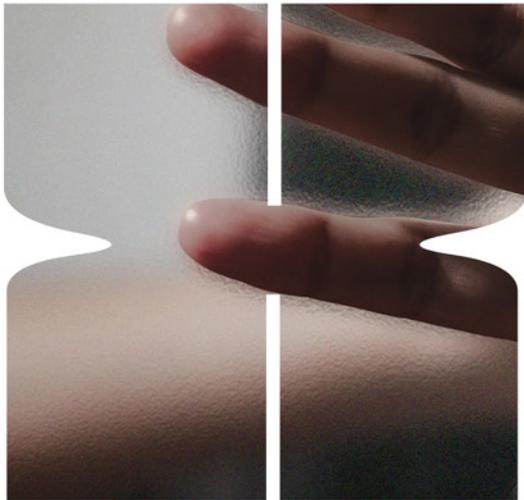


# PERFIL CRIMINOLÓGICO

FISCALÍA  
GENERAL  
DEL ESTADO

DELITOS



COMPRENSIÓN SOCIO-JURÍDICA Y RESPUESTA DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL



# FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

Revista Científica de Ciencias Jurídicas, Criminología y Seguridad  
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

#### COMITÉ EDITORIAL

Dra. Diana Salazar Méndez  
Fiscal General del Estado

Mtr. Guido Quezada Minga  
Coordinador General de Gestión del Conocimiento

Mtr. Beatriz Rodríguez Tapia  
Directora de Estudios Penales

#### COMITÉ ACADÉMICO

Dirección de Estudios Penales.

#### EQUIPO DE DISEÑO EDITORIAL ACADÉMICO

Dirección de Comunicación y Promoción Institucional

M.Sc. Gabriela Moncayo

Ing. Andrés Lasso Ruiz

**Quito, diciembre de 2023**

#### Contenido de acceso libre.

Los criterios vertidos por los autores no comprometen la opinión institucional.

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial, sin autorización de los autores

Edición

34  
PERFIL **CRIMINOLOGICO**

---

# EDICIÓN 34

## CONTENIDO

<b>Presentación .....</b>	<b>9</b>
Delitos sexuales y victimización secundaria.....	11
La violencia sexual como manifestación de la violencia de género y violencia infantil. Análisis del consentimiento.....	21
El delito de violación como paradigma de la violencia sexual de género.....	37
Las agresiones sexuales en el Código Penal español después de la Ley del "solo sí es sí" y su posterior revisión .....	53
Análisis del delito de acoso sexual tras la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual.....	87
El debate sobre la relevancia de la cláusula del Art. 183 Quater Cp en el caso de "La Arandina" .....	117
El delito de <i>grooming</i> en el Código Penal argentino.....	129

# PRESENTACIÓN

# PERFIL CRIMINOLÓGICO

---

Lamentablemente, la violencia y la agresión sexual ocurren en todas las sociedades y se configuran como eventos profundamente traumáticos, con graves consecuencias físicas y psicológicas sobre la víctima. Todas estas formas de violencia ocurren en una variedad de escenarios, abarcando una gama de diferentes relaciones entre víctima y agresor, así como una variedad de formas de coerción y de contextos de vulnerabilidad, que afectan a personas de todos los géneros, edades, creencias religiosas, nivel de ingresos, etnias y orientaciones sexuales. Aún más, el impacto de las agresiones sexuales trasciende el límite personal de las propias víctimas, incidiendo profundamente en su entorno familiar, en sus amigos y en la sociedad en su conjunto.

No es equivocado señalar que al incorporar desde su génesis y materialización, factores económicos, sociales y culturales, los delitos contra la libertad sexual se configuran como fenómenos altamente complejos, que se desarrollan en un contexto social en el que cada vez es más frecuente la mercantilización de la sexualidad humana y la violencia de género. Por ello, su análisis requiere un enfoque interdisciplinario, que permita comprender de manera holística y transversal sus causas, medios, manifestaciones y, principalmente, sus soluciones. Desde una perspectiva jurídica, la importancia del estudio de estos delitos recae no solamente en la estructuración de los elementos constitutivos del tipo, los sujetos activos y pasivos, entre otros, sino que implica, además, una evaluación de los valores morales de la sociedad y cómo esta percibe, procesa y combate la violencia sexual.

De este modo, resulta imperativo para el sistema de administración de justicia abordar un enfoque crítico sobre cómo responde la sociedad ante esta problemática. En este sentido, el desarrollo de bases conceptuales y pragmáticas sobre este tipo de delitos, así como la difusión del material académico subyacente, se configuran como elementos fundamentales orientados a generar soluciones integrales. Conscientes de este escenario, la Fiscalía General del Estado, a través de la Dirección de Estudios Penales, presenta, con grata satisfacción, la edición número 34 de la Revista Científica de Ciencias Jurídicas, Criminología y Seguridad, Perfil Criminológico. Así, *Delitos sexuales: Comprensión socio-jurídica y respuesta del sistema de justicia penal* busca, con su contenido, la producción y posterior discusión de nuevos e importantes conocimientos. Aquello permitirá la consolidación de directrices y programas de acción que cumplan con parámetros acordes a este tipo de delitos, lo cual, consecuentemente, proporcionará herramientas útiles para el personal que diariamente enfrenta estos delitos.

# DELITOS SEXUALES

Y VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

María Pilar Marco Francia<sup>1</sup>

## 1. Introducción

En el sistema penal la víctima siempre ha tenido una importancia secundaria. El protagonista del proceso, y a quién beneficia el derecho de presunción de inocencia, es el agresor. De forma particular, en los delitos sexuales se suelen sumar múltiples sesgos de las personas que, en ocasiones, emergen, produciendo la indeseada victimización secundaria. Esa segunda victimización agrava doblemente la agresión o los abusos sufridos de manera primigenia. Es la posterior frialdad e incomprensión de un sistema legal penal, que proporciona una imagen de tremenda soledad e incomprensión para la víctima. La primera agresión es complicada de gestionar para la víctima, pero la segunda, en muchas ocasiones, es insoportable, cuando ha de relatar una y otra vez el suceso y dónde, en cierta forma, la víctima del delito puede no ser creída, sentirse culpabilizada o responsabilizada de la comisión del delito. Aquello, cuando a nadie más le puede ser imputable más que al agresor.

---

<sup>1</sup> Profesora Ayudante Doctora en Derecho penal y Criminología, Universidad Complutense de Madrid, España. Correo electrónico: pilar.marco@ucm.es. Proyecto Europeo 2021/2024. H2020-SU-SEC-2020. Number of Project: 101021801, Acronym: HEROES, Title: «NOVEL STRATEGIES TO FIGHT CHILD SEXUAL EXPLOITATION AND HUMAN TRAFFICKING CRIMES AND PROTECT THEIR VICTIMS», Funder: European Commission (EU), Horizon 2020 - EU Framework Programme for Research and Innovation (EU), Program: H2020: Societal Challenges, Subprogram: Societal Challenges: Secure societies - Protecting freedom and security of Europe and its citizens, Type of Action: Research and Innovation Action, Call: H2020-SU-SEC-2020. IP: L. J. García Villalba. Proyecto Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos. Nº: PID2020-117403RB-100. IP Laura Zúñiga Rodríguez. Programa financiador: Programa Estatal de I+D+I orientada a los Retos de la Sociedad, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación de 2017-2020. Entidad financiadora: Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España. Proyecto «Violencia extrema sobre la mujer: respuesta penal y alternativas para la prevención» (VEM, PID2022-140170NB-I00). 2022-2026. IP Carolina Bolea Bardón. Entidad financiadora: Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

## 2. La violencia sexual como forma de violencia de género

La violencia sexual contra las mujeres es una forma más de violencia de género. Se trata de una violencia de tipo sexual que se comete sobre la mujer, por el hecho de ser mujer. En este caso, se trata de una dominación de carácter sexual: "quiero tener sexo con esa mujer y me es indiferente su consentimiento, lo quiero y lo tengo"<sup>2</sup>.

La Organización de Naciones Unidas define en la violencia de género en el artículo 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer<sup>3</sup>, e incluye la violencia sexual contra la mujer dentro de la violencia de género en su artículo 2. Por su parte, la ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual habla de violencias sexuales, incorporando los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena. Respecto a la definición de violencia sexual, la Organización Mundial de la Salud la define como:

todo acto sexual, la tentativa de consumir un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo.<sup>4</sup>

## 3. La víctima

El Estatuto de la víctima, Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, distingue en su artículo 2 respecto al concepto de víctima, entre víctima directa e indirecta. Así, se considerará como víctima directa a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, prestando especial atención a quienes hayan sufrido lesiones tanto físicas como psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos que hayan sido causados directamente por la comisión de un delito. El Estatuto conceptúa como víctima indirecta, para los casos de muerte o desaparición por delito de la víctima directa: al cónyuge o pareja de hecho (no separado), hijos de la víctima o de su pareja, con convivencia, así como sus padres y parientes en línea recta o colateral hasta el tercer grado que estuvieran bajo su tutela, curatela o acogimiento –que no hubieran sido los sujetos activos del delito–. De no existir estos familiares, se considerarán víctima indirecta el resto de los parientes en línea recta y a sus hermanos.

No se debe olvidar que la victimización comporta un fallo en la prevención, que no deja de ser la finalidad primordial del sistema penal<sup>5</sup>. Con todo, la víctima es la parte peor parada en el proceso de justicia<sup>6</sup> y la mujer suele ser la víctima favorita de la violencia de la sociedad<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Como señala Ana Isabel Carreras, en la violencia sexual es necesario aplicar un análisis de género y analizar si el agresor actúa contra la víctima porque es mujer, no desvalorizando a la víctima en particular sino de manera general a la mujer. Sobre la evolución internacional de la violencia de género véase Ana Isabel Carreras Presencio, "La agresión sexual en el contexto de la violencia de género", *Diario LA LEY*, n.º 9154 (2018). Añadimos que también sería necesario realizar un análisis interseccional para analizar las vulnerabilidades que se solapan.

<sup>3</sup> ONU Asamblea General, *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, 20 de diciembre de 1993, num. 2, A/RES/48/104.

<sup>4</sup> Etienne G. Krug, et al., *Informe mundial sobre la violencia y la salud* (Washington, D.C.: OPS, 2003), 161, <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/725/9275315884.pdf>.

<sup>5</sup> Josep Maria Tamarit Sumalla, "La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas", en *Manual de Victimología* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 17-47.

<sup>6</sup> Vicente Garrido Genovés, *Qué es la psicología criminológica* (Madrid: Biblioteca Nueva, 2005), 111.

<sup>7</sup> Enrique Echeburúa Odriozola, Paz de Corral, "Agresiones sexuales contra mujeres", en *Manual de Victimología* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 149-164.

## 4. La víctima y el proceso de victimización

Desde las concepciones clásicas de la victimología, se puede considerar la victimización como un proceso eminentemente complejo, que es susceptible de un abordaje multidisciplinar. Dada dicha complejidad del mismo, se distingue entre victimización primaria, secundaria y terciaria. Las dos primeras, la victimización primaria y secundaria, van a conformar el núcleo de la asistencia a las víctimas<sup>8</sup>.

La victimización primaria sería la derivada directamente de un delito; y la asociada intrínsecamente al mismo, al daño causado, a su conceptualización cuantitativa y cualitativa. Cuestión que diferirá del daño estricto al bien jurídico protegido, como bien señala Tamarit<sup>9</sup>, puesto que una lesión contra la libertad sexual puede llevar aparejados daños psicológicos de calado importante<sup>10</sup>. En el momento de la agresión sexual, la mujer está siendo víctima de un delito violento o con intimidación que le hace temer por su vida o a sufrir un daño físico<sup>11</sup>. Además de ver doblegada su voluntad y su cuerpo, los daños físicos pueden ser importantes, pero los psicológicos pueden llegar a ser severos, incapacitantes y muy duraderos en el tiempo.

