. Fundamento de derecho octavo.

⁴⁰ STS 1291/2005 de 8 de diciembre.

⁴¹ FARALDO CABANA, Patricia. “La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 22, 07-19, pp. 386 y ss.

⁴² STS 757/2011 de 12 de julio.

⁴³ STS 1192/1997, de 3 de octubre.

En relación con esta figura se plantean algunos problemas ya advertidos, desde una perspectiva doctrinal, por autores como ACALE SÁNCHEZ. Es evidente que una de las configuraciones válidas para apreciar intimidación ambiental es la pluralidad de sujetos. En este sentido, puede suceder que cada uno de ellos realice tanto el acto de índole sexual como la intimidación, o, por el contrario, que el acto de índole sexual sea realizado por uno de ellos y la intimidación por otro. En el primer supuesto, cada uno de ellos será considerado como autor, pero la discrepancia doctrinal se da en el segundo supuesto. MUÑOZ CONDE, en un primer momento, consideró que “la violación es un delito de propia mano en el que solo puede ser autor en sentido estricto el que realiza la acción corporal descrita en el tipo, es decir, el yacimiento. Pero nada impide que rijan aquí las reglas generales de la participación y que quepan la inducción y la cooperación necesaria o complicidad”⁴⁴. Esto implica que aquellos que ejerzan la violencia o intimidación serían relegados, en cuanto a su responsabilidad, al ámbito de la participación; y así parece afirmarlo el Alto Tribunal⁴⁵. No obstante, ACALE SÁNCHEZ discrepa al respecto, y entiende que, desde un plano dogmático, la ofensividad del tipo se centra en la vulneración de la libertad sexual, y no en la comisión del acto de contenido sexual; sensu contrario, estaríamos ante una reducción de la ofensividad de aquellos supuestos en los que participan una pluralidad de sujetos. Por ello, aunque se produjera una distribución funcional entre varios sujetos de los actos típicos previstos, todos ellos serían considerados coautores⁴⁶. Siendo justos, debe mencionarse que, posteriormente, MUÑOZ CONDE cambiaría de criterio, entendiendo que la realización de la acción intimidatoria o violenta por un tercero dará lugar a la coautoría.

DÍEZ RIPOLLÉS, en un primer momento, comulgó con la interpretación que considera este tipo de delito como un delito de propia mano, si bien posteriormente y ante los problemas que esta perspectiva plantea, modificó su criterio a la vista de las nuevas y forzosas reformulaciones del tipo, reflejadas en la doctrina alemana, austríaca e italiana entre otras.⁴⁷

Por su parte, MONGE FERNÁNDEZ entiende que, para determinar si el tipo en cuestión es o no de propia mano, debe enlazarse con la exigencia o no de un contacto físico entre sujeto activo y sujeto pasivo, y argumenta que este no es necesario, puesto que el umbral de

⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1988, p. 369.

⁴⁵ STS 1142/2009, de 24 de noviembre.

⁴⁶ ACALE SÁNCHEZ, María, FARALDO CABANA, Patricia. *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*. Madrid: Reus Editorial, 2019, pp. 256-257.

⁴⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José L. *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*. Barcelona: Bosch, 1985, pp. 101-103.

las agresiones sexuales se extiende también a aquellos actos en los que el sujeto activo obliga al pasivo —en contra de su voluntad— a realizar manipulaciones de índole sexual sobre sí mismo, o a soportarlas de un tercero⁴⁸. Por ello, establece la autora que no puede considerarse como delito de propia mano. Pese a ello, y continuando con su argumentación, la autora entiende que quien aplica la violencia o intimidación sin llevar a cabo por sí mismo los actos de índole sexual, deberá ser considerado en cualquier caso cooperador necesario, por lo que será siempre un partícipe, pero no autor, dado que no todas las actuaciones tienen la misma relevancia penal, aunque tengan la misma pena prevista.

En conclusión, puede observarse que la diferenciación entre las dos primeras figuras —prevalimiento e intimidación— en relación con los delitos contra la libertad sexual no era una labor sencilla; si bien parece que la doctrina se alinea de forma más o menos próxima al mismo eje en cuanto a lo que el prevalimiento se refiere, la interpretación de la intimidación dista, por mucho, de ser algo homogéneo. Un debate doctrinal con una relativamente amplia variedad de aproximaciones puede resultar enriquecedor a nivel teórico, pero no tanto a nivel práctico. Puede ser por ello que la jurisprudencia ha tratado de adoptar una posición intermedia al respecto, creando una suerte de teoría ecléctica, a partir de la cual debe valorarse cada caso concreto desde un prisma tanto objetivo como subjetivo; y es la propia jurisprudencia la que, para evitar que conductas que no revisten —quizá— una intimidación “de manual” puedan desmarcarse del tipo concreto que requería de la misma, ha creado la figura de la intimidación ambiental, la cual se puso de evidente manifiesto a raíz del caso de “la manada”, pero que, debemos recordar, data de mucho antes.

⁴⁸ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. “¿Las agresiones sexuales calificadas como delito de propia mano? Reflexiones en torno a la STS de 6 de junio de 2000, RJ 2000/5247”. *Revista de Derecho y Ciencias Penales* n°13 (183-200), pp. 192 y ss.

3. REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL: REFERENCIA A LOS ARTÍCULOS 178 A 180 A LA LUZ DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE

La Ley Orgánica 10/2022 ha introducido, con discutible pericia, importantes novedades en la regulación de los delitos contra la libertad sexual. No ha sido, precisamente, una ley con una excesiva vida útil, pues en abril de 2023 ha entrado en vigor la Ley Orgánica 4/2023.⁴⁹ En cualquier caso, uno de los llamativos objetivos expuestos en el preámbulo de la Ley Orgánica 4/2023 es el de “blindar la ley en favor de las víctimas y evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales [...] para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas, pero sin afectar al corazón de la norma”. El “corazón” a que se refiere no es más ni menos que el elemento del consentimiento y la no diferenciación entre abuso y agresión sexual, que se mantienen, pero no así el marco penológico, que viene a “reajustarse” como consecuencia del maremágnum de rebajas de condenas que ha venido sucediendo. Sea como fuere, se analizará el “corazón” de la Ley Orgánica 10/2022, por ser innegable que ha producido una transformación en la realidad jurídico-penal de los delitos contra la libertad sexual.

En su preámbulo, la LO 10/2022 se autodefinía como una ley *ad hoc* exhaustiva que tenía por objeto garantizar la protección de las mujeres frente a todo tipo de violencia que pudiera ejercerse sobre este colectivo, refiriéndose especialmente a la violencia sexual, que entendía como “un desafío pendiente al que esta ley pretende dar respuesta”. En este sentido, ponía de manifiesto que la respuesta a este tipo de violencias debía emerger y convertirse en una cuestión de Estado. A la vista de sus creadores, uno de los principales problemas era la obstaculización de las mujeres y niñas al acceso efectivo a un conjunto de derechos humanos como son la libertad y la seguridad, consecuencia de los roles de género fruto de una sociedad patriarcal. Entendía el legislador que era necesario adoptar una perspectiva de género al respecto, que unificase a su vez las diferentes exigencias de la normativa internacional, como el Convenio de Estambul o la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas —CEDAW—.

En cualquier caso, pudiera resultar oportuno establecer una serie de consideraciones o ideas generales al respecto de esta materia; y es que han sido numerosas las reformas legislativas en materia de lo que, desde la LO 3/1989 de 21 de junio, conocemos como “delitos contra

⁴⁹ Si bien ha mantenido algunas de las novedades más notorias introducidas por su predecesora.

la libertad sexual⁵⁰. Quizá lo más pertinente sea comenzar estableciendo qué busca proteger el legislador, es decir, el bien jurídico protegido.

En momentos pretéritos se aludía a conceptos como la honestidad o la moral sexual, entendida esta última como la parte del orden moral social que determina los límites del instinto sexual de las personas. La relevancia de esa honestidad o moral sexual podía verse reflejada en la penalización de comportamientos como el amancebamiento o el adulterio.

En la actualidad, y a la vista de la nomenclatura que rubrica el Título VIII del vigente Código Penal, es evidente que el bien jurídico protegido es la libertad sexual. El problema reside —como sucede con prácticamente la totalidad de la disciplina que engloba el derecho— en que el concepto de libertad sexual experimenta una constante adaptación a la realidad social. En cualquier caso, podríamos hacer una primera aproximación al mismo entendiendo que se trata de aquel derecho inherente a la persona de disponer con total libertad de su potencialidad sexual.

Por otra parte, podemos observar que la LO 10/2022 suprimió la indemnidad sexual que aparecía como parte de la rúbrica del Título VIII del Código Penal, y a la que no se hizo referencia hasta la LO 11/1999. En relación con esta figura, y desde una perspectiva teórica, encontramos diferentes interpretaciones. Algunos autores entienden que no supone un interés jurídico que opere de forma independiente de la libertad sexual, sino que actúa como una suerte de presupuestos necesarios para el desarrollo del acto de índole sexual, mientras que, desde un prisma jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha hecho referencia a este concepto, entendiendo que es una ampliación del ámbito de protección en sintonía con la dignidad de la persona y su libre desarrollo de la personalidad, sin injerencias en el proceso⁵⁰. Para MONGE FERNÁNDEZ, la indemnidad sexual suprimida por la LO 10/2022 contempla aquellos atentados sexuales que afectasen a menores o sujetos necesitados de especial protección.⁵¹

En cualquier caso, el preámbulo de esta ley establecía que “las violencias sexuales vulneran el derecho fundamental a la libertad, a la integridad física y moral, a la igualdad y a la dignidad de la persona y, en el caso del feminicidio sexual, también el derecho a la vida. Estas violencias impactan en el derecho a decidir libremente, con el único límite de las libertades de las otras personas, sobre el desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir injerencias

⁵⁰ STS 476/2006, de 2 de mayo. Fundamento de derecho segundo.

⁵¹ 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. 280.

o impedimentos por parte de terceros y exentas de coacciones, discriminación y violencia”. Por ello, es lógico entender que el legislador, pese a no referirse a la indemnidad sexual en la rúbrica del Título VIII, no pretendía una aminoración o menoscabo del bien jurídico que se venía protegiendo, sino que parecía alinearse con lo que, desde un amplio sector doctrinal, se entiende que engloba la libertad sexual. En conclusión, la libertad sexual como bien jurídico protegido comprende una vertiente relativa a la autodeterminación sexual, entendida como la capacidad inherente a toda persona para realizar o mantener conductas o relaciones de índole sexual, o negarse a ello, considerando, a su vez, la dignidad y el libre desarrollo de la persona en materia sexual como parte de dicha libertad.

Una vez determinado el bien jurídico protegido, nos centraremos en el Capítulo I del Título VIII, “de las agresiones sexuales”; comprende los artículos 178 a 180.

En primer lugar, puede observarse que la acción que se penaba en el artículo 178 era la calificada como “agresión sexual”, haciendo el precepto alusión al hecho de “atentar contra la libertad sexual de otra persona”, lo que podría suponer cierta indeterminación en lo que a la conducta punible se refiere, poniéndose de manifiesto, de forma más notoria aún, si analizamos la amplitud del bien jurídico protegido en cuestión —que incluye la dignidad de la persona, el libre desarrollo de su personalidad, etc.—.

Para PARDO MIRANDA, la agresión sexual comprende todo ataque de índole sexual excepto el consistente en el acceso carnal por vía bucal, vaginal o anal, así como la introducción de objetos o miembros corporales por las dos últimas vías, contemplados en las agresiones sexuales cualificadas del artículo 179.⁵²

De la literalidad del precepto podía entenderse que tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo en la concurrencia del ilícito podía ser cualquier persona, hombre o mujer, no existiendo una limitación en cuanto al tipo penal en este aspecto. En definitiva, la agresión sexual se constituye como un delito común de sujeto activo indiferenciado.

En el plano subjetivo, algunos autores consideran que el comportamiento constitutivo de delito debe materializarse en una conducta sexual en la que se lleve a cabo un contacto corporal con cierto ánimo libidinoso, y que ostente entidad suficiente para ser considerado como conducta sexual.

⁵² PARDO MIRANDA, María M. “El delito de agresión sexual. Reflexión con ocasión de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual” *El Criminalista Digital*, II Época, n°11, 2023, p. 9.

DÍEZ RIPOLLÉS expone que el contacto exigible debe involucrar partes del cuerpo sexualmente significativas, si bien no es necesario que se produzca sobre el cuerpo de la víctima, ni que sea realizado por el sujeto activo⁵³. Sensu contrario, pueden existir supuestos en los que la víctima se vea obligada a realizar tales conductas sobre el sujeto activo, o sobre su propio cuerpo, que igualmente merecerían la calificación de este ilícito.

Y todo ello debía ser realizado “sin su consentimiento”, siendo este una de las principales figuras en que el legislador puso el foco —o eso parece—. De la redacción del artículo 178 que reformuló la ley del “solo sí es sí”, debía entenderse —y sigue siendo así tras la Ley Orgánica 4/2023— que únicamente existe consentimiento si la potencial víctima lo ha manifestado libremente mediante actos que, en relación con las circunstancias dadas, expresen de manera clara su voluntad de consentir. Asumió el legislador que, en el caso de que su manifestación no fuese clara y libre, no existiría consentimiento, existiendo, en contrapartida, una agresión sexual.

Expone TOMÉ GARCÍA que la novedad no radica en el hecho de situar el consentimiento como elemento nuclear de la configuración de los delitos sexuales, como expuso la Ministra de Igualdad Irene Montero al afirmar que “por fin nuestro país reconoce por ley que el consentimiento es lo que tiene que estar en el centro de nuestras relaciones sexuales”, puesto que ya lo venía haciendo con anterioridad el Código Penal, y así lo venían interpretando nuestros tribunales⁵⁴, sino que la novedad radica en el hecho de que únicamente existirá consentimiento si la víctima lo manifiesta en los términos previstos en el precepto, debiendo concurrir libre y claramente⁵⁵. De igual forma, puntualiza el autor que el hecho de que el consentimiento deba ser libre no supone, una vez más, ninguna novedad; de lo contrario, nos encontraríamos ante un consentimiento viciado. Lo que sí supone una novedad es considerar que solo concurre este cuando se haya manifestado mediante actos que expresen “de manera clara” la voluntad de la persona. En este sentido, y por lo expuesto, adopta una posición contraria a ACALE SÁNCHEZ, que entiende que esta definición de consentimiento solo aporta seguridad jurídica⁵⁶. En cualquier caso, el legislador aludió como justificación a esta formulación del consentimiento al Convenio de Estambul, si bien este no

⁵³ DÍEZ RIPOLLÉS, José L. *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II, Títulos VII-XII*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 275-279.

⁵⁴ STS 953/2016, de 15 de diciembre; STS 344/2019, de 4 de julio; STS 145/2020, de 14 de mayo.

⁵⁵ TOMÉ GARCÍA, José A. “La ley del «solo sí es sí»: consentimiento sexual y carga de la prueba”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n°159, 2022, p. 5.

⁵⁶ ACALE SÁNCHEZ, María. “Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma”. *IgualdadES*, n°5, 2021, p. 477.

exige que únicamente se entienda la concurrencia de consentimiento cuando se haya manifestado, en atención a las circunstancias del caso, de manera “clara” la voluntad de la persona. Concretamente, establece su artículo 36.2 lo siguiente:

“El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”.

Es por ello por lo que el artículo 178.1 parecía extralimitarse en su redacción. A este respecto se manifestó el Consejo General del Poder Judicial, en el informe sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, al establecer que “la definición del consentimiento especificando la calidad de éste para poder apreciar la exclusión de la tipicidad no responde a un mandato del Convenio de Estambul pues su artículo 36 no impone a los Estados parte una concreta definición del consentimiento sexual, sino que deja un margen de apreciación en este punto”⁵⁷, y que “la definición proyectada de consentimiento sexual resulta innecesaria. La cuestión problemática que plantea el consentimiento no es conceptual —qué deba ser consentimiento—, sino probatoria —cuándo existe o no consentimiento—”⁵⁸. Entiende el CGPJ que el artículo 36.2 del Convenio de Estambul establece como elementos esenciales del consentimiento sexual la voluntariedad y el principio de contexto, pero no establece los medios que deben concurrir de cara a manifestar la voluntad; y en esta misma línea argumental se posiciona TOMÉ GARCÍA, pues los elementos requeridos en el artículo 36.2 del Convenio de Estambul ya eran exigidos por nuestros tribunales⁵⁹. Desarrollando esta idea, puede entenderse que el legislador no reconocía la existencia de consentimiento si no se manifestaba de manera clara, existiendo, por tanto, una agresión sexual; dicho de otro modo, no solo cometía el delito “el que realizase cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento”, sino también quien realizase el acto sin que la potencial víctima manifestase su consentimiento “libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”.⁶⁰

El preámbulo de la LO 10/2022 de 6 de septiembre exponía, en relación con la disposición final cuarta, lo siguiente: “como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y

⁵⁷ Informe sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Conclusión sexagesimoquinta, p. 136.

⁵⁸ Informe sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Consideraciones sobre la modificación del Código Penal, consideración 217, p. 82.

⁵⁹ STS 544/2022, de 1 de junio.

⁶⁰ TOMÉ GARCÍA, José A. “La ley del «solo sí es sí»: consentimiento sexual y carga de la prueba”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº159, 2022, p. 6.

abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul”. Puede entenderse que el legislador relegó a un segundo plano la necesidad de diferenciar entre abuso y agresión sexual, en pro de dar al consentimiento una importancia nuclear más perfilada, y todo ello bajo el paraguas de la normativa internacional. No obstante, en un primer análisis por parte de los principales operadores jurídicos, en relación con el Anteproyecto de la ley en cuestión, se observó que el desarrollo del concepto de consentimiento podía afectar no solo a la estructura del delito, sino también al ámbito procesal, pudiendo conllevar una inversión en la carga probatoria, lo que vulneraría la presunción de inocencia prevista en el artículo 24.2 de nuestra Constitución. Expuso el Consejo General del Poder Judicial que “las eventuales dificultades procesales de acreditar la ausencia de consentimiento no pueden trasladarse al ámbito de la tipicidad, mediante la incorporación de una definición normativa de un elemento típico [...] la definición del consentimiento proyectada parece configurar un elemento negativo del tipo cuyas distintas notas características deberían ser probadas por la defensa para excluir la tipicidad, alterándose de esta forma de modo sustancial las normas sobre la carga de la prueba en el proceso penal”⁶¹.

En su versión final, y dada la imposibilidad de vulnerar la presunción de inocencia, se modificó la formulación relativa al consentimiento, y parece ser que el efecto principal se materializó en una facilitación a las partes acusadoras para probar el delito, ya que podría ser suficiente con acreditar que la víctima no llegó a manifestar “de manera clara” su voluntad de consentir⁶²; situación que, por otro lado, podría haberse resuelto con la incorporación de un precepto sancionador de una modalidad imprudente de comisión. La ausencia de regulación en este aspecto conlleva, como expone LASCURAÍN SÁNCHEZ, dos consecuencias igualmente perniciosas; o bien la impunidad de conductas reprobables, o bien la catalogación de imprudencias como dolo, quebrando el principio de culpabilidad.⁶³

Igualmente crítico se muestra GIMBERNAT con la redacción del ya modificado —en parte— artículo 178, y con la definición legal expresa del consentimiento. Entiende, en

⁶¹ Informe sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Consideraciones sobre la modificación del Código Penal, consideración 217, p. 82.