La *victimización secundaria* es fundamentalmente la nacida de la relación entre la víctima primaria y, según Echeburúa<sup>12</sup>, "el sistema jurídico-penal (policía o sistema

judicial)". Se entiende que esta victimización secundaria corresponderá al paso de la víctima por el sistema y si la víctima se ha sentido perjudicada o maltratada por el mismo, debido a las propias carencias o defectos del sistema. Esto puede ser debido, no solo a la cantidad de tiempo transcurrido o del propio número de declaraciones que se presten, sino de los rasgos cualitativos de los propios interrogatorios que se realizan, que aún estando amparados dentro del derecho a la defensa, por su crueldad o dureza puedan causar daños que agraven los ya causados por la agresión primaria. Por su parte, Díaz Colorado<sup>13</sup> considera la victimización secundaria más negativa, porque es el propio sistema judicial el que victimiza. Para Campbell y Raja, la victimización secundaria se refiere a los "comportamientos y actitudes de las instituciones de servicios sociales que culpabilizan a la víctima y carecen de sensibilidad, lo que traumatiza a las víctimas que son atendidas por ellas"<sup>14</sup>. Sin embargo, se debe entender la victimización secundaria en un sentido más amplio, como las consecuencias negativas para el bienestar de la víctima, derivadas de la iniciación del procedimiento penal, y además incluiría la reacción social negativa hacia la víctima ante la denuncia del delito, amplificada y/o generada por los medios de comunicación y por las redes sociales<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Fernando Díaz Colorado, "Una mirada desde las víctimas: el surgimiento de la Victimología", *Umbral científico*, n.º 9 (2006): 141-159, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30400915>.

<sup>14</sup> Rebecca Campbell y Sheela Raja, "Secondary Victimization of Rape Victims: Insights from Mental Health Professionals Who Treat Survivors of Violence", *Violence and Victims* 14, n.º 3 (1999): 261-275, [https://www.researchgate.net/publication/12695910\\_Secondary\\_Victimization\\_of\\_Rape\\_Victims\\_Insights\\_From\\_Mental\\_Health\\_Professionals\\_Who\\_Treat\\_Survivors\\_of\\_Violence](https://www.researchgate.net/publication/12695910_Secondary_Victimization_of_Rape_Victims_Insights_From_Mental_Health_Professionals_Who_Treat_Survivors_of_Violence).

<sup>15</sup> Entendemos que la violencia institucional que está detrás de la cuestión de la victimización secundaria puede quedarse incluso pequeña en el desarrollo de nuestra sociedad actual, si tenemos en cuenta la victimización secundaria que pueden provocar los medios de comunicación, compararse en ese sentido Enrique Echeburúa, Paz de Corral y Pedro J. Amor, "Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos", 235. Poniendo como ejemplo el caso de «La Manada», las redes sociales y los medios de comunicación han aumentado exponencialmente la victimización secundaria de la víctima, con una repercusión mediática sin precedentes. Todavía a fecha de hoy, se pueden encontrar páginas web en las que se opina sobre el aspecto físico de la víctima, se dan datos sobre la misma e incluso existen fotografías y videos suyos. Enrique Echeburúa, Paz de Corral y Pedro J. Amor, "Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos", 235.

<sup>8</sup> María del Mar Daza Bonachela, *Escuchar a las víctimas* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 113.

<sup>9</sup> Josep Maria Tamarit Sumalla, "La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas", 32.

<sup>10</sup> Respecto a los daños psicológicos que puede llevar aparejada una agresión o abuso sexual véase Enrique Echeburúa, Paz de Corral y Pedro J. Amor, "Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos", *Psicopatología Clínica, Legal y Forense* 4, (2004): 227-244; y Enrique Esbec Rodríguez y Olga Fernández Sastrón, "Aspectos psicopatológicos de la agresión sexual: Antecedentes y una revisión sobre las nuevas líneas de investigación", *Psicopatología Clínica y Forense* 1, n.º 0 (2000): 35-57.

<sup>11</sup> Jorge González Fernández y Encar Pardo Fernández, "El daño psíquico en las víctimas de agresión sexual" (congreso, VIII Congreso Virtual de Psiquiatría, Interpsiquis, 2007).

<sup>12</sup> Enrique Echeburúa Odriozola y Paz de Corral, "Agresiones sexuales contra mujeres", en *Manual de Victimología* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 157.

La victimización terciaria, por su parte, va más allá de la víctima, y aborda las esferas familiares tanto de la víctima como de su victimario, por las implicaciones que puede tener para la vida de terceras personas cercanas.

La ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual establece como obligación del Gobierno la elaboración de un programa marco de formación de profesionales que trabajan en este tema sobre: estereotipos de género, el trauma y sus efectos, la responsabilidad en la reducción de la victimización secundaria, interseccionalidad<sup>16</sup> y, de igual forma, para los médicos forenses<sup>17</sup>.

## 5. La victimización secundaria en los delitos sexuales

Como se ha visto, la victimización secundaria deriva de las relaciones que se establecen posteriormente a la comisión del delito, entre la víctima y el sistema jurídico-penal en sentido amplio, y comprensivo de: policía, médicos, médicos forenses, abogados, sistema judicial, servicios sociales e incluso los medios de comunicación. Es decir, es un tipo de maltrato institucional y también social, que puede contribuir a agravar mucho más el daño psicológico sufrido previamente por la víctima en la victimización primaria, o incluso a cronificar las secuelas psicológicas<sup>18</sup>. De este modo, se ha llegado a considerar una segunda violación que se añade a la primera.

Esta no va a ser una reacción automática. Que exista una victimización secundaria o no, va a depender de las características individuales de la víctima, de las circunstancias relativas a la agresión sexual sufrida, de la repercusión mediática del caso, del paso de la víctima por el proceso de instrucción y enjuiciamiento posterior –si su duración es muy larga<sup>19</sup> y con numerosas reproducciones de su testimonio, interrogatorios invasivos, contra-interrogatorios que pongan en cuestión la personalidad, y comportamiento de la víctima–, del resultado de la sentencia y si la víctima se siente satisfecha o no con el resultado del proceso judicial y, como el proceso no acaba allí, de la subsiguiente ejecución de la sentencia.



<sup>16</sup> España, *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*, Boletín Oficial del Estado, 7 de septiembre de 2022, art. 23.

<sup>17</sup> España, *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*, art. 48.

<sup>18</sup> Véase Enrique Echeburúa Odriozola, Paz de Corral Gargallo y Pedro Javier Amor Andrés, "Evaluación del daño psicológico a las víctimas de delitos violentos", *Psicotema* 14, n.º Extra 1 (2002): 140-146; y, Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero, Elisa Coronel y Carlos Andrés Pérez, "Revisión teórica del concepto de victimización secundaria", *Liberabit, Revista de psicología* 15, n.º 1 (2009): 49-58, <https://www.redalyc.org/pdf/686/68611923006.pdf>. Respecto a las secuelas en víctimas infantiles de abusos sexuales véase Enrique Echeburúa Odriozola, Paz de Corral Gargallo, "Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia", *Cuad Med Forense*, n.º 12 (2006): 43-44 y 75-82.

<sup>19</sup> A título de ejemplo, en el caso de «La Manada» los hechos se produjeron el 7 de julio de 2016, la primera sentencia condenatoria fue dictada el 20 de marzo de 2018 y el recurso de casación se resolvió por STS 344/2019, de 4 de julio [ECLI:ES:TS:2019:2200]. España Tribunal Supremo, *Sentencia 344/2019*, Boletín Oficial del Estado, 4 de julio de 2019, <https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/8829782/garantias%20procesales/20190708>.

### 5.1. Las características individuales de la víctima

Las características individuales de la víctima van a ser muy importantes a la hora de enfrentarse al primer impacto de la agresión sexual, tanto en su aspecto físico y psíquico. Sus características personales también afectarán al afrontamiento que la mujer realice respecto al proceso de denuncia y posterior enjuiciamiento de la agresión sexual. Las características psicológicas de cada víctima, sus vulnerabilidades<sup>20</sup>, su capacidad de resiliencia<sup>21</sup>, su actitud vital frente a lo que le ha pasado y respecto a su futuro, determinarán la experiencia que esta tenga como víctima de un delito sexual. Para ello, habrá que evaluar las características de las víctimas de abusos o agresiones sexuales y su grado de vulnerabilidad, en un primer lugar para su atención jurídica y psicológica y, en segundo lugar, para establecer una estrategia de prevención de victimización secundaria. Aquello es especialmente importante en los casos de víctimas inmigrantes, de zonas rurales, lesbianas, transgénero, discapacitadas, que, sin duda, tienen una mayor invisibilidad y cuentan con vulnerabilidades añadidas, que pueden dificultar su identificación del delito sexual y la recuperación posterior del delito<sup>22</sup>. O, de igual forma, si ha existido una agresión sexual en la

<sup>20</sup> Se puede entender como víctimas vulnerables, con González, Muñoz, Sotoca y Manzanero, aquellas «que tienen un mayor riesgo de sufrir una victimización secundaria o revictimización provocada por el sistema judicial, con una escasa capacidad para defender sus derechos sin ayuda, e incluso con el riesgo de ser excluidas por el sistema. José Luis González Álvarez et al., "Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables", *Papeles del Psicólogo* 34, n.º 3 (2013): 227-237. Como factores de vulnerabilidad de la víctima encontraríamos, entre otros: la edad: a menor edad, mayor vulnerabilidad porque existe una menor capacidad de defensa, de racionalización y entendimiento del suceso y también en el caso de personas ancianas, la discapacidad, la existencia de trastornos mentales previos y como agravante de estas vulnerabilidades, la falta de apoyo social o familiar.

<sup>21</sup> La resiliencia es la resistencia al estrés, la capacidad de sobreponerse a contratiempos y superarlos. La Real Academia Española en su avance de la vigésimo tercera edición ya lo recoge y en su acepción psicológica lo define como la «capacidad humana de asumir con flexibilidad situaciones límite y sobreponerse a ellas», vendría a ser un equivalente a nuestra «entereza».

<sup>22</sup> A este respecto, véase Rebecca Campbell, "The psychological impact of rape victims' experiences", *American Psychologist* 63, n.º 8 (2008): 702-717, [https://www.researchgate.net/publication/23478485\\_The\\_psychological\\_impact\\_of\\_rape\\_victims](https://www.researchgate.net/publication/23478485_The_psychological_impact_of_rape_victims).

infancia, tal y como pone de manifiesto Arata, las víctimas de violación en la edad adulta, que fueron abusadas sexualmente en la infancia, tienen mayores síntomas de trauma y se auto atribuyen la responsabilidad por los hechos, o culpan a la sociedad respecto a la agresión posterior<sup>23</sup>.

Para Filipas y Ullman<sup>24</sup>, las mujeres que han padecido abusos sexuales en la infancia tienen el doble de probabilidades de ser victimizadas en la edad adulta. Para ello, siguen varias teorías, como la indefensión aprendida, la falta de un aprendizaje de habilidades interpersonales, o de que un sistema de creencias defectuoso que se haya visto afectado por el abuso en la infancia y, por tanto, tiene estrategias mal-adaptativas para lidiar con el mundo. Estas estrategias mal-adaptativas (por ejemplo, el abuso de alcohol y drogas, la existencia de respuestas agresivas, no relacionarse con otras personas, entre otras) fueron identificadas como predictor de re-victimización en el estudio realizado por los autores, en una proporción de dos a uno frente a los que no las tenían.

### 5.2. Circunstancias relativas a la agresión

En lo que se refiere a las circunstancias relativas a la agresión sexual sufrida, el trauma generado y las consecuencias que desarrollará la víctima con posterioridad, dependerán de la gravedad de la agresión sexual, del grado de consumación, de si ha existido penetración o no, y si la actuación ha sido particularmente vejatoria, realizada en grupo o con riesgo para la vida de la víctima. Aquí se incluiría también si existe una relación personal con el agresor, cuestión que suele ser frecuente. A mayor relación personal, mayores van a ser las implicaciones en el caso; las posibles presiones personales, familiares o sociales llevarán aparejado un mayor estrés para la víctima, así como sumar nuevas vulnerabilidades de la misma, lo cual conllevará un mayor riesgo de victimización secundaria.

<sup>23</sup> Catalina M. Arata, "Coping With Rape: The Roles of Prior Sexual Abuse and Attributions of Blame", *Journal of Interpersonal Violence* 14, n.º 1 (1999): 62-78.

<sup>24</sup> Henrietta H. Filipas y Sarah E. Ullman, "Child sexual abuse, coping responses, self-blame, posttraumatic stress disorder, and adult sexual revictimization", *Journal of Interpersonal Violence* 21, n.º 5 (2006): 652-672.

### 5.3. El paso por el proceso penal

Cuestión clave en la victimización secundaria es el paso de la víctima por el proceso penal, tanto por el momento de la denuncia y recogida de pruebas forenses, como por el proceso de instrucción y enjuiciamiento posterior. Así, en primer lugar, el proceso debería ser lo más breve posible, siempre manteniendo todas las garantías para el investigado/acusado, así como la evitación de daños mayores para la víctima. Sin embargo, el procedimiento judicial puede alargarse mucho en el tiempo, a veces por cuestiones de pruebas (de ADN, por ejemplo) que llevan su tiempo, y otras por descuido o exceso de carga de trabajo.