⁶² TOMÉ GARCÍA, José A. “La ley del «solo sí es sí»: consentimiento sexual y carga de la prueba”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n°159, 2022, p. 7.

⁶³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”. *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”: luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*. Barcelona: Atelier, 2023, pp. 59 y 60.

relación con el elemento precursor de esta reforma —el caso de “la manada”— que la regulación que presentaba el derogado derecho relativo a los delitos contra la libertad sexual era más que correcta, y argumenta que lo determinante para esclarecer si, en base al derecho anterior a la reforma de 2022, nos encontrábamos ante una agresión sexual violenta o intimidatoria, nada tenía que ver con el hecho de que el consentimiento hubiera sido explícito o implícito, sino con el hecho de que la víctima hubiera adoptado o no una determinada actitud dentro de un contexto de violencia o intimidación. Razonablemente, considera que la ausencia de expresión de consentimiento en un ambiente distendido y carente de cualquier posible violencia o intimidación a la hora de efectuar prácticas de índole sexual, no supondría *per se* un acto ilícito; y en enlace con este razonamiento, entiende que, aunque un comportamiento cumpla estricta y literalmente la descripción del ilícito, este no será punible cuando no ha lesionado el bien jurídico que se pretende proteger⁶⁴. Es decir, aunque solo sea válido el consentimiento expreso, si la persona ha consentido libremente de manera implícita, no podrá exigirse responsabilidad por un delito de agresión sexual al no haber actuado contra la libertad sexual del sujeto. En conclusión, entiende GIMBERNAT que el precepto en cuestión resultaba, y sigue resultando, impracticable.

En cualquier caso, la exigencia de ausencia de consentimiento no supuso una novedad en este tipo de ilícitos; la doctrina mayoritaria, tradicionalmente, entendía que la concurrencia de cualquier tipo de violencia para la realización del acto de índole sexual suponía *per se* una ausencia de consentimiento, y en este mismo sentido se ha desarrollado la jurisprudencia.

TORRES FERNÁNDEZ expone que hasta la fecha de aprobación de la reforma por parte de la Ley Orgánica 10/2022, cualquier atentado contra la libertad sexual exigía la comisión del ilícito sin consentimiento de la víctima, o dándose un consentimiento viciado. Es decir, no se prescindía del consentimiento en la regulación de los delitos sexuales. Igualmente, argumenta que la dificultad en relación con el requisito típico del consentimiento —o su falta— es de carácter probatorio, y que el hecho de establecer una conceptualización del consentimiento no disminuye las dificultades probatorias, máxime cuando recaiga únicamente sobre el testimonio de la víctima la prueba de cargo.⁶⁵

⁶⁴ GIMBERNAT, Enrique. *Contra la nueva regulación de los delitos sexuales*. [En línea] 2022 <https://www.abc.es/sociedad/nueva-regulacion-delitos-sexuales-20220927024005-nt.html> [Consulta:2023]

⁶⁵ TORRES FERNÁNDEZ, María E. “Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022)”. *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”: luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*. Barcelona: Atelier, 2023, pp.28 y ss.

LASCURAÍN SÁNCHEZ argumenta que el problema en relación con la definición de consentimiento dada por la Ley Orgánica 10/2022 es que dotó a este de un carácter reductivo, siendo a efectos prácticos únicamente válido un determinado tipo de consentimiento. Si la norma asimilaba la falta de consentimiento a la ausencia de voluntad expresada y manifestada, resultaría que era injusta, vulnerando el principio de proporcionalidad en relación con la lesividad. En el caso de desarrollarse una relación sexual deseada sin que la voluntad hubiera sido manifestada por ninguno de los partícipes en la misma, todos ellos incurrirían en el ilícito en cuestión, derivándose una consecuencia absurda.⁶⁶

ACALE SÁNCHEZ entiende que la conceptualización que se estableció del consentimiento terminaría por desplazar a un segundo plano los elementos accidentales del delito. Al ser el consentimiento un elemento esencial en los bienes jurídicos de carácter disponible, debería crearse una cláusula general que regule esta figura, lo que haría que la cláusula del artículo 178 fuera innecesaria. La expresión “en atención a las circunstancias del caso” que establecía el artículo mencionado supondría que fuera de aquellos casos en los que concurriese violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad, o la víctima se hallase privada de sentido o se abuse de su situación mental, o tuviese anulada su voluntad, si esta no emitiese consentimiento pudiendo hacerlo, debería entenderse que sí consiente, siendo suficiente para ello la espontaneidad natural del sexo consentido. Puntualiza que el consentimiento de la víctima debe interpretarse a partir de su comportamiento y las circunstancias concurrentes. Es por ello por lo que la redacción propuesta no supuso ningún cambio trascendental respecto a la interpretación realizada por los tribunales, sino que únicamente aportó seguridad jurídica.⁶⁷

No comparte este punto de vista PERAMATO MARTÍN, quien entiende que, a raíz de la LO 10/2022, el consentimiento se convirtió en la piedra angular en las relaciones sexuales, si bien su posición no parece estar del todo definida. En contraposición al Consejo General del Poder Judicial y a los autores anteriormente mencionados, expone la autora que de la redacción del artículo 36.2 del Convenio de Estambul resultaba evidente la necesidad de esta reforma legislativa, poniendo el foco de atención en la ausencia de consentimiento, puesto

⁶⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”. *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”: luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*. Barcelona: Atelier, 2023, pp.55 y ss.

⁶⁷ ACALE SÁNCHEZ, María. “Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma”. *IgualdadES*, n^o5, 2021, pp. 474-477.

que España no venía cumpliendo con las obligaciones del Convenio⁶⁸. No obstante, a su vez, entiende que una interpretación de esta naturaleza podía inducir a error, dado que en la mayoría de ocasiones, la aceptación a participar en actos sexuales se manifiesta de forma implícita y no verbal.⁶⁹

En conclusión, la redacción del tipo básico se configuró en torno a la inexistencia de consentimiento por parte del sujeto pasivo. A este respecto se introdujo de forma positiva una definición de consentimiento, entendiendo como tal la realización de actos libres que reflejen sin lugar a duda la voluntad de la persona. Esto, podríamos entender, se tradujo en el mantra “solo sí es sí”, en lo que parece un intento de alineamiento —un tanto desvirtuado— con la posición del Tribunal Supremo, que ha llegado a establecer que “la decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin”.⁷⁰

El apartado segundo del artículo 178 hacía referencia —y así sigue siendo— al empleo de “violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad” en la realización del acto de índole sexual.

Al respecto, podría ser interesante puntualizar dos cuestiones; la primera de ellas es el hecho de que en ningún momento se hizo alusión al consentimiento en aquellas actuaciones en que concurren los mencionados factores, por lo que el legislador pareció asumir esa posición doctrinal mayoritaria anteriormente mencionada y secundada por la jurisprudencia, que podría simplificarse en que la existencia de factores como la violencia, intimidación, etc., excluyen en cualquier caso la concurrencia de consentimiento. Si asumimos dicha premisa, podría entenderse, como efectivamente señalan varios de los autores mencionados anteriormente, que la LO 10/2022 no introdujo nada nuevo en cuanto al consentimiento.

⁶⁸ PERAMATO MARTÍN, Teresa. “El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. Propuestas normativas”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Protocolo II, pp. 191 y ss.

⁶⁹ PERAMATO MARTÍN, Teresa. “Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual. El consentimiento”. *Boletín de Violencia de Género y de Igualdad, Jueces y Jueces para la Democracia*, nº11, p. 10.

⁷⁰ STS 145/2020, de 14 de mayo, Fundamento de derecho segundo.

El segundo planteamiento es la relevancia que ostentan los factores mencionados en el apartado segundo del artículo 178 a la luz de la reforma de 2022. Ya hemos referido la disposición final cuarta, que recogía la supresión de la diferenciación entre el abuso y la agresión sexual, lo que conllevó una aminoración de la relevancia de una potencial concurrencia de violencia o intimidación, y que se dedujo de la nueva horquilla penológica que planteó la Ley Orgánica 10/2022. En este sentido, resultaba indiferente que en la realización del acto típico, de cara a la calificación del ilícito, se hubieran empleado aquéllas, si bien es evidente que la respuesta penal no debería ser la misma. Podría entenderse que la puntualización realizada en este apartado era innecesaria, dado que, si todas las conductas de índole sexual previstas en el apartado primero del artículo 178 se calificaban como agresiones sexuales, resultaría lógico entender que dentro de las mismas se encontraban aquellas en que concurriese violencia o intimidación, que eran las propiamente calificadas como tal bajo la legislación anterior a la reforma de 2022.

En este aspecto era ya tajante DIEZ RIPOLLÉS, al exponer que la diferenciación entre abusos y agresiones sexuales permitía captar con pericia la intensidad de la conducta contraria a la libertad sexual que se hubiera sufrido, en observancia de la seguridad jurídica y el principio de proporcionalidad en el tratamiento punitivo⁷¹. Y en este mismo sentido se pronunció el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el Anteproyecto, al entender que la unificación de abuso y agresión sexual supone una indiferencia a la hora de valorar los medios comisivos, lo que resulta en una contrariedad en relación con el principio de proporcionalidad⁷².

GIMBERNAT se presenta más crítico con el legislador, y cataloga como un sinsentido la equiparación presentada por la reforma. No es concebible para el autor que, para solventar una equiparación de conductas tan dispares como pudieran ser la realización de tocamientos lascivos tras el empleo de violencia física y la realización de esos mismos tocamientos mediante un prevalimiento de autoridad, se recurriera a un marco legal que estableciese un límite mínimo consistente en una pena de multa, y un límite máximo consistente en una pena

⁷¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José L. “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº21, 2019, pp. 10 y ss.

⁷² Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, conclusión sexagesimosegunda.

de cuatro años de privación de libertad. Y todo ello delegando la valoración de la escala de gravedad en los tribunales, con los consiguientes perjuicios para la seguridad jurídica.⁷³

Por su parte, entiende ACALE SÁNCHEZ que la equiparación de estas dos figuras no conllevaba la consiguiente equiparación de la pena en el caso concreto, pues entiende que el artículo 178 protegía únicamente la libertad sexual, debiendo castigarse los posibles atentados contra otros bienes jurídicos, como la integridad física, a través de las reglas del concurso de delitos, pudiendo admitirse el concurso medial. Entiende que el artículo 194 bis opera en este mismo sentido, al establecer que “las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen”. Por último, expone que el apartado tercero del artículo 178 operaba como una suerte de salvaguarda, permitiendo al órgano sentenciador ajustar la pena en aquellos casos que revistiesen una menor gravedad.⁷⁴

Asimismo, MONGE FERNÁNDEZ se muestra partidaria de la equiparación, pues desde una perspectiva puramente instrumental, entiende que solventaba los problemas de diferenciación entre las figuras de violencia e intimidación en relación con el prevalimiento.⁷⁵

Esta misma perspectiva instrumental es acogida por JERICÓ OJER, quien entiende que el efecto de la equiparación de las modalidades comisivas planteadas no es más que la disminución de los problemas probatorios que su anterior regulación planteaba de cara a la acreditación de la concurrencia de violencia o intimidación en agresiones sexuales.⁷⁶

Más allá de los elementos hasta ahora analizados, el artículo 178 —no exento de críticas de relevante peso en cuanto a su concepción y redacción— no parecía presentar mayores problemas que los ya expuestos. La mayor problemática venía dada por la diferenciación en la concurrencia o no de violencia, intimidación y prevalimiento, que ha sido expuesta en anteriores epígrafes; a la luz de la aludida regulación, para bien o para mal, esta problemática ya no existe —al menos en un plano puramente literal y teórico—.

⁷³ GIMBERNAT, Enrique. *Contra la nueva regulación de los delitos sexuales*. [En línea] 2022 <https://www.abc.es/sociedad/nueva-regulacion-delitos-sexuales-20220927024005-nt.html> [Consulta:2023].

⁷⁴ ACALE SÁNCHEZ, María. “Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma”. *IgualdadES*, nº5, 2021, pp. 478-480.

⁷⁵ 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. 280 y ss.

⁷⁶ JERICÓ OJER, Leticia. “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”. *Boletín de Violencia de Género y de Igualdad, Juezas y Jueces para la Democracia*, nº11, p. 16.

Sí pudiera ser digno de mencionar, y no para bien, la forma en que el legislador parecía “lavarse las manos” a la hora de —no— determinar la pena a imponer en atención a la menor gravedad de lo acontecido, como recogía el apartado tercero del artículo 178; en primer lugar, por las críticas vertidas hacia el Poder Judicial en las que, determinadas personalidades, aludían a la escasa preparación de jueces y magistrados. En segundo lugar, por la alusión al preceptivo razonamiento del por qué la imposición de una determinada pena y no otra, como si las resoluciones judiciales fueran parcas en esta materia.

En otro orden de cosas, debe hacerse alusión al artículo 179, que refería al tipo cualificado de agresión sexual, comúnmente conocido como delito de violación, término que reintrodujo la Ley Orgánica 11/1999. Su configuración únicamente difería en un aspecto de la redacción prevista en su regulación predecesora, y es que la pena mínima de prisión se vio reducida en una cuantía de dos años.

Las conductas nucleares que definían el tipo eran esencialmente dos; el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, y la introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías.

En relación con la introducción de miembros corporales u objetos, es evidente que el sujeto activo podría ser indiferentemente hombre o mujer, al igual que el pasivo —salvando los supuestos de introducción por vía vaginal—. En cualquier caso, la vía bucal no se contempla a este respecto pues la conducta descrita en el artículo requiere un estatus de gravedad y una connotación sexual que difícilmente podría existir en este supuesto. En cuanto a la clase de objetos, debe entenderse válida toda cosa corpórea e inanimada que reúna las condiciones para el ejercicio de la sexualidad de acuerdo con el propósito lujurioso del sujeto activo. En este sentido, plantea problemas la utilización de un animal vivo, como expone ORTS BERENGUER, no por la gravedad sino porque no es, en rigor, ni un miembro corporal humano ni un objeto.⁷⁷

El acceso carnal supone un mayor discernimiento. El Tribunal Supremo aclaró que el término “acceder carnalmente” equivale a “hacerse acceder”⁷⁸. Declaró que la consumación del delito exige la totalidad de la acción típica, lo que supone la penetración, por parte del sujeto activo, del órgano sexual en cualquiera de las cavidades típicas, exigiendo mínimamente un *conjunctio merubrorum* y un contacto del órgano penetrante con los umbrales

⁷⁷ ORTS BERENGUER, Enrique. “Delitos contra la libertad sexual”. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p.213.

⁷⁸ Acuerdo del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005.

de la cavidad penetrada⁷⁹. En posterior jurisprudencia, ha declarado que habrá acceso carnal tanto cuando la víctima es penetrada —supuesto ordinario—, como cuando es el autor el que obliga o compele al sujeto pasivo del delito a introducirse, en este caso, el pene⁸⁰.

Es evidente que el sujeto pasivo puede ser tanto hombre como mujer en lo que a la vía bucal y anal se refiere. El tipo delictivo puede ser perpetrado por un hombre, pero se plantean algunos problemas cuando es una mujer la que ocupa el rol de sujeto activo; si, a su vez, el sujeto pasivo fuera igualmente una mujer, la conducta podría ser perfectamente subsumible en el tipo penal, ya que, como expone MUÑOZ CONDE, el “acceso carnal” puede entenderse como una relación sexual en la que intervienen los órganos genitales, no siendo necesaria una penetración, sino una práctica fricativa⁸¹. No opina igual ORTS BERENGUER, quien entiende que el acceso carnal equivale a una unión sexual, siendo siempre necesaria la actuación de un hombre, mediante la penetración de su órgano genital por cualquiera de las vías expresadas. Es por ello por lo que las prácticas homosexuales femeninas no tienen cabida en esta modalidad⁸². Más problemático y remoto aún sería el supuesto en que el sujeto activo es una mujer y el pasivo un hombre, y fuera el primero el que fuerza la penetración por cualquiera de las vías. En este sentido, entiende MUÑOZ CONDE que el problema que se plantea es más bien de valoración de la gravedad de la conducta; siendo subsumibles todas estas conductas en el tipo previsto, entiende que el precepto viene siendo, en cierto modo, reservado para “casos verdaderamente graves”, por lo que la mujer no puede ser sujeto activo de conductas consistentes en penetración, sino únicamente de conductas de introducción de miembros corporales u objetos, sin perjuicio de la posible coautoría⁸³. Por su parte, ORTS BERENGUER discrepa, pues entiende que en el acceso carnal por vía vaginal participa tanto el hombre como la mujer, y nada impide que sea la mujer quien ostente la posición de sujeto activo en la conducta delictiva⁸⁴, y en este mismo sentido se pronuncia DÍEZ RIPOLLÉS⁸⁵.

Es importante, además, el concepto de “coito vestibular”, ya que puede determinar la tentativa o, por el contrario, la efectiva consumación del delito. En este sentido, de acuerdo

⁷⁹ STS 8588/1993, de 13 de diciembre. Fundamento de derecho único.

⁸⁰ STS 953/2016, de 15 de diciembre. Fundamento de derecho séptimo.

⁸¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 178

⁸² ORTS BERENGUER, Enrique. “Delitos contra la libertad sexual”. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p.212.

⁸³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019 p. 178.

⁸⁴ ORTS BERENGUER, Enrique. “Delitos contra la libertad sexual”. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p.213

⁸⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II, Títulos VII-XII*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 282-283.

con el principio de introducción parcial o “introito”, en los supuestos de acceso carnal por vía vaginal, se entenderá comprometida la libertad sexual de la víctima aunque no se traspase aquella zona vestibular que tiene por límite el himen. La más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que el contacto externo es suficiente para entender que se irrumpe en la zona sexual de la mujer⁸⁶. En cuanto al acceso carnal por vía bucal, entiende que se consuma la agresión sexual cuando la penetración traspasa los labios, no siendo necesario sobrepasar la línea dental⁸⁷, y, en relación con el acceso carnal por vía anal, se requiere la penetración del recto, no siendo suficiente el mero contacto o roce.

Por último, debemos referirnos al artículo 180, que presentaba una serie de novedades con respecto a su anterior regulación.

La primera de ellas era la relativa a la horquilla penológica prevista, que establecía, en caso de concurrir alguno de los agravantes dispuestos, una pena de prisión de dos a ocho años para las agresiones previstas en el artículo 178.1 y de siete a quince años para las previstas en el artículo 179, a la luz de la Ley Orgánica 10/2022. Esto supuso una minoración de tres años en la pena mínima y de dos años en la máxima respecto del primer supuesto, y una minoración de cinco años en la pena mínima prevista para el segundo supuesto respecto a su anterior regulación.