En este tipo de delitos, porque suelen ser cometidos en la intimidad de agresor y víctima, el papel del testimonio de la víctima es esencial. Aunque existan otros elementos periféricos que apoyen dicho testimonio, sin el testimonio será muy difícil obtener una condena. El hecho de recordar una y otra vez en múltiples interrogatorios hace que la víctima reviva sin cesar la situación vivida en un entorno hostil, con unos interrogatorios de duración larga, muy invasivos de su intimidad y con contra-interrogatorios, que pondrán en cuestión la personalidad y comportamiento de la víctima. Por ello, sería conveniente, en primer lugar, que se respeten y ejerciten todos los derechos que la asisten en el Estatuto de la Víctima<sup>25</sup>.

Es esencial que la víctima contara con asesoramiento previo a la interposición de la denuncia, por parte de un abogado del turno de oficio especializado en estos temas<sup>26</sup>, y que en comisaría tuviera abogado antes de prestar su declaración. El hecho de que alguien con experiencia en ese tipo de asuntos, quien va

a asumir la acusación particular defendiendo los intereses de la víctima, acompañe y guíe a la víctima es esencial. El artículo 33 e) de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual establece el asesoramiento jurídico previo y asistencia jurídica gratuita en los procesos derivados de la violencia, en los términos previstos en la legislación de asistencia jurídica gratuita.

Respecto a cuestiones técnicas, el número de declaraciones de la víctima debería ser reducido a un número máximo de tres: la declaración en la Policía<sup>27</sup>, la declaración ante el Juzgado de Instrucción, y la que se ha de realizar en el plenario. Dichas declaraciones deberían ser grabadas en vídeo, y habría que evitar la confrontación directa con el agresor, respetando siempre los deseos de la víctima si van en ese sentido. Lo mismo ha de suceder con respecto a los reconocimientos médicos y psicológicos. El trato debe ser humano y cercano, además de eminentemente pedagógico.

Cuestión frecuente en nuestra práctica jurídico-penal es la realización de conformidades *sui generis* con el acusado/procesado el mismo día de la vista, para evitar que se celebre la misma. Es una forma idónea de evitar la victimización secundaria. En el caso de que la víctima cuente con abogado que ejerza la acusación particular, este podrá informarle debidamente de que existe dicha posibilidad y la víctima podrá decidir, convenientemente asesorada, si quiere o no continuar con la vista oral por querer una pena diferente a la que sea objeto de reconocimiento por parte del acusado/procesado, más allá de que el Ministerio Fiscal ejerza la acusación (el *rapport* que se establece entre abogado y cliente es muy importante y ahí el Ministerio Fiscal no tiene acceso más que de forma muy tangencial, a la víctima). En ocasiones, la víctima optará por proseguir con el acto de la vista porque lo necesita psicológicamente, en cuyo caso, no debe ser presionada para

<sup>25</sup> María Antonia Coscollola Feixa, "Aspectos prácticos del Estatuto de la Víctima del delito, en el proceso penal (fase de instrucción)", *Centro de Estudios Jurídicos*, 21 de abril de 2017. <https://www.fiscal.es/documents/20142/100334/Ponencia+Coscollola+Feixa+M.+Antonia+doc.pdf/3826a7a7-abf9-8794-3df7-e8507fba52a8?version=1.0&t=1531140594412>.

<sup>26</sup> Es esencial que en los primeros momentos la víctima pueda acudir a algún teléfono especializado en estos delitos para que le realicen una primera asistencia psicológica de urgencia y le pongan en contacto con algún abogado especializado que pueda realizarle un acompañamiento para interponer la denuncia. Un mejor conocimiento de un mundo jurídico-penal que ignoran, y al que se enfrentan en su mayor parte solas, empoderaría más a las mujeres y encaminaría mejor su primer testimonio ante la Policía, clave a la hora de enjuiciar la persistencia en la incriminación.

<sup>27</sup> La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo entiende (22) que se entra en el ámbito del proceso penal cuando se presente una denuncia.

evitarla. En el caso de que el Ministerio Fiscal<sup>28</sup> sea el único que ejerce la acusación, debería tener absolutamente presentes a las víctimas e informarles con anterioridad de que se va a llevar a cabo dicha posibilidad, preguntar cuál es su opinión al respecto y responder a las inquietudes técnico-jurídicas que tengan. Y, por supuesto, informar debidamente del resultado al que se haya llegado, independientemente de que se le vaya a notificar la sentencia.

### 5.4. El resultado de la sentencia y la satisfacción de la víctima

La propia sentencia puede ser también fuente de victimización secundaria, porque la víctima puede entender que el contenido del fallo no le otorga la justicia que ella ha demandado, o bien, porque otorgándosele, pueden existir manifestaciones en la misma que molesten a la víctima.

Así, las sentencias han de ser profundamente meditadas, ya que en muchas ocasiones la forma en que se transcriben los hechos probados y los fundamentos de derecho pueden ser tan o más importante que el contenido material de lo que dicen. Se debe exigir una mayor pedagogía jurídico-penal en las sentencias, que dejen los hechos probados bien fundamentados, aplicando la perspectiva de género a hechos que pueden parecer en ocasiones neutros, sin serlo. Formación y sensibilización en género han de orientar las líneas estratégicas de intervención, no solo en el Poder Judicial, sino en toda la sociedad.

### 5.5. La ejecución de la sentencia

Es esencial entender que el proceso no se acaba con la sentencia. Existen toda una serie de recursos que pueden ser interpuestos por víctima o victimario, hasta que la sentencia sea firme, por lo que es esencial que la víctima esté bien asesorada respecto a sus derechos. De la misma forma, y pese a que se solicita siempre en el escrito de acusación, el Juzgado o Tribunal ha de notificar la sentencia a la víctima,

<sup>28</sup> Sobre los aspectos de la intervención del Ministerio Fiscal con las víctimas véase: Juan Carlos Aladro Fernández, "La asistencia a las víctimas por el Ministerio Fiscal", *Centro de Estudios Jurídicos*, 21 de abril de 2017. <https://www.fiscal.es/documents/20142/100334/Ponencia+Aladro+Fern%C3%A1ndez+Juan+Carlos.pdf/db6054da-4abd-c492-ed84-48f86ec816d2>.

cuestión que, en ocasiones, no sucede.

En el caso de una sentencia condenatoria, la inquietud de la víctima se habrá visto minorada por saber que su agresor está en prisión y/o tiene una orden de alejamiento. Han de evitarse fallos burocráticos a la hora de mantener informada a la víctima en los momentos relevantes de la ejecución: suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, concesión de permisos de salida, de libertad condicional, ejecución o no de la medida de seguridad de libertad vigilada, libertad definitiva, vigencia de las órdenes de alejamiento, etc.

Otro tema importante es la responsabilidad civil del penado por los daños físicos y morales que se le han irrogado a la víctima. Es esencial la realización de averiguaciones patrimoniales frecuentes, con la finalidad de detectar bienes del penado que permitan evitar el impago de la responsabilidad civil. La ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual prevé, en su Capítulo II del Título IV, medidas para garantizar la autonomía económica de las víctimas a través de ayudas compatibles con las de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, con las previstas en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo; y con las establecidas en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital. También serán compatibles con la percepción de las indemnizaciones establecidas por sentencia judicial.

### 5.6. La repercusión mediática del caso

En estudios realizados en países anglosajones, sobre la relación de medios de comunicación y delitos, se ha demostrado, desde el punto de vista informativo, que existe una evidente superficialidad del tratamiento de estos crímenes. Se acumulan horas de televisión con comentarios superficiales, sin analizar los hechos y explorar las causas subyacentes al hecho criminal, como son las

cuestiones de género y poder que subyacen, porque se difuminan en torno a la fascinación que provocan en los medios las víctimas o los demonios de los delincuentes<sup>29</sup>. Además, se produce una sobreexposición de estas noticias con los depredadores sexuales como noticia, que crea una falsa apariencia de alta frecuencia de comisión de estos delitos. De nada sirve que un juicio se celebre a puerta cerrada para proteger a la víctima, si los medios de comunicación se centran en detalles sensacionalistas y demagógicos, en vez de realizar un análisis riguroso, pareciendo en ocasiones que promueven una cultura de la violación. Se centran en el análisis del comportamiento y de la vida de la víctima, lo que hizo y lo que no, cuestionando su credibilidad y su manera de comportarse, juzgando moralmente de manera implacable a la mujer de 18 años, que no se ha resistido porque estaba en estados de *shock*, bajo los efectos del alcohol y rodeada de cinco hombres mayores que ella, corpulentos y musculosos, en un estrecho habitáculo de tres metros cuadrados.

## Bibliografía

Aladro Fernández, Juan Carlos. "La asistencia a las víctimas por el Ministerio Fiscal". *Centro de Estudios Jurídicos*. 21 de abril de 2017. <https://www.fiscal.es/documents/20142/100334/Ponencia+Aladro+Fern%C3%A1ndez+Juan+Carlos.pdf/db6054da-4abd-c492-ed84-48f86ec816d2>.

Arata, Catalina M. "Coping With Rape: The Roles of Prior Sexual Abuse and Attributions of Blame". *Journal of Interpersonal Violence* 14, n.º 1 (1999): 62-78.

Campbell, Rebecca. "The psychological impact of rape victims' experiences". *American Psychologist* 63, n.º 8 (2008): 702-717. [https://www.researchgate.net/publication/23478485\\_The\\_psychological\\_impact\\_of\\_rape\\_victims](https://www.researchgate.net/publication/23478485_The_psychological_impact_of_rape_victims).

Campbell, Rebecca y Sheela Raja. "Secondary Victimization of Rape Victims: Insights from Mental Health Professionals Who Treat Survivors of Violence". *Violence and Victims* 14, n.º 3 (1999): 261-275. [https://www.researchgate.net/publication/12695910\\_Secondary\\_Victimization\\_of\\_Rape\\_Victims\\_Insights\\_From\\_Mental\\_Health\\_Professionals\\_Who\\_Treat\\_Survivors\\_of\\_Violence](https://www.researchgate.net/publication/12695910_Secondary_Victimization_of_Rape_Victims_Insights_From_Mental_Health_Professionals_Who_Treat_Survivors_of_Violence).

Carreras Presencio, Ana Isabel. "La agresión sexual en el contexto de la violencia de género". *Diario LA LEY*, n.º 9154 (2018).

Coscollola Feixa, María Antonia. "Aspectos prácticos del Estatuto de la Víctima del delito, en el proceso penal (fase de instrucción)". *Centro de Estudios Jurídicos*. 21 de abril de 2017. <https://www.fiscal.es/documents/20142/100334/Ponencia+Coscollola+Feixa+M.+Antonia+doc.pdf/3826a7a7-abf9-8794-3df7-e8507fba52a8?version=1.0&t=1531140594412>.

Daza Bonachela, María del Mar. *Escuchar a las víctimas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

Diaz Colorado, Fernando. "Una mirada desde las víctimas: el surgimiento de la Victimología". *Umbral científico*, n.º 9 (2006): 141-159. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30400915>.

Echeburúa Odriozola, Enrique y Paz de Corral. "Agresiones sexuales contra mujeres". En *Manual de Victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

———. "Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia". *Cuad Med Forense*, n.º 12 (2006): 43-82.

Echeburúa, Enrique, Paz de Corral y Pedro J. Amor. "Evaluación del daño psicológico a las víctimas de delitos violentos". *Psicotema* 14, n.º Extra 1 (2002): 140-146.

———. "Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos". *Psicopatología Clínica, Legal y Forense* 4, (2004): 227-244.

España Tribunal Supremo. *Sentencia 344/2019*. Boletín Oficial del Estado, 4 de julio de 2019. <https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/8829782/garantias%20procesales/20190708>.

España. *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre*, de garantía integral de la libertad sexual. Boletín Oficial del Estado, 7 de septiembre de 2022.

Filipas, Henrietta H. y Sarah E. Ullman. "Child sexual abuse, coping responses, self-blame, posttraumatic stress disorder, and adult sexual revictimization". *Journal of Interpersonal Violence* 21, n.º 5 (2006): 652-672.

Garrido Genovés, Vicente. *Qué es la psicología criminológica*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005.

González Fernández, Jorge y Encar Pardo Fernández. "El daño psíquico en las víctimas de agresión sexual". Congreso, VIII Congreso Virtual de Psiquiatría, Interpsiquis, 2007.