La segunda novedad que se introdujo se encontraba en el párrafo segundo del apartado primero, que hacía referencia al hecho de concurrir una violencia “de extrema gravedad”, pudiendo ser esta concurrencia coetánea o previa a la comisión del hecho. Parecía resultar lógica la introducción de esta circunstancia agravante, habida cuenta del trato unitario dado a lo que anteriormente se consideraba abuso y agresión sexual y los esfuerzos del legislador por alinear la legislación nacional con la normativa internacional, concretamente el Convenio de Estambul y su artículo 46 f), que prevé como circunstancia agravante “que el delito haya sido precedido o se haya acompañado de una violencia de extrema gravedad”. Pese a ello, si la apreciación del carácter particularmente degradante en la comisión de los hechos podía ya presentar problemas conforme a la anterior redacción, por ser evidente que la naturaleza de estos delitos reviste ese carácter degradante de por sí, a ello debía añadirse la potencial concurrencia de una gravedad extrema. Esto conllevaría una labor de graduación o apreciación completamente subjetiva por parte del enjuiciador de ese plus de antijuridicidad, puesto que el concepto de “gravedad extrema” no presentaba un significado pautado ni

⁸⁶ STS 454/2021, de 27 de mayo. Fundamento de derecho segundo.

⁸⁷ STS 834/2002, de 13 de mayo. Fundamento de derecho único.

absoluto; apreciación que, además, debería realizarse sin incurrir en *bis in idem*, con su preceptiva justificación, estableciendo pautas interpretativas de cara a salvaguardar el principio de igualdad.

Otra de las novedades fue la prevista en el párrafo cuarto del apartado primero del artículo, que supuso la introducción de la perspectiva de género en los delitos contra la libertad sexual. Así se prevé, una vez más, en el Convenio de Estambul; concretamente en el artículo 46 a), que establece como circunstancia agravante “que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo [...]”.

La implementación de una circunstancia agravante con perspectiva de género supuso una novedad, si bien lo fue únicamente en lo que a la redacción del precepto se refiere. En sentido estricto, no supuso una nueva realidad jurídica a ser tomada en cuenta, ya que la propia jurisprudencia ha apreciado circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por discriminación de género previstas en el artículo 22 del Código Penal en supuestos de agresión sexual⁸⁸, ni implicaba una técnica legislativa distinta a la que puede apreciarse en preceptos como el artículo 148, que también prevé circunstancias agravantes por razón de género. Entiende LASCURAÍN SÁNCHEZ que esta circunstancia agravante solo debía concurrir cuando el autor fuera un varón y hubiera establecido un contexto de dominación, o lo pretendiera; al no especificar tales cuestiones, no resulta tan evidente que debiera considerarse más grave la agresión sexual de la pareja o expareja que la de un tercero, siendo más flexible el régimen previsto en el artículo 22.4 del Código Penal⁸⁹.

Quizá la cuestión más relevante que introdujo el artículo 180 fue la contenida en el párrafo séptimo de su apartado primero, relativa a la conocida como sumisión química, prevista bajo la anterior regulación en el artículo 181.2 como una modalidad de abuso sexual no consentido. En cualquier caso, la sumisión química puede ser definida como “la administración de sustancias psicoactivas a una persona con fines criminales o delictivos”⁹⁰. A este respecto se plantean diversas cuestiones.

El artículo 178.2 establecía que “se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual [...] que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido [...]

⁸⁸ STS 99/2019, de 26 de febrero. Fundamentos de derecho primero y tercero.

⁸⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. *Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve*.

⁹⁰ TORRES, Yonnathan; ALER, Mercedes; PLATA, Arturo; SANZ, Pablin; GISBERT, María; “Factores que afectan al análisis biológico de las muestras de agresiones sexuales”. *Cuadernos de Medicina Forense*, nº13, 2007, p. 48.

y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”, mientras que, por su parte, el artículo 180.1.7ª hacía alusión a que el autor hubiera anulado la voluntad de la víctima por medio de sustancias químicas o naturales. A priori, podría entenderse que concurría una suerte de duplicidad en lo dispuesto por estos artículos.

En primer lugar, porque no puede concurrir voluntad alguna por parte de una persona que se halla privada de sentido, al tener anuladas sus facultades intelectivas y volitivas; si bien, quizá la cuestión determinante resulte de esclarecer si es equiparable el hecho de anular la voluntad de una persona con la finalidad de realizar actos de índole sexual sobre la misma, al hecho de ejecutar dichos actos aprovechando una anulación sobrevenida —o quizá más bien una ausencia— de la voluntad de esta, como podría suceder en supuestos de “vulnerabilidad química”. Esta parecía ser la perspectiva del legislador, al entender que es más reprobable la segunda conducta que la primera por tratarse de una acción directa del autor que, además, es potencialmente peligrosa para la víctima⁹¹. La doctrina entiende que la anulación de la voluntad, que se conforma por tres elementos —capacidad, decisión y ejecución— supone que la víctima pierde su capacidad de determinación autónoma en el ámbito sexual, sin posibilidad de oposición a las pretensiones del sujeto activo. En este sentido se plantea otro problema, pues debe determinarse el grado que debe alcanzar la anulación de la voluntad. La Audiencia Nacional ha expuesto que debe tratarse de “un estado de notable alteración de su capacidad para decidir libremente sobre la relación sexual, de tal manera que se encuentre en una situación de no poder oponerse a los deseos del asaltante”⁹². De igual forma debe existir una relación de finalidad entre el suministro de la sustancia en cuestión y la concurrente anulación de la voluntad, debiendo esta ser provocada dolosamente por el actor o un partícipe.

Por otro lado, el artículo 178.2 aludía a que esa anulación de voluntad derivase de “cualquier causa”. Para resolver esta cuestión, quizá lo apropiado sea entender que el artículo 180, en su parte relativa a la sumisión química, velaba por un criterio de especialidad, ya que cuando el artículo 178.2 refería a “cualquier causa”, podría entenderse incluido el hecho de que el autor se valiese de sustancias químicas o naturales para anular la voluntad de la víctima. Este criterio de especialidad sería una aproximación acertada a la hora de regular la sumisión química, pues un amplio sector doctrinal era crítico con el hecho de que solo se previera esta

⁹¹ ACALE SÁNCHEZ, María. “Tratamiento de la sumisión química en la jurisprudencia”. *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”: luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*. Barcelona: Atelier, 2023, pp.147 y ss.

⁹² SAN 15/2015, de 2 de junio. Fundamento de derecho cuarto.

modalidad de comisión en relación con los abusos sexuales. De esta forma, el autor evitaba tener que concurrir en el empleo de medios agravantes como pudiera ser la violencia —que afecta al aspecto de la ejecución en la voluntad— o la intimidación —que afecta a la decisión— para la comisión del delito, pues, como hemos indicado, la sumisión química atenta contra la capacidad como elemento conformante de la voluntad.

La jurisprudencia, por su parte, ha considerado la administración de narcóticos como equivalente a la violencia en los supuestos de robo, al establecer que “propinar un narcótico que la inmoviliza (tanto o más que si se le atara) y ejercer efectos en todo su organismo, más o menos graves según, dosis, edad, contraindicaciones etc. es una agresión lesiva no inferior al forcejeo, ligaduras, empujones, etc.”⁹³. Esto supone un respaldo más en la decisión del legislador.

No obstante, la decisión del legislador podía ser cuestionable, ya que, si bien la anterior regulación de la sumisión química en el ámbito de los delitos sexuales pudiera ser demasiado benévola, considerar esta modalidad de comisión como una conducta más grave o reprochable que el empleo de violencia pueda ser excesivo.

⁹³ STS 3936/2019, de 11 de diciembre. Fundamento de derecho tercero, en reproducción de STS 2442/1992, de 16 de noviembre.

4. LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE

4.1 Consideraciones previas. La irretroactividad de la ley penal como principio general

Es evidente que el derecho, en su conjunto, está abocado a un constante cambio, ya sea consecuencia de intentar seguir el ritmo y la evolución de la sociedad que rige, o bien consecuencia de causas quizá menos nobles, derivadas de impulsos volitivos de nuestros legisladores. La imposición de convicciones ideológicas y morales propias —en ocasiones poco compartidas por el grueso de la sociedad— “a golpe de reforma y contrarreforma” puede ser una práctica temeraria y poco beneficiosa para la sociedad. Esta práctica ha sido históricamente muy palpable en ámbitos como el de la educación, pero parece que se está extendiendo de igual forma al derecho penal. La velocidad de expansión de esta rama del derecho y el hecho de que sea objeto de estas prácticas en ocasiones cuestionables, hacen que su consideración como *ultima ratio* empiece a ser cuestionable.

El principio de irretroactividad de la ley penal es uno de los principios garantistas de nuestro ordenamiento jurídico, reconocido en el artículo 9.3 de nuestra Constitución. Se recoge, igualmente, en el artículo 25.1 de la Carta Magna, si bien este precepto omite la referencia al establecimiento de las penas. En cualquier caso, su base la encontramos en otro principio garantista: el principio de legalidad, que supone un postulado básico en el derecho positivo y que, entre otras cosas, controla el ejercicio del *ius puniendi* estatal⁹⁴. Este principio presenta una doble vertiente, que se traduce en el deber de la ciudadanía de conocer las consecuencias de una determinada conducta y la forma de aplicación de estas; en este sentido, una conducta será punible cuando en el momento de su realización se encontraba, previamente, determinada de forma legal y estableciendo una pena concretada cuantitativa y cualitativamente —*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*—.

En cualquier caso, la posibilidad de que se produzca una aplicación retroactiva de una norma penal cobra relevancia ante una sucesión de leyes penales en el tiempo, debiendo escogerse una de cara a resolver un conflicto penal. La regla general ante estas situaciones es la prohibición de la aplicación retroactiva de las normas penales desfavorables, lo que conforma un elemento nuclear del principio de legalidad aplicado al ámbito penal. Ello, en palabras del

⁹⁴ BELLO GORDILLO, B. *La ley penal en el tiempo: fundamentos, alcances y límites*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2020, pp. 32 y ss.