González Álvarez, José Luis, José Manuel Muñoz, Andrés Sotoca y Antonio Lucas Manzanero Puebla. "Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables". *Papeles del Psicólogo* 34, n.º 3 (2013): 227-237.

Gutiérrez de Piñeres Botero, Carolina, Elisa Coronel y Carlos Andrés Pérez. "Revisión teórica del concepto de victimización secundaria". *Liberabit, Revista de psicología* 15, n.º 1 (2009): 49-58. <https://www.redalyc.org/pdf/686/68611923006.pdf>.

Krug, Etienne G., Linda L. Dahlberg, James A. Mercy, Anthony B. Zwi y Rafael Lozano. *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Washington, D.C.: OPS, 2003. <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/725/9275315884.pdf>.

ONU Asamblea General. *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. 20 de diciembre de 1993. A/RES/48/104.

Reiner, Robert. "Media made criminality. The representation of crime in the mass media". En *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

Rodríguez, Enrique Esbec y Olga Fernández Sastrón. "Aspectos psicopatológicos de la agresión sexual: Antecedentes y una revisión sobre las nuevas líneas de investigación". *Psicopatología Clínica y Forense* 1, n.º 0 (2000): 35-57.

Tamarit Sumalla, Josep María. "La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas". En *Manual de Victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

<sup>29</sup> Robert Reiner, "Media made criminality. The representation of crime in the mass media", en *The Oxford Handbook of Criminology* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 386.

LA VIOLENCIA SEXUAL COMO  
MANIFESTACIÓN DE LA VIOLENCIA  
DE GÉNERO Y VIOLENCIA INFANTIL.

# ANÁLISIS DEL CONSENTIMIENTO

*Teresa Peramato Martín<sup>1</sup>*

## **Aproximación a la realidad**

La Recomendación n.º 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y el art. 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011 (Convenio de Estambul) coinciden en definir la violencia sobre la mujer por razón de género como la "violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada"<sup>2</sup>. Que la violencia sexual es una violencia que afecta a mujeres por el simple hecho de ser mujer y que, además, es una violencia que sufren mayoritariamente y de forma desproporcionada, se ha evidenciado desde hace muchos años en diversos estudios sobre la prevalencia de esta violencia en mujeres y niñas. Sirvan de ejemplo los siguientes.

---

<sup>1</sup> Fiscal de Sala contra la violencia sobre la mujer. Fiscalía General del Estado, España.

<sup>2</sup> Consejo de Europa, *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, 11 de mayo de 2011, art. 3, <https://rm.coe.int/1680462543>.

Unicef señala que aproximadamente 15 millones de mujeres adolescentes –de entre 15 y 19 años– de todo el mundo han sufrido relaciones sexuales forzadas en algún momento de su vida. Nueve millones de estas niñas fueron víctimas de esta violencia en los últimos 12 meses<sup>3</sup>. En la encuesta a escala europea que efectuó la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales<sup>4</sup> se puso de manifiesto que una de cada 10 mujeres ha sufrido alguna forma de violencia sexual desde los 15 años, y una de cada 20 mujeres ha sido violada después de los 15. De las participantes en la encuesta que afirmaron haber sido objeto de violencia sexual por parte de personas que no eran su pareja (desde los 15 años), casi una de cada 10 indicó que en el incidente más grave participó más de un agresor. Entre las mujeres que tienen o han tenido una relación con un hombre, el 22% ha sufrido violencia física y/o sexual. De las mujeres que indicaron en la encuesta que habían sido violadas por su pareja actual, cerca de una tercera parte (31%) declararon que habían sido víctimas de violación por parte de su pareja en seis o más ocasiones. Una de cada cinco mujeres ha sido objeto de tocamientos, abrazos o besos en contra de su voluntad desde los 15 años, y un 6% de todas las mujeres han sufrido este tipo de acoso al menos en seis ocasiones desde esa edad. De las mujeres que han sufrido acoso sexual al menos en una ocasión desde los 15 años, un 32% señalaron como autor a un compañero de trabajo, un superior o un cliente. Una mujer de cada 10 (11%) ha sido objeto de insinuaciones inapropiadas en las redes sociales o ha recibido mensajes de correo electrónico o de texto (SMS) con contenido sexual explícito. Entre el 74% y el 75% de las mujeres con capacitación profesional o que ocupan un puesto directivo han sido objeto de acoso sexual a lo largo de su vida, y una de cada cuatro de estas mujeres se había enfrentado al acoso sexual en los 12 meses previos a la entrevista. Algo más de una de cada 10 mujeres (12%) ha sufrido alguna forma

3 United Nations Children's Fund (UNICEF). *A Familiar Face: Violence in the lives of children and adolescents* (New York: UNICEF, 2017). <https://data.unicef.org/resources/a-familiar-face/>.

4 Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE. Resumen de las conclusiones* (Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014). [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14\\_es.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_es.pdf).

de abusos sexuales a manos de un adulto antes de los 15 años. Estas formas de abuso suelen consistir en que un adulto enseñe sus genitales (8%) o toque los genitales o los pechos de la menor (5%). En los casos extremos, el 1% de las mujeres indican que fueron obligadas a mantener relaciones sexuales con un adulto cuando eran menores. En el 97% de los casos de violencia sexual durante la infancia el autor fue un hombre.

Según un reciente estudio de ONU Mujeres<sup>5</sup>, el promedio mundial de mujeres y niñas de entre 15 y 49 años que han experimentado en los últimos 12 meses violencia física o sexual infligida por una pareja o expareja es del 17,8%; el porcentaje más bajo se registra en Europa (6,1%) siendo los más altos los correspondientes a Oceanía (34,7%) y África (21,5%).

En América Latina y el Caribe según un estudio publicado por el Banco Interamericano de Desarrollo en 2021<sup>6</sup>, un 34% de las mujeres de 15 a 49 años ha sufrido alguna vez en la vida violencia física o sexual por parte de su actual marido o exmarido, de su pareja o expareja, o violencia sexual por parte de un desconocido, comparado con un 31% de las mujeres a nivel mundial. En cuanto a la violencia sexual cometida por un tercero sobre mujeres de 15 años o más, el estudio revela que un 12% de ellas han sufrido esta violencia al menos una vez en su vida frente al 6% del promedio mundial. Las mujeres se encuentran más expuestas a la violencia y a las agresiones sexuales en espacios públicos, como el transporte, plazas, parques, calles y lugares de ocio. Las autoras refieren que "Idle una encuesta que incluyó dieciséis ciudades a nivel mundial, las tres capitales más inseguras para las mujeres en el espacio público son Bogotá, Ciudad de México y Lima"<sup>7</sup>. En otro estudio de la ONU,

5 ONU Mujeres. *El progreso de las mujeres en el mundo 2019-2020. Familias en un mundo cambiante* (Estados Unidos de América: AGS Custom Graphics, 2019). <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/a4886e9f-5289-42bf-84ac-317894d92f27/content>.

6 Vivian Roza y Carmen Martín. *Violencia Sexual y basada en el género: mapa de ruta para su prevención y atención en América Latina y el Caribe* (Washington: La Divina Mente Estudio, 2021). <https://publications.iadb.org/es/violencia-sexual-y-basada-en-genero-mapa-de-ruta-para-su-prevencion-y-atencion-en-america-latina-y>.

7 Vivian Roza y Carmen Martín. *Violencia Sexual y basada en el género: mapa de ruta para su prevención y atención en América Latina y el Caribe*.

al que también aluden, con una muestra de veintisiete países, se indicó que en la ciudad de Quito el 84% de las mujeres había identificado el transporte público como inseguro en comparación con 6% del promedio mundial.

En cuanto a España la macroencuesta de 2019<sup>8</sup> reveló que el 6,5% mujeres mayores de 16 años (1.322.052) han sufrido violencia sexual en algún momento de sus vidas de alguna persona con la que no mantienen ni han mantenido una relación de pareja, y el 0,5% (103.487) en los últimos 12 meses. El 2,2% (453.371 mujeres) han sido violadas alguna vez en su vida. El 13,7% (181.258) de las mujeres que han sufrido algún tipo de violencia sexual afirman haber sido violadas cuando estaban bajo los efectos del alcohol o las drogas. En el 99,6% el agresor era hombre.

La violencia sexual además de ser una manifestación de violencia de género es una violencia que afecta de una forma abrumadora a menores de edad. En este sentido, en 2021 el Ministerio del interior<sup>9</sup> señaló que el 86% de las víctimas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual fueron mujeres, de las cuales el 42% eran menores de 18 años. El 14% restante eran varones, de los que el 62% eran menores de 18 años. El 97% de las detenciones fueron de hombres. En cuanto a la tipología delictiva, las mujeres representaron el 91% de las víctimas de agresiones sexuales y de los abusos sexuales el 86%. De las agresiones sexuales con penetración, el 92% de las víctimas eran mujeres y del abuso sexual con penetración el 86%. No hay ninguna tipología delictiva en la que la mayoría de las víctimas fueran hombres o niños. Solo en corrupción de menores o personas con discapacidad y pornografía de menores llegan al 41 y 42%

8 España Ministerio de Igualdad. *Macroencuesta de violencia contra la mujer* (Madrid: Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Estudios de la Violencia de Género, 2019). [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta\\_2019\\_estudio\\_investigacion.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf).

9 España Ministerio del Interior. *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual* (Madrid: Secretaría de Estado de Seguridad, 2021). [https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/informe-sobre-delitos-contra-la-libertad-e-indemnidad-sexual-en-Espana/Informe\\_delitos\\_libertad\\_e\\_indemnidad\\_sexual\\_2021\\_126210034.pdf](https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/informe-sobre-delitos-contra-la-libertad-e-indemnidad-sexual-en-Espana/Informe_delitos_libertad_e_indemnidad_sexual_2021_126210034.pdf).

respectivamente.

Según un estudio efectuado en el Ecuador en 2014<sup>10</sup>, 1 de cada 10 mujeres de 15 o más años respondió de forma afirmativa a la pregunta de si alguna vez antes de los 18 años había sido objeto de abusos sexuales (10,4%), la mayoría (60,4%) dijeron haber sido abusadas una sola vez; el 30,9% de mujeres señaló que los abusos se repitieron en varias ocasiones, mientras el 8,6% dijeron haberlo sufrido muchas veces. Además, en este estudio se pone en evidencia que el riesgo de reiteración es mayor cuando el perpetrador es una persona del entorno más próximo a la víctima.

A la mayor exposición a la violencia sexual ha de añadirse la mayor afectación de la violencia sexual en mujeres y niñas. La OMS señala que todas las víctimas de la violencia sexual, mujeres u hombres, "pueden sufrir consecuencias conductuales, sociales y de salud mental similares"<sup>11</sup>, pero son las niñas y las mujeres las que soportan una mayor carga de traumatismos y enfermedades a resultas de esta violencia, no solo porque constituyen la gran mayoría de las víctimas, sino también porque son vulnerables a consecuencias para la salud sexual y reproductiva; entre estas se mencionan el traumatismo ginecológico, el embarazo no planeado, aborto inseguro, disfunción sexual, infecciones de transmisión sexual (ITS), incluida la infección por el VIH y la fístula traumática.

De este modo, se está ante una violencia que contribuye a la perpetuación de los roles de dominación; que se utiliza como castigo a la mujer en las relaciones de pareja; que desde tiempos pretéritos es "arma de guerra" no solo en su modalidad de violación, sino también en otras como la prostitución forzada, el embarazo forzado, el aborto forzado, la esterilización forzada y el matrimonio forzado y, todo ello, sin

10 Información Estratégica y Generación de Conocimientos. *La violencia de género contra las mujeres en Ecuador. Análisis de los resultados en la Encuesta Nacional sobre relaciones familiares y violencia de género contra las mujeres* (Quito: El Telégrafo, 2014). [https://oig.cepal.org/sites/default/files/violencia\\_de\\_gnero\\_ecuador.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/violencia_de_gnero_ecuador.pdf).

11 Organización Panamericana de la Salud. *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Violencia infringida por la pareja* (Washington: Organización Panamericana de la Salud, 2013). [https://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_content&view=article&id=9265:2014-comprender-abordar-violencia-contra-mujeres&Itemid=0&lang=en](https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=9265:2014-comprender-abordar-violencia-contra-mujeres&Itemid=0&lang=en).

olvidar que la violencia sexual es una atentado frontal a la igual dignidad de la persona, valor intrínseco vinculado al ser humano, y a su capacidad innata de pensar, sentir y de decidir<sup>12</sup>.

## 2. Análisis del consentimiento sexual y la eliminación de la violencia o intimidación como elemento definidor de la agresión sexual

La Directiva 2011/93/UE define la "edad de consentimiento sexual" en su art. 2 b) como "la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor"<sup>13</sup>. La edad que se establezca al efecto –en España son 16 años– constituye una presunción *iuris et de iure* sobre ausencia de consentimiento en el menor de esa edad, que "es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual"<sup>14</sup>. A partir de los 16 años la persona puede conseguir válidamente.

El consentimiento es la piedra angular de la libertad sexual y la forma en que se entienda este es fundamental para garantizar a la autonomía sexual de las mujeres. El movimiento feminista, ante la presencia absolutamente mayoritaria de mujeres y niñas como víctimas de este tipo de violencia y en reacción a la respuesta policial y judicial que consideran insatisfactoria para el conjunto de la sociedad, han lanzado múltiples reivindicaciones para exigir que la investigación de estos delitos se efectúe con celeridad, exhaustividad y eficacia; para que se eliminen criterios estereotipados y que se integre la perspectiva de género en la investigación y en el enjuiciamiento; para que se eliminen aquellas prácticas que desvían la investigación hacia el modo de vida de la víctima<sup>15</sup>, o que las revictimizan con preguntas que nada aportan, pero que las culpabilizan<sup>16</sup>, o las responsabilizan



de no haber actuado de otra manera frente al atentado sexual<sup>17</sup>, o las humillan interpretando su silencio o su incapacidad de reacción como de "desinhibición total" y participación "en un ambiente de jolgorio y regocijo"<sup>18</sup>.

La agresión sexual ocurrida en el año 2018 durante los Sanfermines en Pamplona y la sentencia 38/2018 de 20 de marzo dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra en primera instancia<sup>19</sup>, motivó la reclamación feminista de reformas para que las agresiones sexuales se entiendan siempre como agresiones y no como simples abusos. Las agresiones sexuales cometidas en la Nochevieja de Colonia por grupos de hombres organizados a tal efecto, agresiones que también fueron denunciadas en otras ciudades de Alemania, Hamburgo, Frankfurt, Berlín, Düsseldorf, Stuttgart<sup>20</sup>, también provocaron un rechazo del movimiento feminista. Estas manifestaciones han cubierto el planeta al grito de "no es abuso, es violación"; "no es no"; "solo sí es sí", reclamaciones todas ellas que siguen repitiéndose y que conducen a la necesidad de poner el centro de la respuesta penal en la ausencia del consentimiento y no en la existencia de violencia o intimidación.

En el Código Penal español anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de octubre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS), la diferencia entre agresión y el abuso sexual radicaba en la utilización o no de violencia o intimidación. La eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexual y centrar la respuesta penal en el consentimiento expreso han sido precisamente los dos ejes esenciales de la reforma:

[...] se elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. Este cambio de perspectiva contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada "sumisión química" o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul,

<sup>12</sup> Teresa Peramato Martín, "El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. Propuestas normativas", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo II* (2022): 191-224.

<sup>13</sup> España Parlamento Europeo y Consejo De La Unión Europea, *Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo* (Madrid: Unión Europea, 2011), art. 2 literal b, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-82637#:~:text=L%2D2011%2D82637-,Directiva%202011%2F93%2FUE%20del%20Parlamento%20Europeo%20y%20del%20Consejo,%2F68%2FJAI%20del%20Consejo>.

<sup>14</sup> España Tribunal Supremo, *Sentencia 411/2006*, 18 de abril de 2006, <https://vlex.es/vid/abuso-sexual-prohibicion-invincible-20782288>.

<sup>15</sup> España Audiencia Provincial de Pontevedra, *Sentencia de la A.P. de Pontevedra*, 27 de febrero de 1989, <https://www.poderjudicial.es/search/sentencias/Prescripcion/101/AN>.

<sup>16</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Comunicación 18/2018*, 22 de septiembre de 2010, CEDAW/C/46/D/18/2008, <https://www.mpf.gov.ar/ebooks/genero/X.%20Informes%20y%20fallos%20internacionales/Sistema%20Universal/3.%20CEDAW%2C%20Vertido%20v.%20Filipinas.pdf>.

<sup>17</sup> En 2016 una jueza española preguntó a una víctima si ¿cerró bien las piernas, cerró toda la parte de los órganos femeninos? Iker Rioja Andueza, "¿Cerró usted bien las piernas para evitar una violación?", *El Mundo*, 05 de marzo de 2016, <https://www.elmundo.es/pais-vasco/2016/03/05/56daaed7268e3e754f8b45cb.html>.

<sup>18</sup> Voto particular de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2018 de 20 de marzo. La sentencia que condenó a los 5 acusado por abuso sexual, fue revocada por el Tribunal Supremo (sentencia 344/2019 de 4 de julio) y condenó a los procesados como autores de un delito continuado de violación en su modalidad agravada por actuación conjunta de dos o más personas. España Audiencia Provincial, *Sentencia 38/2018*, 20 de marzo de 2016, <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/a09ab11e99e1b448655cf4715fc787b3a430af12696ec75c>; España Tribunal Supremo, *Sentencia 344/2019*, 04 de julio de 2019, <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac2484b8072b28c6b92a8a7c3e42120ae359>.

<sup>19</sup> España Audiencia Provincial, *Sentencia 38/2018*.

<sup>20</sup> BBC News, "Germany shocked by Cologne New Year gang assaults on women", *BBC News*, 5 de enero de 2016, <https://web.archive.org/web/20180213051644/http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-35231046>.

se introduce la circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos.<sup>21</sup>

El Convenio de Estambul establece la obligación de los Estados parte de tipificar como delito la penetración vaginal, anal u oral no consentida con cualquier parte del cuerpo o con un objeto, así como los demás actos de carácter sexual no consentidos y el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual con un tercero; además, establece la obligación de aplicar esos tipos penales también cuando se cometan en el seno del matrimonio o de las relaciones de pareja.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ya había dicho que "el consentimiento debe darse voluntariamente, como resultado de la libre voluntad de la persona, valorada en el contexto de las circunstancias del momento"<sup>22</sup>:

A la luz de lo anterior, la Corte está persuadida de que cualquier enfoque rígido de la persecución de los delitos sexuales, como la exigencia de pruebas de la resistencia física en todas las circunstancias, provoca el riesgo de dejar ciertos tipos de violación impune, poniendo así en peligro la protección efectiva de la autonomía sexual. De acuerdo con las normas y tendencias contemporáneas en esa esfera, las obligaciones positivas de los Estados miembros en virtud de los artículos 3 y 8 de la Convención debe ser vista como que se requiere la penalización y el efectivo enjuiciamiento de cualquier acto sexual no consentido, incluso en ausencia de resistencia física de la víctima.<sup>23</sup>

Más adelante recuerda que si bien "es la falta del consentimiento, no la fuerza la que es considerada el elemento que constituye

el delito de violación"<sup>24</sup>, las mujeres pueden reaccionar de muy diferentes maneras ante un ataque sexual:

El Tribunal Supremo de Nueva Jersey al rechazar el requisito de resistencia para una condena por agresión sexual, se refirió a "investigaciones empíricas" para desacreditar "la suposición de que resistirse al máximo o en la medida de las posibilidades de la mujer era la respuesta más razonable o racional a la violación". De hecho, los violadores suelen emplear la coacción sutil o la intimidación cuando ello es suficiente para vencer a sus víctimas. En la mayoría de los casos de violación de menores, la violencia no es necesaria para obtener la sumisión. Los tribunales también están reconociendo que algunas mujeres se quedan paralizadas por el miedo al inicio de un ataque sexual y, por tanto, no pueden resistirse.<sup>25</sup>

También en el dictamen del CEDAW emitido en el caso Karen Tayag Vertido contra Filipinas, además de acoger el modelo del consentimiento expreso al que se hará referencia más adelante, recomendó al Estado demandado "eliminar cualquier requisito en la legislación que disponga que el ataque sexual sea cometido por la fuerza o con violencia"<sup>26</sup>, así como toda prueba de penetración y "reducir al mínimo la posibilidad de volver a victimizar a la demandante o superviviente"<sup>27</sup>. Para ello, aconseja la promulgación de una definición de ataque sexual que exija la existencia de "un acuerdo inequívoco y voluntario y pruebas de medidas para asegurar el consentimiento del demandante o superviviente"<sup>28</sup>, o que exija que el acto tenga lugar en circunstancias coercitivas incluyendo una amplia gama de circunstancias de esta naturaleza.

El Convenio de Estambul también ha centrado la respuesta a la violencia sexual en la ausencia de consentimiento que "debe

prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes"<sup>29</sup>. El informe explicativo del Convenio<sup>30</sup>, tras recordar la sentencia del TEDH antes referida, dice con absoluta claridad que, de acuerdo con los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, "las obligaciones positivas de los Estados miembros deben considerarse como una exigencia de penalización y persecución efectiva de cualquier acto sexual no consentido, incluso en ausencia de resistencia física por parte de la víctima"<sup>31</sup>, y que el Convenio de Estambul al definir el consentimiento "sólo especifica que el consentimiento debe darse voluntariamente como resultado de la libre voluntad de la persona, evaluada en el contexto de las circunstancias circundantes"<sup>32</sup>, sin perjuicio de dar libertad a los Estados "sobre la redacción concreta y los factores que consideran que excluyen el consentimiento libremente dado"<sup>33</sup>.

Siguiendo estas indicaciones el legislador español ha centrado la respuesta penal en la ausencia del consentimiento expreso, que se corresponde con el modelo del "solo sí es sí" o "yes model", y ha eliminado la distinción entre abuso y agresión sexual. Para ello, en el art. 178.2 del Código Penal (CP) incluye una definición del consentimiento expreso, y en los arts. 178 y 179 tipificó como delito de agresión sexual cualquier acto sexual llevado a cabo sin el consentimiento de la otra persona distinguiendo exclusivamente y a efectos penológicos entre la agresión sexual con penetración y la agresión sexual sin penetración. Al castigar cada uno de estos delitos con independencia del medio comisivo

empleado<sup>34</sup> previó horquillas penales muy amplias para que los tribunales, ponderando las circunstancias concurrentes, pudieran dosificar la pena concreta a imponer. Esta provisión motivó lo que se han denominado "efectos perversos" por la aplicación de la ley penal más favorable<sup>35</sup>, lo que ha motivado una nueva reforma<sup>36</sup> para incluir en cada uno de los tipos penales un subtipo agravado que prevé un castigo mayor cuando se haya ejecutado el acto sexual con violencia o intimidación o se ejecuta sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad<sup>37</sup>.

No se puede olvidar que el objeto de la ley es la garantía de protección integral del derecho a la libertad sexual, la erradicación de todas las violencias sexuales y la puesta en marcha de políticas públicas globales y coordinadas que garanticen la sensibilización, la prevención, la detección y la sanción de estas violencias, además de la protección, la atención integral y la recuperación en todos los ámbitos en los que se desarrolla la vida por las mujeres, niños y niñas y adolescentes, que son las víctimas principales de esta violencia. El núcleo esencial de la ley se desarrolla a lo largo de 61 artículos, en los que se regulan las medidas relacionadas con la prevención y la sensibilización, la detección de las violencias sexuales, la formación de todos los profesionales que vayan a tener contacto con estas víctimas;

34 Esta la misma línea se siguió en el Código Penal Finlandés que distingue entre violación y otras agresiones sexuales y condena con igual pena a quien ejecuta esos actos utilizando o amenazando con emplear la violencia y a quien los comete aprovechándose del hecho de que otra persona es incapaz de defenderse o de formular o expresar su voluntad debido a inconsciencia, enfermedad, discapacidad, estado de miedo u otro estado de indefensión.

35 España, *Ley Orgánica 10/1995*, Boletín Oficial del Estado 281, 24 de noviembre de 1995, art. 2, BOE-A-1995-25444, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

36 Para mejor referencia, revisar la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

37 Este modelo de regulación es seguido también en el C.P. Portugués, modificado en 2019, que regula en los arts. 163 y 164 los delitos contra la libertad sexual y distingue entre "coacción sexual" y "violación" en atención a la naturaleza del acto sexual perpetrado, sin o con penetración respectivamente; en ambos casos, en el párrafo 2º impone penas mayores cuando se ha utilizado por el agresor "violencia o amenaza grave, o después de haber dejado a la persona inconsciente o incapaz de resistir".

29 Consejo de Europa, *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, art. 36.2.

30 Comisión Europea, *Propuesta para una decisión del consejo sobre la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* (Bruselas: Comisión Europea, 2016), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0111&rid=6>.