Tribunal Constitucional, entraña la imposibilidad de “aplicar una ley desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, al mismo tiempo que indica que los efectos de una ley perjudicial cesan cuando ha terminado su tiempo de vigencia, bien porque en una sucesión normativa se contemple la situación más benignamente o porque tal situación haya dejado de contemplarse”⁹⁵. Se consagra así la irretroactividad de la ley penal como principio y derecho; irretroactividad que responde, igualmente, a la necesidad de obstaculizar posibles cambios normativos *ad hoc*, así como un posible uso instrumental del derecho penal como herramienta populista. De esta forma, se pretende conservar la preceptiva neutralidad en el ejercicio del *ius puniendi*, idea que se desarrollará más adelante.

Por el contrario, y como excepción, encontramos los supuestos en que la aplicación de la ley posterior pueda resultar más favorable. Estos supuestos tienen su base en la nueva valoración más benévola de un mismo hecho, lo que, efectivamente, dota de sentido a la aplicación retroactiva de la ley penal. No obstante, esta posibilidad no puede extraerse explícitamente de los preceptos constitucionales anteriormente mencionados; en este sentido, entiende BELLO GORDILLO que la prohibición de la retroactividad de la ley penal no favorable parte del principio de legalidad, y se constituye a su vez tanto como un límite para el Estado como una garantía para el ciudadano, por lo que puede entenderse que los supuestos en los que efectivamente se produzca la retroactividad de la ley penal favorable no vulnerarán el contenido de los preceptos constitucionales referidos⁹⁶.

En cualquier caso, puede resultar oportuno desgranar el principio de irretroactividad de la ley penal, y sus fundamentos jurídico-penales y axiológicos.

Haciendo referencia a los fundamentos jurídico-penales, debemos comenzar con el principio de culpabilidad, del cual dimanaría el principio de irretroactividad como una suerte de garantía, pues asegura que el ciudadano no pueda ser castigado por una ley de la que no pudo tener conocimiento. No obstante, entender este principio como fundamento de la irretroactividad conlleva una serie de problemas; por un lado, la extensión o grado de conocimiento de la norma, y por otro la ausencia de imputabilidad.

En relación con el primero, entiende ROXIN que solo puede considerarse como presupuesto de la culpabilidad la posibilidad de conocer el injusto, y no necesariamente su punibilidad. Es por ello por lo que este planteamiento entra en conflicto con el principio

⁹⁵ STC 21/1993, de 18 de enero. Fundamento quinto.

⁹⁶ BELLO GORDILLO, B. *La ley penal en el tiempo: fundamentos, alcances y límites*. Barcelona: J.M. Bosch, 2020, pp. 173 y ss.

nullum crimen, nulla poena sine lege, pues este sí requiere la previa fijación de la punibilidad, yendo más allá de lo que el principio de culpabilidad exige. No obstante, entiende ROXIN que la posibilidad de tener conciencia del injusto solo puede darse cuando el autor de este hubiera podido conocer el tipo penal, por lo que es acertado incluir el principio de culpabilidad como fundamento de la irretroactividad de la ley penal desfavorable⁹⁷. En relación con la ausencia de imputabilidad y con la función motivadora de la norma penal a la que nos referiremos a continuación, esta no podrá desplegar efectos en personas que no tengan capacidad de cognoscibilidad.⁹⁸

Por su parte, BARBER BURUSCO expone que, si bien el principio de culpabilidad puede entenderse de una forma indirecta como parte del principio de legalidad, del que, recordemos, dimanaría la irretroactividad de la norma penal, atender de una forma preeminente a este conllevaría una reducción o minoración de lo que el principio de legalidad supone, por no considerarse incluidas en esa prohibición de retroactividad preceptos relativos, por ejemplo, a medidas de seguridad. Su planteamiento pasa por un tratamiento diferenciado de la culpabilidad y las exigencias de legalidad, siguiendo de esta forma el pensamiento de TIEDEMANN.⁹⁹

En cualquier caso, es evidente que el derecho penal pretende influir en las conductas humanas de forma que estas no excedan los límites del ordenamiento jurídico, manteniendo las conductas punibles dentro de unos límites razonables. En esencia, esto se traduce en la función motivadora de la norma penal, como otro de los fundamentos jurídico-penales de la irretroactividad de la ley penal. Esta función tiene mayor alcance que el principio de culpabilidad, concentrando no solo el derecho penal sustantivo, sino toda norma penal que genere en el potencial delincuente un efecto disuasorio, abarcando, por ejemplo, medidas cautelares personales como pudiera ser la detención preventiva, que puramente pertenece al derecho procesal penal. Por ello, debe entenderse que la función motivadora no pertenece exclusivamente a la norma primaria que establece el delito y la pena, pues pueden existir normas secundarias capaces de restringir derechos individuales que puedan influenciar en la conducta del potencial delincuente. Igualmente, podría entenderse que una aplicación retroactiva de una norma no perteneciente al derecho penal material pero que sancione o

⁹⁷ ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas, 1997, pp. 146 y ss.

⁹⁸ BELLO GORDILLO, B. *La ley penal en el tiempo: fundamentos, alcances y límites*. Barcelona: J.M. Bosch, 2020, p. 184

⁹⁹ BARBER BURUSCO, Soledad. *Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de cumplimiento de la pena de prisión. Monografías de Derecho Penal*. Madrid: Dykinson, 2014, pp. 8 y ss.

aumente los aspectos cuantitativos y cualitativos de una pena impuesta, sería igualmente contraria al principio de irretroactividad de la ley penal. En otro orden de cosas, si bien la función motivadora de la norma penal pretende enfocarse al colectivo social, su última fase es puramente individual, incidiendo directamente en un sujeto concreto, el cual, además, deberá tener capacidad de imputabilidad.¹⁰⁰

A este fundamento se refiere BARBER BURUSCO, siguiendo el pensamiento de FEUERBACH y ROXIN, como la perspectiva de la prevención del principio de legalidad¹⁰¹. Si uno de los objetivos principales del derecho penal es influir en la conducta de potenciales delincuentes mediante la intimidación, ello solo puede conseguirse si antes de producirse el hecho se determina en la ley, de la forma más exacta posible, la acción prohibida, pues de lo contrario no se producirá el deseado efecto intimidatorio; y en este mismo sentido se pronuncia ROXIN¹⁰².

Como último fundamento jurídico-penal de la prohibición de la retroactividad encontramos la prohibición de creación de leyes penales *ad hoc* que tengan por objeto sancionar acciones ya cometidas. Este tipo de leyes pueden ser consideradas como leyes especiales, pues pretenden regular situaciones concretas no satisfechas por la ley vigente. En este sentido, no será relevante la naturaleza jurídica de la norma penal *ad hoc*.¹⁰³

Por su parte, en cuanto a los fundamentos axiológicos, debemos aludir a la seguridad jurídica desde diferentes perspectivas; la seguridad jurídica como certeza, como previsibilidad y como límite al *ius puniendi* estatal.

Autores como GONZÁLEZ TAPIA valoran la seguridad jurídica como el principal fundamento de la prohibición de la retroactividad en materia penal. En este sentido, la seguridad jurídica exige que la ley aplicable sea aquella vigente en el momento de la comisión del delito, pues es la única forma en la que los destinatarios de las normas tienen la certeza

¹⁰⁰ BELLO GORDILLO, B. *La ley penal en el tiempo: fundamentos, alcances y límites*. Barcelona: J.M. Bosch, 2020, pp. 185-192.

¹⁰¹ BARBER BURUSCO, Soledad. *Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de cumplimiento de la pena de prisión*. Monografías de Derecho Penal. Madrid: Dykinson, 2014, pp. 8-10.

¹⁰² ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas, 1997, pp. 145 y ss.

¹⁰³ BELLO GORDILLO, B. *La ley penal en el tiempo: fundamentos, alcances y límites*. Barcelona: J.M. Bosch, 2020, pp. 192-194.

de cuál será la reacción del Estado¹⁰⁴, otorgando confianza en que el marco penal aplicable no será posteriormente modificado y aplicado cuando proceda el enjuiciamiento.¹⁰⁵

Así, el Tribunal Constitucional ha establecido que “la exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse”.¹⁰⁶

No obstante, el planteamiento de la seguridad jurídica como certeza y como fundamento de la irretroactividad de la norma penal, supondría que esta prohibición se basase en aspectos puramente subjetivos, ya que no puede asumirse que la totalidad de los ciudadanos tenga un conocimiento preciso de la generalidad de las leyes, lo que, paradójicamente, operaría en contra de la propia seguridad jurídica, pues su aplicación variará en función del caso del que se trate.¹⁰⁷

Igualmente crítica es la perspectiva planteada por BARBER BURUSCO, al exponer que la prohibición de la retroactividad en pro de la seguridad jurídica y la protección de la confianza del destinatario de la norma conlleva una dualidad en su entendimiento. De esta forma, encontraríamos una perspectiva subjetiva, que atendería a la confianza del individuo basada en una suerte de previsibilidad. Esto plantea problemas, pues es evidente que puede castigarse una infracción aunque el conocimiento de la misma por parte de su autor fuera parcial, dando lugar al hecho de que lo relevante para la validez del derecho es la cognoscibilidad objetiva. La perspectiva objetiva de esa necesidad de protección de la confianza del destinatario de la norma conlleva un entendimiento más concreto, y es el considerar que toda norma aplicada a hechos anteriores a su entrada en vigor deberá ser necesariamente considerada imprevisible, es decir, contraria a la norma general sobre la irretroactividad.¹⁰⁸

Como último fundamento axiológico, encontramos la seguridad jurídica como límite al *ius puniendi* del Estado. Quizá este sea el más determinante, pues garantiza la previsibilidad a la

¹⁰⁴ GONZÁLEZ TAPIA, María I. *Determinación del tiempo de comisión del delito*. Granada: Comares, 2002, pp. 166 y ss.