31 Corte Europea de Derechos Humanos, "Sentencia de 4 de diciembre de 2003", *Caso M.C. vs. Bulgaria*.

32 Corte Europea de Derechos Humanos, "Sentencia de 4 de diciembre de 2003", *Caso M.C. vs. Bulgaria*.

33 Corte Europea de Derechos Humanos, "Sentencia de 4 de diciembre de 2003", *Caso M.C. vs. Bulgaria*.

24 Corte Europea de Derechos Humanos, "Sentencia de 4 de diciembre de 2003", *Caso M.C. vs. Bulgaria*, párr. 159.

25 Supreme Court of California, "Sentencia de 23 de mayo de 1994", *People v. Iniguez 872 P.2d 1183, 1189*, 23 de mayo de 1994, párr. 146.

26 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Comunicación 18/2018*.

27 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Comunicación 18/2018*.

28 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Comunicación 18/2018*.

21 España, *Ley Orgánica 10/2022*, Gaceta Oficial 215, 7 de septiembre de 2022, exposición de motivos, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>.

22 Corte Europea de Derechos Humanos, "Sentencia de 4 de diciembre de 2003", *Caso M.C. vs. Bulgaria*, 4 de diciembre de 2003, párr. 163, <https://archivosjuridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5212/15.pdf>.

23 Corte Europea de Derechos Humanos, "Sentencia de 4 de diciembre de 2003", *Caso M.C. vs. Bulgaria*, párr. 166.

se regula el derecho a la asistencia integral especializada, la autonomía económica de la víctima, sus derechos laborales y de vivienda, la protección, el acompañamiento, su seguridad y el derecho a la reparación. Además, el ámbito de aplicación de la ley comprende todas las violencias sexuales, considerando como tales no solamente aquellas recogidas bajo la rúbrica de "Delitos contra la libertad sexual" del título VIII del Libro I del CP, sino también la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Además, presta al legislador especial atención a la violencia sexual cometida en el ámbito digital, razón por la que, entre otras actuaciones imprescindibles en los ámbitos de la prevención y sensibilización, reforma la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) para introducir en el art. 13 la posibilidad de adoptar medidas tan importantes como la retirada provisional de contenidos ilícitos, la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.

En cuanto al consentimiento, el art. 178-1 y 2 del CP dispone que solo se entenderá que:

hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.<sup>38</sup>

De este modo, el legislador ha seguido el modelo de "solo sí es sí". En este modelo, a diferencia del modelo "no es no" o "del veto", que se ha seguido en Alemania y en Portugal, para que una relación sexual sea lícita es necesario contar con el consentimiento expreso de la otra persona. En el modelo del veto, para que la relación sea ilícita se tiene que ejecutar el acto sexual "en contra de la voluntad perceptible de la otra persona". Es decir, es necesario que la

víctima haya manifestado de forma reconocible su voluntad en contra, desplazando la responsabilidad del acto sexual impuesto a la víctima al exigirle actuaciones del tipo que sean para evitarlo, minimizando la responsabilidad del agresor. En el modelo del "solo sí es sí" es suficiente con que no se haya contado con su consentimiento expreso, consentimiento que se puede manifestar a través de cualquier acto que evidencie la voluntad de la persona de participar en el acto sexual; es el demandante del acto sexual el que debe adoptar todas las medidas razonables para asegurarse de que cuenta con el consentimiento de la otra persona, pues la inactividad o silencio de esta no supone consentimiento. El modelo del "solo sí es sí" es, sin duda, el que más protege la autonomía y libertad sexual de las mujeres.

El consentimiento se genera en el fuero interno de la persona y se puede manifestar o puede permanecer oculto, por lo que es necesario distinguir entre la existencia del consentimiento y la forma en que se expresa o manifiesta externamente. La ausencia de ese consentimiento es un elemento del tipo que debe ser acreditado conforme a las reglas y a los principios constitucionales inherentes al proceso penal. El consentimiento se tiene que prestar mediante actos que expresen claramente la voluntad de la persona, de manera que si aquellos actos no son claros o son equívocos se debe entender que no hay consentimiento. Las ventajas de este modelo "pasan por dejar claro que el silencio pasivo, sin actos que manifiesten claramente la voluntad de participar en el encuentro sexual, no puede interpretarse como consentimiento"<sup>39</sup>. El legislador finlandés ha sido tajante al referirse al consentimiento expreso:

El consentimiento debe darse con palabras u otra expresión inequívoca. Debe expresarse de alguna manera. La participación activa puede interpretarse como consentimiento. La omisión total no se interpretará como participación voluntaria. No es necesario que la víctima proteste o luche. El consentimiento se limita a esa instancia específica y a las acciones

sexuales a las que se da el consentimiento en cada momento. El participe puede cambiar su opinión, pero debe expresarlo con palabras o de otra manera para que quede claro y los otros participantes se den cuenta.<sup>40</sup>

La definición del consentimiento incluida en el art. 178.1 CP español no implica que se haya producido una traslación de la carga de la prueba. La carga de la prueba siempre compete a las acusaciones y la prueba esencial cuando no única va a ser la declaración de la víctima. Al igual que en los delitos de violencia de género en el ámbito de la pareja o expareja, en los delitos contra la libertad sexual la declaración de la víctima se erige en prueba fundamental toda vez que, en la mayoría de las ocasiones, estos se cometen en contextos de clandestinidad o en el ámbito de la estricta intimidad del domicilio del agresor o de la víctima. Según la Macroencuesta de Violencia sobre la Mujer del año 2019, en relación con las agresiones sexuales fuera de la pareja, el 21,6 % de los agresores era un familiar. Y respecto del lugar de comisión, el 44,2 % de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja afirma que la violencia sexual tuvo lugar en una casa (la de la propia mujer, la del agresor o la de otra persona), porcentaje que asciende al 59,1% entre las mujeres que han sufrido una violación.

La declaración de la víctima se puede erigir en prueba de cargo y provocar la convicción judicial en relación con el hecho y a la autoría, incluso cuando la víctima es acusación y aparece como testigo único<sup>41</sup>, si bien su declaración tiene que ser valorada con mucha atención y cautela y a las resoluciones que basen la condena en su testimonio se les exige un canon reforzado de motivación<sup>42</sup> y, para la valoración racional del testimonio de la víctima, como recuerda la STS 255/2023, de 18 de abril, es necesario que se aprecie ausencia de incredulidad subjetiva, credibilidad objetiva (coherencia interna y externa) y la persistencia de su incriminación (ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas

declaraciones, concreción en la declaración y ausencia de contradicciones).

Al margen de las obligaciones que incumbe al tribunal y al representante del Ministerio Público de garantizar la protección de la víctima frente al procedimiento para evitar su revictimización adoptando todas las herramientas que están a nuestro alcance y que se recogen en Ley 4/2015 de 27 de abril, de Estatuto de la víctima del delito y en la LECrim, el relato de la víctima tiene que ser claro, sin contradicciones, concreto e íntegro, para lo cual es importante tener en cuenta la gravedad de los hechos denunciados y la afectación que hayan podido producir en la víctima a la hora de abordar su interrogatorio. Es importante que la víctima haga un relato libre de los hechos sin perjuicio de que las partes y el tribunal puedan pedirle las aclaraciones que se estimen precisas; si bien, en ningún caso, esas preguntas pueden incidir en su intimidad, en su vida sexual, más allá de las relacionado con el hecho objeto de enjuiciamiento, o con su comportamiento social.

Además, a diferencia de lo que ocurre con el modelo del "veto", en el modelo del "solo sí es sí" no es necesario para que exista agresión sexual que la víctima haya manifestado su voluntad en contra, ni –por supuesto– que haya opuesto ningún tipo de resistencia. Por tanto, sin perjuicio de hacer aquellas preguntas que sean necesarias para esclarecer los hechos y la participación del investigado, preguntarle sobre su reacción al acto sexual, si reaccionó o porque no lo hizo, si gritó o lloró, si peleó, si se resistió o si cerró las piernas con fuerza, dado que no se exige que la víctima haya manifestado su voluntad contraria, no solamente es innecesario sino que, además, es contrario a todos los estándares internacionales relativos al tratamiento de la víctima en el proceso.

No se pueden establecer, ni siquiera a título ejemplificativo, directrices en relación con el interrogatorio de estas víctimas, toda vez que las agresiones sexuales se pueden producir en muy diferentes contextos y de muy diferentes maneras, y que la reacción de las víctimas en situaciones tan estresantes es imprevisible y pueden ser muy distintas. El ataque sexual puede ser por sorpresa, o en un descampado y utilizando violencia gravísima, o con una violencia muy sutil suficiente para vencer su

<sup>39</sup> España Ministerio Fiscal, Circular 1/2023 de la Fiscalía General del Estado 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, Boletín Oficial del Estado 81, 5 de abril de 2023, BOE-A-2023-8697, [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-8697](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-8697).

<sup>40</sup> Finlandia, *Código Penal*, Gaceta Oficial, 1996, art. 194.

<sup>41</sup> España Tribunal Constitucional, *Sentencia 258/2007*, 18 de diciembre de 2007.

<sup>42</sup> España Tribunal Supremo, *Sentencia 391/2019*, 24 de junio de 2019.

<sup>38</sup> España, Ley Orgánica 10/1995, art. 178 numerales 1 y 2.

voluntad. La víctima puede reaccionar defendiéndose con uñas y dientes, incluso poniendo en riesgo su propia vida; puede oponer una previa resistencia y ceder ante el riesgo de sufrir males mayores; puede entrar en shock y no tener capacidad ninguna de reacción, es lo que el Grupo de expertos en la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica –mecanismo de seguimiento del Convenio de Estambul, GREVIO– en el informe sobre España de 2020<sup>43</sup> denomina “inmovilidad tónica”. A las múltiples y variadas posibilidades de reaccionar una víctima ante ataques de naturaleza sexual, también se han referido el TEDH en la sentencia dictada en el caso MG contra Bulgaria y el CEDAW en el caso Karen Tayag Vertido contra Filipinas.

Para ser eficaces en la respuesta penal, pero también para ser proactivos en la protección de las víctimas de la violencia sexual frente a los procedimientos, es decir, para evitar la innecesaria revictimización, se debe prescindir de estereotipos relacionados con el presunto perfil de la víctima o con el comportamiento esperado con relación al ataque sexual:

El enjuiciamiento de este delito requerirá una evaluación de las pruebas que tenga en cuenta el contexto para establecer, caso por caso, si la víctima ha consentido libremente el acto sexual realizado. Dicha evaluación debe reconocer la amplia gama de respuestas conductuales a la violencia sexual y a la violación que muestran las víctimas y no se basará en suposiciones de comportamiento típico en tales situaciones. Es igualmente importante garantizar que las interpretaciones de la legislación sobre la violación y el enjuiciamiento de los casos de violación no se vean influidos por los estereotipos de género y los mitos sobre la sexualidad masculina y femenina.<sup>44</sup>

En ese contexto, se va a erigir como una prueba fundamental también la declaración del investigado. Partiendo del respeto absoluto a los derechos y garantías procesales del investigado, en concreto, su derecho a guardar silencio, a no contestar a todas o alguna de las preguntas que se le hagan y a declararse no culpable, su declaración o silencio puede ser muy relevantes. Para empezar, se debe recordar que la carga de la prueba de los hechos exculporios recae sobre la defensa<sup>45</sup>, pero, además, el silencio del acusado cuando existe un acervo probatorio incriminatorio de cierta importancia puede erigirse en un indicio más de culpabilidad. Los tribunales deben mostrarse especialmente prudentes antes de utilizar el silencio del acusado en su contra ya que “sería incompatible con el derecho a guardar silencio fundamentar una condena exclusivamente o esencialmente en el silencio del inculcado o en su negativa a responder a preguntas o a declarar”<sup>46</sup>. El propio TEDH, en la sentencia de 8 de febrero de 1996 –caso Murray–, afirmó que el órgano jurisdiccional nacional no puede concluir que el acusado es culpable por el mero hecho de que guarde silencio. “Sólo si las pruebas contra el acusado ‘exigen’ una explicación que el acusado debería estar en condiciones de dar, la falta de explicación puede permitir, por sentido común, deducir que no hay explicación y que el acusado es culpable”<sup>47</sup>. De igual manera se ha manifestado el TC<sup>48</sup>.

43 GREVIO, *Primer Informe de evaluación de GREVIO sobre las medidas legislativas y de otra índole que dan efecto a las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica* (España: GREVIO, 2020), <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesGREVIO/docs/InformeGrevioEspana.pdf>.

44 Comisión Europea, *Propuesta para una decisión del consejo sobre la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, apartado 192.

45 España Tribunal Constitucional, *Sentencia 197/1995*, Boletín Oficial del Estado 21, 21 de diciembre de 1995, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3051>; *Sentencia 36/1996*, Boletín Oficial del Estado, 11 de marzo de 1996; y, *Sentencia 49/1998*, Boletín Oficial del Estado 77, 2 de marzo de 1998, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3551>.

46 España Tribunal Superior de Justicia, *Sentencia 8/2023*, 20 de enero de 2023, <https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/1029511/derecho%20a%20la%20defensa/20230221>.

47 Corte Europea de Derechos Humanos, “Sentencia de 8 de febrero de 1996 (Sentencia 18731/91)”, *Caso John Murray vs. Reino Unido*, 8 de febrero de 1996.

48 España Tribunal Constitucional, *Sentencia 202/2020*, 24 de julio de 2020, <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/esVivia/Resolucion/Show/4186>.

Las explicaciones inverosímiles por el acusado también pueden ser un indicio de culpabilidad<sup>49</sup>. Pero ¿qué ocurre si el acusado manifiesta haber creído que la presunta víctima consintió en la práctica de la relación sexual denunciada? A diferencia del modelo alemán, se debe explorar, en base a las circunstancias concurrentes, por qué el investigado llegó a ese convencimiento, qué medidas adoptó para asegurarse de que en esas circunstancias concretas contaba con el consentimiento de la víctima. A este respecto resulta muy interesante el Código Criminal canadiense en el que se define el consentimiento como “el acuerdo voluntario del denunciante de participar en la actividad sexual en cuestión”<sup>50</sup>. En el propio texto legal se rechaza expresamente la defensa frente a la denuncia basada en que el acusado creyera que el demandante consintió cuando esa creencia surgió de su propia intoxicación autoinducida, o fue debida a una imprudencia o ceguera deliberada, o “cuando el acusado no adoptó las medidas razonables, en las circunstancias por él conocidas para determinar si la otra persona estaba consintiendo”<sup>51</sup>.

A nivel jurisprudencial, y tras una larga evolución, la Corte Suprema argumentó que el *mens rea* de la agresión sexual no sólo se satisface cuando se demuestra que el acusado sabía que el demandante estaba diciendo esencialmente “no”, sino que también se satisface cuando se demuestra que el acusado sabía que el demandante no estaba diciendo esencialmente “sí”. En algunas resoluciones se ha hecho hincapié en que el consentimiento debe “darse libremente” e, incluso, el Tribunal de Apelación de Manitoba exigió medidas activas para asegurar el acuerdo cuando existen circunstancias que harían que un “hombre razonable investigue más a fondo”, a fin de asegurar que cuenta con ese consentimiento. En este sentido, estos tribunales exponen que el requisito de las “medidas razonables” modifica la norma *mens rea* del derecho anglosajón, abandonando el carácter subjetivo de la norma, por lo que el acusado no puede presentar una defensa de que creyó que el denunciante consintió en la actividad si “el acusado no tomó medidas razonables, en las circunstancias que conocía en ese momento, para determinar que el denunciante estaba consintiendo”<sup>52</sup>.

En la misma línea, ONU Mujeres recomienda que “la persona acusada aporte pruebas de las medidas adoptadas para determinar si la demandante/superviviente había dado su consentimiento”<sup>53</sup>; y el CEDAW, en el caso Karen Tayag Vertido v. Filipinas, en las recomendaciones al Estado demandado también aludió a las “pruebas de medidas para asegurar el consentimiento del demandante o superviviente”. Estas ideas han ido calando en el Tribunal Supremo español:

[L]a 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. Si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer, sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales.<sup>54</sup>

Es cierto que el alto tribunal español siempre ha requerido la concurrencia de la ausencia del consentimiento para condenar por los delitos contra la libertad sexual, pero también es cierto que, en muchas ocasiones, se interpretó que el artículo 178 del CP, en su redacción anterior, demandaba la oposición previa o simultánea manifestada por la

49 España Tribunal Supremo, *Sentencia 167/2023*, 8 de marzo de 2023, <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/63c7f3d78cbfaa19a0a8778d75e36f0d/20230202>.

50 Canadá, *Código Penal*, Gaceta Oficial, 1 de enero de 1985, art. 273 numerales 1 y 2.

51 Canadá, *Código Penal*, art. 273 numeral 2.

52 Canadá, *Código Penal*, art. 27 numeral 2. Véase además las sentencias: Sentencia de la Corte Suprema de Canadá Ewanchuk, 1 S.C.R. 330. R. v. Stender [2005] 1 S.C.R. 914; R. v. R.R., [2001] O.J. No. 4254, 44 (Ont. C.A. Nov. 5, 2001). Citado por Gotell, L. Rethinking. R. contra Malcolm, 148 Man. R. (2d) 143, 21 (Man. C.A. 2000).

53 ONU Mujeres, *Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer* (Nueva York: ONU Mujeres, 2012), 25.

54 España Tribunal Supremo, *Sentencia 145/2020*, 14 de mayo de 2020, <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/d7d9a36ce3e176ce10b129baa45c19bf4205aec78d421c76>.

víctima, llegando a exigirse en ocasiones que el agresor la venciera mediante el uso de violencia o intimidación. Así, para enjuiciar la conducta: "debl[ía] acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubriera] la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo"<sup>55</sup>.

El verdadero cambio de paradigma reside en que ya no es necesario que la mujer manifieste su voluntad en contra del acto sexual que pretende el demandante y en el entendimiento de que el silencio no es consentimiento; la esencia de un acto sexual lícito radica en el consentimiento libre y expreso de la otra u otras personas con quienes se practica. Hoy, en el derecho español el consentimiento tiene que ser además de libre, expreso, concreto, actual y, por lo tanto, revocable.

Permítanme acabar con la referencia al código de educación de California que define el "consentimiento afirmativo" como "el acuerdo afirmativo, consciente y voluntario de participar en actividades sexuales". En este sentido, explica que

[e]s responsabilidad de cada persona implicada en la actividad sexual asegurarse de que cuenta con el consentimiento afirmativo de la otra u otras para participar en la actividad sexual. La falta de protesta o resistencia no significa consentimiento, ni el silencio significa consentimiento. El consentimiento afirmativo debe ser continuo durante toda la actividad sexual y puede revocarse en cualquier momento. La existencia de una relación de noviazgo entre las personas implicadas, o el hecho de que hayan mantenido relaciones sexuales en el pasado, nunca debe considerarse por sí mismo un indicador de consentimiento...no será una excusa válida para alegar falta de consentimiento afirmativo que el acusado creyera que el denunciante consintió la actividad sexual en cualquiera de las siguientes circunstancias: (A) La creencia del acusado en el consentimiento afirmativo surgió de la intoxicación o imprudencia del acusado. (B) El acusado no tomó medidas razonables, en las circunstancias conocidas por el acusado en ese momento, para determinar si el demandante dio su consentimiento afirmativo.

[...] no será una excusa válida que el acusado creyera que el denunciante consintió afirmativamente a la actividad sexual si el acusado sabía o razonablemente debería haber sabido que el denunciante no podía consentir a la actividad sexual en cualquiera de las siguientes circunstancias: (A) El demandante estaba dormido o inconsciente. (B) El denunciante estaba incapacitado debido a la influencia de drogas, alcohol o medicación, de modo que el denunciante no podía comprender el hecho, la naturaleza o el alcance de la actividad sexual. (C) El denunciante era incapaz de comunicarse debido a una condición mental o física.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> España Tribunal Supremo, *Sentencia 137/2019*, 17 de enero de 2019, <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e362bd69e9b3fb27>. Véase, entre otras muchas, SSTS 311/2020, de 15 de junio; 478/2019, de 14 de octubre; 834/2014, de 10 de diciembre; 538/2018, de 8 de noviembre. Fueron igualmente constantes las referencias jurisprudenciales acerca de la necesidad de que el acusado obrase en contra de la voluntad de la víctima, véase también las sentencias SSTS 111/2022, de 13 de enero; 483/2021, de 3 de junio; 696/2020, de 16 de diciembre; 348/2019, de 4 de julio.

<sup>56</sup> Estados Unidos de América, *Código de educación de California*, Gaceta Oficial, 1 de enero de 2020, Título 3, educación postsecundaria, División 5, Disposiciones Generales, Parte 40, Ley De Educación Superior, Capítulo 15.5, Seguridad estudiantil, [https://leginfo.ca.gov/faces/codes\\_displaySection.xhtml?lawCode=EDC&sectionNum=67386](https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?lawCode=EDC&sectionNum=67386).

## Bibliografía

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE. Resumen de las conclusiones*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014. [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14\\_es.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_es.pdf).

BBC News. "Germany shocked by Cologne New Year gang assaults on women". *BBC News*. 5 de enero de 2016. <https://web.archive.org/web/20180213051644/http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-35231046>.

Canadá. *Código Penal*. Gaceta Oficial, 1 de enero de 1985.

Comisión Europea. *Propuesta para una decisión del consejo sobre la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*. Bruselas: Comisión Europea, 2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0111&rid=6>.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *Comunicación 18/2018*. 22 de septiembre de 2010, CEDAW/C/46/D/18/2008. <https://www.mpf.gob.ar/ebooks/genero/X.%20Informes%20y%20fallos%20internacionales/Sistema%20Universal/3.%20CEDAW%2C%20Vertido%20v.%20Filipinas.pdf>.

Consejo de Europa. *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*. 11 de mayo de 2011. <https://rm.coe.int/1680462543>.

Corte Europea de Derechos Humanos. "Sentencia de 8 de febrero de 1996 (Sentencia 18731/91)". *Caso John Murray vs. Reino Unido*. 8 de febrero de 1996.

— — —. "Sentencia de 4 de diciembre de 2003". *Caso M.C. vs. Bulgaria*. 4 de diciembre de 2003. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5212/15.pdf>.

España. *Ley Orgánica 10/1995*. Boletín Oficial del Estado 281, 24 de noviembre de 1995. BOE-A-1995-25444. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

— — —. *Ley Orgánica 10/2022*. Gaceta Oficial 215, 7 de septiembre de 2022. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>.

España Audiencia Provincial. *Sentencia 38/2018*. 20 de marzo de 2016. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/a09ab11e99e1b448655cf4715fc787b3a430af12696ec75c>.

España Audiencia Provincial de Pontevedra. *Sentencia de la A.P. de Pontevedra*. 27 de febrero de 1989. <https://www.poderjudicial.es/search/sentencias/Prescripcion/101/AN>.

España Ministerio de Igualdad. *Macroencuesta de violencia contra la mujer*. Madrid: Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Estudios de la Violencia de Género, 2019. [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta\\_2019\\_estudio\\_investigacion.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf).

España Ministerio del Interior. *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. Madrid: Secretaría de Estado de Seguridad, 2021. [https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/informe-sobre-delitos-contra-la-libertad-e-indemnidad-sexual-en-Espana/Informe\\_delitos\\_libertad\\_e\\_indemnidad\\_sexual\\_2021\\_126210034.pdf](https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/informe-sobre-delitos-contra-la-libertad-e-indemnidad-sexual-en-Espana/Informe_delitos_libertad_e_indemnidad_sexual_2021_126210034.pdf).

España Ministerio Fiscal. *Circular 1/2023 de la Fiscalía General del Estado 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*. Boletín Oficial del Estado 81, 5 de abril de 2023. BOE-A-2023-8697. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-8697](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-8697).

España Parlamento Europeo y Consejo De La Unión Europea. *Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo*. Madrid: Unión Europea, 2011. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-82637#:~:text=L%2D2011%2D82637-,Directiva%202011%2F93%2FUE%20del%20Parlamento%20Europeo%20y%20del%20Consejo,%2F68%2FJAI%20del%20Consejo>.

España Tribunal Constitucional. *Sentencia 197/1995*. Boletín Oficial del Estado 21, 21 de diciembre de 1995. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3051>.

———. *Sentencia 36/1996*. Boletín Oficial del Estado, 11 de marzo de 1996.

———. *Sentencia 49/1998*. Boletín Oficial del Estado 77, 2 de marzo de 1998. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3551>.

———. *Sentencia 258/2007*. 18 de diciembre de 2007.

———. *Sentencia 202/2020*. 24 de julio de 2020. <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/esVivia/Resolucion/Show/4186>.

España Tribunal Superior de Justicia. *Sentencia 8/2023*. 20 de enero de 2023. <https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/10295511/derecho%20a%20la%20defensa/20230221>.