¹⁰⁵ GONZÁLEZ TAPIA, María I. *Determinación del tiempo de comisión del delito*. Granada: Comares, 2002, pp. 183-184.

¹⁰⁶ STC 46/1990, de 15 de marzo. Fundamento jurídico cuarto.

¹⁰⁷ BELLO GORDILLO, B. *La ley penal en el tiempo: fundamentos, alcances y límites*. Barcelona: J.M. Bosch, 2020, pp. 194-196.

¹⁰⁸ BARBER BURUSCO, Soledad. *Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de cumplimiento de la pena de prisión*. Monografías de Derecho Penal. Madrid: Dykinson, 2014, pp. 10 y ss.

que anteriormente hemos aludido, así como la neutralidad y limitación en las reacciones estatales. En este sentido, el comportamiento punible y la pena se determinan por anticipado y con una validez general, quitando del foco, en última instancia, a los destinatarios concretos de la norma. La garantía de la neutralidad y objetividad queda vinculada a la sumisión de los poderes públicos a la ley, inamovible y fija con relación a acontecimientos pasados, alcanzando toda norma penal —procesal, material o de ejecución—, puesto que la potestad punitiva del Estado no se limita exclusivamente al ámbito de la punibilidad, sino que también incluye ámbitos como el proceso penal y la ejecución de la pena¹⁰⁹. Este fundamento se traduce en una cautela de objetividad y prudencia con respecto a la actuación estatal. Para FRIGOLS I BRINES, este fundamento presenta una serie de ventajas, como puedan ser el hecho establecerse como un factor determinante de cara a la neutralidad en la actuación estatal, ser el reflejo de la renuncia del Estado al uso de determinados medios de cara a establecer la convivencia pacífica de los ciudadanos, así como presentar un carácter abiertamente normativo, a diferencia de lo que ocurre con el fundamento de la previsibilidad.¹¹⁰

4.2 Excepción al principio de irretroactividad penal. La retroactividad de la Ley Orgánica 10/2022

Si bien ha sido referido el principio de irretroactividad de la norma penal como un principio garantista de nuestro ordenamiento jurídico, cabe plantearse qué debe suceder cuando la norma penal posterior es favorable con respecto a su predecesora. Esta situación se encuentra regulada en el artículo 2.2 del Código Penal y se infiere, igualmente, del artículo 9.3 de nuestra Constitución, y supone una excepción al principio de irretroactividad de la norma penal, cuya fundamentación no es unánime doctrinalmente, si bien un criterio implícito de las diversas posturas mantenidas parece ser el “ideal de justicia”.

Esta idea es la respaldada por autores como CÓRDOBA RODA y FIORE. El primero expone que sería injusta la continuidad en la aplicación de una ley que el propio legislador ha considerado debe ser sustituida por otra más beneficiosa¹¹¹; por su parte, FIORE entiende que estos supuestos de retroactividad imperan como preceptos de estricta justicia, no siendo

¹⁰⁹ BELLO GORDILLO, B. *La ley penal en el tiempo: fundamentos, alcances y límites*. Barcelona: J.M. Bosch, 2020, pp. 200-202.

¹¹⁰ FRIGOLS I BRINES, Eliseu. *Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho Penal español: existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*. Barcelona: J.M. Bosch, 2008, pp. 297 y ss.

¹¹¹ CÓRDOBA RODA, Juan. *Comentarios al Código Penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 19.

posible suponer que un legislador se encuentre facultado para infringir o desconocer el principio de retroactividad al que nos referimos.¹¹²

Por su parte, LASCURAÍN SÁNCHEZ entiende que el principal fundamento de esta excepción es el principio de proporcionalidad, dado que el legislador ha considerado bien excesiva o prescindible la aplicación de la anterior norma, aun en el supuesto de que estuviera vigente en el momento en que se produjeron los hechos a ser enjuiciados, por lo que su aplicación resultaría en una solución desproporcionada¹¹³. El fundamento de la proporcionalidad es igualmente el seguido por FRIGOLS I BRINES, al exponer que en caso de no existir necesidades preventivas o de ser estas de menor entidad, será preceptiva la aplicación de la norma que menos lesione los derechos fundamentales del ciudadano.¹¹⁴

Para MUÑOZ CONDE la retroactividad de la ley penal favorable responde a una exigencia de coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico, pues si los hechos son desvalorados por el legislador o se produce una minoración en la valoración de los mismos, no es lógico que los ciudadanos continúen padeciendo las consecuencias de leyes que han dejado de ser consideradas adecuadas.¹¹⁵

A pesar de no existir un marco teórico doctrinal unánime en lo que a la fundamentación de la retroactividad se refiere, los efectos prácticos de esta excepción son evidentes. Como se ha expuesto anteriormente, algunas de las novedades introducidas por la ley del “solo sí es sí” consistieron en una aminoración de las penas previstas para los delitos tipificados en los artículos 178, 179 y 180. Ello ha conllevado la aplicación retroactiva de la Ley Orgánica 10/2022, lo que se ha traducido en más de un millar de rebajas de condenas por delitos de esta índole.

La práctica general es la inclusión de disposiciones transitorias en aquellas leyes que modifican el Código Penal de cara a, como su nombre indica, regular el tránsito de la ley anterior a la nueva ley. En este sentido, las disposiciones transitorias ofrecen una “una interpretación auténtica del principio de retroactividad de la ley penal más favorable que consagran los citados preceptos, precisando los términos en que estos deben ser

¹¹² FIORE, Pascuale. *De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada*. Madrid: Reus, 2009, pp. 367 y ss.

¹¹³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid: Civitas, 2000, pp. 44 y ss.

¹¹⁴ FRIGOLS i BRINES, Eliseu. *Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho Penal español: existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*. Barcelona: J.M. Bosch, 2008, pp. 422 y ss.

¹¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 133 y ss.

interpretados a la hora de determinar qué norma debe ser considerada más favorable para el reo en la sucesión normativa”¹¹⁶. Y suele, de igual forma, ser habitual que las disposiciones transitorias no permitan la revisión de condenas cuando la pena impuesta a tenor de la ley predecesora pudiera ser igualmente impuesta bajo la observancia de la nueva ley, como introdujo la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995 —lo cual podría ser constitucionalmente discutible, pero es harina de otro costal—. El problema de las rebajas de condenas —“problema”, porque parecía no ser la intención del legislador— deriva, efectivamente, de la no inclusión de una disposición transitoria en la ley que acotase los casos susceptibles de revisión de la pena, siendo por ello conforme a derecho la aplicación retroactiva de la ley que, como se ha expuesto, dimana del principio de legalidad y que encuentra su correlativo en el artículo 2.2 del Código Penal.

En un intento de solventar la situación, la Fiscalía General del Estado emitió una circular sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal. Expone la Fiscalía General del Estado que las disposiciones transitorias ofrecen una interpretación auténtica al determinar qué norma debe ser considerada más favorable para el reo, y que no existe obstáculo alguno para que lo dispuesto en la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995 se aplique a las revisiones instadas en virtud de la Ley Orgánica 10/2022, no con fundamentación analógica, sino por tratarse de un criterio interpretativo consolidado¹¹⁷. Y resulta llamativo que para respaldar este razonamiento se sirva del preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre —es decir, posterior en el tiempo a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de diciembre— que viene a suscribir, a modo de disposición transitoria, lo establecido en la ya más que referida disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995. En cualquier caso, el Tribunal Supremo ha señalado que los preámbulos de las normas legales, si bien carecen de valor normativo, constituyen un elemento de importancia de cara a esclarecer el sentido y alcance de las normas¹¹⁸. Sirviéndose de este criterio, expone la Fiscalía General del Estado que lo dispuesto en la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995 es perfectamente trasladable a la Ley Orgánica 10/2022 pese a no haber referencia alguna a ella, pues de lo contrario se daría un tratamiento jurídico diferente a situaciones “objetivamente

¹¹⁶ Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. Apartado 20.2, revisión de sentencias firmes, p. 92.

¹¹⁷ Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. Apartado 20.2, revisión de sentencias firmes, p. 93.

¹¹⁸ STS 340/2021, de 23 de abril. Fundamento de derecho segundo.

equivalentes”¹¹⁹. Por consiguiente, se pauta que los fiscales informen en sus dictámenes que no será admisible la revisión de sentencias firmes cuando la pena impuesta fuera igualmente imponible con arreglo a la nueva regulación, es decir, a la Ley Orgánica 10/2022, pese a no preverse expresamente en ella esta “regla”.¹²⁰

Por su parte, el Tribunal Supremo ha confirmado los criterios de las Audiencias Provinciales en las revisiones de penas producidas tras la reforma de la Ley Orgánica 10/2022. De 29 recursos de casación estudiados en el Pleno monográfico, 27 han sido resueltos por unanimidad. Las sentencias no han sido aún publicadas, por lo que no pueden exponerse los criterios del Alto Tribunal.

¹¹⁹ Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. Apartado 20.2, revisión de sentencias firmes, p. 95.

¹²⁰ Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. Apartado 20.2, revisión de sentencias firmes, pp. 95-100.

5. CONCLUSIONES

Como ha sido expuesto, los delitos contra la libertad sexual han sido objeto de múltiples revisiones y reformas; no obstante, a raíz del caso de “la manada”, se ha modificado la realidad social y jurídica en este ámbito de forma más notoria. Los cambios en la realidad social han derivado, en gran parte, del tratamiento “informativo” que se dio al caso en cuestión. Como se ha desarrollado en el epígrafe segundo, se produjo una sobreexplotación del suceso por parte de los medios de comunicación, excesivamente dilatada en el tiempo y que, en la mayoría de las ocasiones, era más digna de programas de entretenimiento que de programas informativos. Es innegable que esta focalización en el asunto provocó gran parte de su trascendencia a nivel social, que se hizo más que evidente.

La primera conclusión que puede establecerse en estas líneas es la relativa a la dimensión o alcance que debe darse, a nivel informativo, a estos sucesos. Es evidente que supuestos como este presentan un alto interés social, lo que reafirma que el derecho penal es el derecho público por antonomasia. Pero quizá el tratamiento informativo debiera ser más respetuoso con ambas partes del proceso, víctima e investigados, y con el proceso mismo. Quizá debería ceñirse a una primera información genérica del suceso, y una información más detallada y profunda una vez se hubiera dado el pronunciamiento judicial.

En cualquier caso, todo ello puede enlazarse con una segunda conclusión. Es evidente el interés, por parte de los integrantes de la esfera política de nuestro país, de alinearse con el pensamiento del grueso de la sociedad, puesto que en última instancia este alineamiento—cierto o puramente instrumental— terminará por operar en su beneficio. Como bien dice el Prof. Dr. Miguel Anxo Bastos, el populismo es una herramienta necesaria de cara a desafiar el *establishment*, pero fuera de la existencia de un grupo de poder, es una herramienta peligrosa. La responsabilidad de los políticos para con los ciudadanos debería exigir, necesariamente, un consenso de la mayor amplitud posible, ajeno a ideologías y a las preceptivas mayorías, cuando se trate de materias especialmente sensibles.

Abordando un plano necesariamente más jurídico y menos social, la Ley Orgánica 10/2022 presenta algunas cuestiones dignas de mención, si bien no serán muy extensas por haberse planteado una pluralidad de criterios a lo largo del documento. Las más relevantes, para mi persona, son las siguientes.

En primer lugar, la horquilla penológica prevista en el artículo 178, en atención a todos sus apartados, presentaba una amplitud excesiva, variando la pena entre la imposición de multa

y la prisión con un límite máximo de cuatro años que poco contribuía a la seguridad jurídica, máxime cuando parecía relegarse a criterios de razonamiento puramente subjetivos la imposición de una u otra pena. En relación con la cuestión del consentimiento, este ya era un elemento fundamental en la regulación anterior a la Ley Orgánica 10/2022. Su definición aporta un carácter excluyente que puede provocar más injustos que justicia, como se ha desarrollado en el epígrafe tercero, en voz de ciertos autores.

Por su parte, la agravante de prevalimiento que preveía el artículo 180 carece de sentido si se entiende que el empleo de violencia o intimidación conlleva un menor desvalor o reproche, a juicio del legislador, a la hora de realizar el ilícito. Lo mismo puede decirse de la sumisión química; si bien en la regulación anterior a la Ley Orgánica 10/2022 era considerada como un medio comisivo de menor reproche que la violencia o intimidación, considerar que ostenta una entidad superior resulta excesivo. Más lógico sería establecerla en un plano de igualdad estricta junto con los medios comisivos violentos o intimidatorios.

Por último, puede ser digno de mención el criterio interpretativo descrito en la Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado. Es cuestionable que, en un intento de acabar con los efectos no deseados producidos por la Ley Orgánica 10/2022, pretenda utilizarse un “criterio de interpretación *ad hoc*” —descrito así en la propia Circular— de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, pues se argumenta que, de lo contrario, se ofrecería “un distinto tratamiento jurídico a situaciones objetivamente equivalentes”¹²¹. Es decir, servirse de una disposición transitoria de hace casi treinta años en pro de la seguridad jurídica, en lugar de depurar la técnica legislativa. Y ello ha derivado en la contrarreforma de la reforma: la Ley Orgánica 4/2023; dos reformas en la regulación de los delitos contra la libertad sexual en seis meses. Todo por la seguridad jurídica.

¹²¹ Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. Apartado 20.2, revisión de sentencias firmes, p. 95.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María, FARALDO CABANA, Patricia. *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*. Madrid: Reus Editorial, 2019.

ACALE SÁNCHEZ, María. “Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma”. *IgualdadES*, nº5, 2021.

ACALE SÁNCHEZ, María. “Tratamiento de la sumisión química en la jurisprudencia”. *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”: luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*. Barcelona: Atelier, 2023.

BARBER BURUSCO, Soledad. *Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de cumplimiento de la pena de prisión. Monografías de Derecho Penal*. Madrid: Dykinson, 2014.

BELLO GORDILLO, B. *La ley penal en el tiempo: fundamentos, alcances y límites*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2020.

CÓRDOBA RODA, Juan. *Comentarios al Código Penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

DÍEZ RIPOLLÉS, José L. *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*. Barcelona: Bosch, 1985.

DÍEZ RIPOLLÉS, José L. *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II, Títulos VII-XII*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José L. “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº21, 2019.

FARALDO CABANA, Patricia. “La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, nº 22, 07-19.

FIORE, Pascuale. *De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada*. Madrid: Reus, 2009.

FRIGOLS I BRINES, Eliseu. *Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho Penal español: existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*. Barcelona: J.M. Bosch, 2008.

- GAVILÁN RUBIO, María. “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* n°12, 2018.
- GONZÁLEZ RUS, Juan J. “Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995”. *Cuadernos de política criminal* n°59, 1996.
- GONZÁLEZ TAPIA, María I. *Determinación del tiempo de comisión del delito*. Granada: Comares, 2002.
- JERICÓ OJER, Leticia. “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”. *Boletín de Violencia de Género y de Igualdad, Juezas y Jueces para la Democracia*, n°11
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. *Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve*.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid: Civitas, 2000.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”. *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”: luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*. Barcelona: Atelier, 2023.
- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. “¿Las agresiones sexuales cualificadas como delito de propia mano? Reflexiones en torno a la STS de 6 de junio de 2000, RJ 2000/5247”. *Revista de Derecho y Ciencias Penales* n°13 (183-200).
- 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.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1988.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- ORTS BERENGUER, Enrique. “Delitos contra la libertad sexual”. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- PARDO MIRANDA, María M. “El delito de agresión sexual. Reflexión con ocasión de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual” *El Criminalista Digital*, II Época, n°11, 2023.

PERAMATO MARTÍN, Teresa. “El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. Propuestas normativas”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Protocolo II.

PERAMATO MARTÍN, Teresa. “Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual. El consentimiento”. *Boletín de Violencia de Género y de Igualdad, Juezas y Jueces para la Democracia*, nº11.

RAMÓN RIBAS, Eduardo. “El concepto de intimidación en los delitos de agresiones sexuales. Comentario de la STS 1396/1999”. *Revista de Derecho Penal* nº10, 2003.

ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas, 1997.

SÁNCHEZ ZAMORANO, Francisco. “Tratamiento jurídico de los delitos contra la libertad sexual”. *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Tomo II. Ministerio de Justicia, 1999.

SOTO IVARS, Juan. *Nadie se va a reír: La increíble historia de un juicio a la ironía*. DEBATE, 2022.

TOMÉ GARCÍA, José A. “La ley del «solo sí es sí»: consentimiento sexual y carga de la prueba”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº159, 2022.

TORRES FERNÁNDEZ, María E. “Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022)”. *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”: luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*. Barcelona: Atelier, 2023.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho penal español. Parte especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

WEBGRAFÍA

GIMBERNAT, Enrique. *Contra la nueva regulación de los delitos sexuales*. 2022
<https://www.abc.es/sociedad/nueva-regulacion-delitos-sexuales-20220927024005-nt.html>

GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. *Allanar la voluntad. Delimitación de la intimidación como medio coactivo en los delitos sexuales*. Barcelona, 2011
<https://www.tdx.cat/handle/10803/51579#page=1>

JAÉN VALLEJO, Manuel. *A propósito de la problemática significación de los conceptos de «violencia», «intimidación» y «prevalimiento de superioridad» en los delitos contra la libertad sexual*. 2018 <https://elderecho.com/a-proposito-de-la-problematica-significacion-de-los-conceptos-de-violencia-intimidacion-y-prevalimiento-de-superioridad-en-los-delitos-contra-la-libertad-sexual>

Otros

Acuerdo del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005.

Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

Informe sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

Secretaría de Estado de Seguridad. *Balance Anual de Criminalidad 2022*.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

Sentencia de la Audiencia Nacional 15/2015, de 2 de junio.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2018, de 20 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 46/1990, de 15 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 21/1993, de 18 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo 8588/1993, de 13 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 1192/1997, de 3 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo 190/1998 de 16 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 1366/1999, de 1 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo 1518/2001, de 14 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 834/2002, de 13 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo 1015/2003, de 11 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo 380/2004, de 19 marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo 1291/2005, de 8 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 476/2006, de 2 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo 914/2008, de 22 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 1142/2009, de 24 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 646/2010, de 18 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo 757/2011, de 12 de julio.

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

Sentencia del Tribunal Supremo 609/2013, de 10 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo 355/2015, de 28 de mayo.

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

Sentencia del Tribunal Supremo 2ª 855/2015, de 23 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 608/2015, de 20 de octubre.

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

Sentencia del Tribunal Supremo 132/2016, de 23 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 953/2016, de 15 de diciembre.

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

Sentencia del Tribunal Supremo 3936/2019, de 11 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 145/2020, de 14 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo 340/2021, de 23 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo 454/2021, de 27 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo 544/2022, de 1 de junio.