España Tribunal Supremo. *Sentencia 411/2006*, 18 de abril de 2006. <https://vlex.es/vid/abuso-sexual-prohibicion-invencible-20782288>.

———. *Sentencia 137/2019*. 17 de enero de 2019. <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e362bd69egb3fb27>.

———. *Sentencia 391/2019*. 24 de junio de 2019.

———. *Sentencia 344/2019*. 04 de julio de 2019. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac2484b8072b28c6b92a8a7c3e42120ae359>.

———. *Sentencia 145/2020*. 14 de mayo de 2020. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/d7d9a36ce3e176ce10b129baa45c19bf4205aec78d421c76>.

———. *Sentencia 167/2023*. 8 de marzo de 2023. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/63c7f3d78cbfaa19a0a8778d75e36fod/20230202>.

Estados Unidos de América. *Código de educación de California*. Gaceta Oficial, 1 de enero de 2020. [https://leginfo.ca.gov/faces/codes\\_displaySection.xhtml?lawCode=EDC&sectionNum=67386](https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?lawCode=EDC&sectionNum=67386).

Finlandia. *Código Penal*. Gaceta Oficial, 1996.

GREVIO. *Primer Informe de evaluación de GREVIO sobre las medidas legislativas y de otra índole que dan efecto a las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica*. España: GREVIO, 2020. <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesGREVIO/docs/InformeGrevioEspana.pdf>.

Información Estratégica y Generación de Conocimientos. *La violencia de género contra las mujeres en Ecuador: Análisis de los resultados en la Encuesta Nacional sobre relaciones familiares y violencia de género contra las mujeres*. Quito: El Telégrafo, 2014. [https://oig.cepal.org/sites/default/files/violencia\\_de\\_gnero\\_ecuador.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/violencia_de_gnero_ecuador.pdf).

ONU Mujeres. *Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer*. Nueva York: ONU Mujeres, 2012.

———. *El progreso de las mujeres en el mundo 2019-2020. Familias en un mundo cambiante*. Estados Unidos de América: AGS Custom Graphics, 2019. <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/a4886e9f-5289-42bf-84ac-317894d92f27/content>.

Organización Panamericana de la Salud. *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Violencia infringida por la pareja*. Washington: Organización Panamericana de la Salud, 2013. [https://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_content&view=article&id=9265:2014-comprender-abordar-violencia-contra-mujeres&Itemid=0&lang=en](https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=9265:2014-comprender-abordar-violencia-contra-mujeres&Itemid=0&lang=en).

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* (2022): 191-224.

Rioja Andueza, Iker. "¿Cerró usted bien las piernas para evitar una violación?". *El Mundo*. 05 de marzo de 2016. <https://www.elmundo.es/pais-vasco/2016/03/05/56daaed7268e3e754f8b45cb.html>.

Roza, Vivian y Carmen Martín. *Violencia Sexual y basada en el género: mapa de ruta para su prevención y atención en América Latina y el Caribe*. Washington: La Divina Mente Estudio, 2021. <https://publications.iadb.org/es/violencia-sexual-y-basada-en-genero-mapa-de-ruta-para-su-prevencion-y-atencion-en-america-latina-y>.

Supreme Court of California. "Sentencia de 23 de mayo de 1994". *People v. Iniguez 872 P.2d 1183, 1189*. 23 de mayo de 1994.

United Nations Children's Fund (UNICEF). *A Familiar Face: Violence in the lives of children and adolescents*. New York: UNICEF, 2017. <https://data.unicef.org/resources/a-familiar-face/>.

EL DELITO DE VIOLACIÓN  
COMO PARADIGMA DE LA

# VIOLENCIA SEXUAL DE GÉNERO

*María Acale Sánchez<sup>1</sup>*

**SUMARIO:**1. Acercamiento. 2. Evolución histórica. 3. El modelo español. 4. El modelo ecuatoriano. 5. Conclusiones.

## 1. Acercamiento

La violencia sexual de género contra las mujeres adultas es una modalidad específica de violencia, que se caracteriza porque las víctimas son sometidas a procesos de victimización perfilados sexualmente por hombres que se creen con poder sobre ellas para tenerlas controladas. Se trata de un concepto que no se corresponde en sentido estricto con ninguna clasificación jurídico penal, porque abarca situaciones en las que lo sexual no es siempre el objeto material ni jurídico del ataque, sino aquella parte de la libertad de las mujeres que desea el autor someter a control, con independencia ya de los daños personales que ese control produzca sobre los bienes jurídicos de los que es titular la víctima. De esta forma, a pesar de que penalmente existan amplias diferencias entre una agresión sexual, un atentado contra la intimidad o un acto de violencia en el ámbito de la pareja, criminológicamente es posible encontrar unos cimientos comunes, lo que facilita la comprensión del fenómeno criminal y, por ende, la puesta en marcha de políticas preventivas que incidan en los resortes culturales que les sirve de amalgama<sup>2</sup>, en esencia, en el discurso masculino sobre el uso del cuerpo de las mujeres como meros objetos de placer.

---

<sup>1</sup> Catedrática de Derecho penal, Universidad de Cádiz, España.

<sup>2</sup> María Acale Sánchez, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas* (Madrid: Reus, 2016), 19.

De todas las modalidades de violencia sexual de género que soportan las mujeres a manos de los hombres, la estrictamente sexual es la que durante más tiempo ha pasado desapercibida. En efecto, muchas mujeres han venido siendo obligadas por parte de sus maridos o compañeros sentimentales a la realización de actos de contenido sexual como y cuando ellos han querido, sin que ellas se hayan planteado siquiera la ilicitud de aquel comportamiento. Por otra parte, muchas mujeres han sufrido violencia de naturaleza sexual a manos de hombres desconocidos, con los que simplemente tuvieron la mala fortuna de cruzarse en sus vidas, sin atreverse a denunciarlos dados los tsunamis de revictimización que los mismos arrastran. Se trata de modalidades de violencia que aparecen con toda su intensidad cuando se identifican los estereotipos de género que les han servido de caldo de cultivo: la patente de corso del matrimonio y la vergüenza conexas a la agresión real sufrida, sin los cuales aquella violencia salta a relucir con toda su crudeza.

Esta tarea de desbroce de los estereotipos de género favorecedores de esta modalidad de violencia no siempre es fácil. Así, en el ámbito penal y de la administración de justicia es imprescindible el abordaje de los hechos, de la ley y del proceso mismo desde una perspectiva de género, que permita sacar a relucir todos los matices y pliegues ocultos a esta modalidad de violencia. **A ella se hace referencia en el ámbito jurídico iberoamericano en la XVII Cumbre judicial en la que se presentó un modelo completo de incorporación de la perspectiva de género en las sentencias, con base en el art. 8.c) de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará, de 9 julio de 1994), en el que se obliga a los Estados partes a adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para**

[...] fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer.<sup>3</sup>

En ello incide también el art. 49.2 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, cuando afirma que

[...] las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio.<sup>4</sup>

Con el tiempo, los distintos ordenamientos jurídicos han ido eliminando los restos de un Derecho penal estereotipado, de manera que o bien se recurre intencionadamente a la sexualización de la letra de la ley para perseguir determinadas conductas específicamente llevadas a cabo por hombres sobre mujeres<sup>5</sup>, o se usa como regla general un lenguaje neutro que tiende a evitar reproducir los patrones machistas del comportamiento. Con todo, los avances legales no garantizan *ab initio* una correcta aplicación por parte de los tribunales si estos deciden dar entrada por la vía de la interpretación judicial a aquellos estereotipos. Así, si bien parece obvio que ninguna ley penal, ni ningún operador jurídico le exigiría al hombre víctima de un robo que se hubiese resistido activamente a entregarle el objeto material al agresor, sí sucede, sin embargo, que cuando se trata de garantizar la protección de la libertad sexual, muchas veces la Administración de justicia vuelve a poner el foco de la atención en la resistencia opuesta por parte de la víctima<sup>6</sup>. Lo que no deja de ser *paradigmático*.

<sup>3</sup> Organización de Estados Americanos, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer "Convención De Belém Do Pará"*, 9 de junio de 1994, art. 8 literal c.

<sup>4</sup> Consejo de Europa, *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, 11 de mayo de 2011, art. 49 numeral 2, <https://rm.coe.int/1680462543>.

<sup>5</sup> Como el femicidio del art. 141 del Código penal de Ecuador o las lesiones agravadas del art. 149 del Código penal español.

<sup>6</sup> Como más adelante se examinará en relación con los Códigos penales español y ecuatoriano.

En particular, en el ámbito del Derecho comparado, España y Ecuador son dos países que abanderan la igualdad y la no violencia de género como estandartes no solo decorativos, sino como las velas desplegadas al viento que impulsan políticas eficaces que salvan vidas y permiten a las mujeres sobrevivientes una vida restante más digna en el marco preventivo que favorecen la Ley ecuatoriana para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres (Ley o RO 175 de 05-feb.-2018) y las Leyes Orgánicas españolas 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral frente a la violencia de género y la 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual<sup>7</sup>. Y, sin embargo, ambos países arrastran una historia común de tipos penales que han presumido de garantizar más que ningún bien jurídico, los propios estereotipos de género que han sostenido históricamente las relaciones interpersonales entre hombres y mujeres. Aquello permite descubrir pistas sobre las bases de una violencia que ha existido siempre y, al mismo tiempo, identificar los errores cometidos para intentar evitarlos en el futuro.

## 2. Evolución histórica

Así como el brazo armado del patriarcado que es, nuestros sucesivos legisladores han recurrido al Código Penal para tener bajo control a las mujeres, y especialmente, a aquellas que han pretendido ejercer su libertad sexual, dejando ver en el ámbito de la tipicidad de la correspondiente figura delictiva, no ya el concreto catálogo de bienes jurídicos protegidos, sino una concreta concepción de las relaciones sexuales en las que las mujeres no han sido reconocidas como sujetos con capacidad de autodeterminación, sino como objetos del placer que proporcionaban al hombre con el que se relacionaban<sup>8</sup>. En muchas ocasiones, ese control se ha ejercido de manera sibilina, a través de la incorporación a las correspondientes figuras delictivas de elementos vagos, o indeterminados o difícilmente determinables<sup>9</sup>, que han permitido a muchos aplicadores del Derecho entrar a examinarlos de acuerdo a sus propias convicciones personales, al coste elevado para unas víctimas que han tenido que soportar durísimos interrogatorios, con el objetivo de sacar a relucir matices que sirvieran para aclarar elementos esenciales de unas figuras delictivas cuyos contornos no han sido fáciles de distinguir<sup>10</sup>.

Y es que, en efecto, bajo muchos de estos pronunciamientos se esconde todavía la clásica concepción de las agresiones sexuales como delitos contra el honestidad –en España– o contra el pudor –en Ecuador<sup>11</sup>–, cuya protección exigía que la víctima se resistiera a mantener el acto de contenido sexual, en una época en la que la mujer venía obligada socialmente a mantener su virginidad, a oponerse al acto sexual demandado incluso por su marido en su lecho nupcial, a los efectos de que él consiguiera el yacimiento "venciéndola". De ahí que la doctrina de la época se haya parado a analizar la *vis gratiae puellis*, en un imaginario colectivo en el que las mujeres que no defendían su virginidad no eran dignas de un matrimonio que abría las puertas al sexo honesto y dirigido a engendrar hijos y crear una familia. Este es el origen de la suprema importancia que se ha concedido históricamente a los elementos de la "fuerza/violencia" y la intimidación a lo largo de la historia en los delitos de violación en muchos códigos penales, que han venido a sincretizar

<sup>7</sup> En las páginas que sigue se hará referencia fundamentalmente al modelo español, dado que la especialización de la *Revista Perfil Criminológico* de la Fiscalía General de la República del Ecuador así como los y las lectores a los que va dirigida, presuponen un conocimiento exhaustivo de la regulación ecuatoriana.

<sup>8</sup> María Acale Sánchez, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas*, 19.

<sup>9</sup> O determinados legalmente a partir de elementos que no venían a concretar, sino a permitir las divagaciones judiciales. Como puede haber ocurrido con la definición legal de estupro en el art. 509 del Código penal ecuatoriano que hasta 2005 llamaba "estupro" "la cópula con una mujer honesta, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento".

<sup>10</sup> Basta pensar en la dificultad existente en España durante años para diferenciar la "intimidación ambiental" del prevalimiento de una situación de inferioridad de la víctima siendo así que la consideración de uno u otro elemento era determinante de la subsunción de una conducta como "abuso sexual" del art. 181 o como "agresión sexual" del art. 178 antes de la reforma que de los mismos ha operado la LO 10/2022.

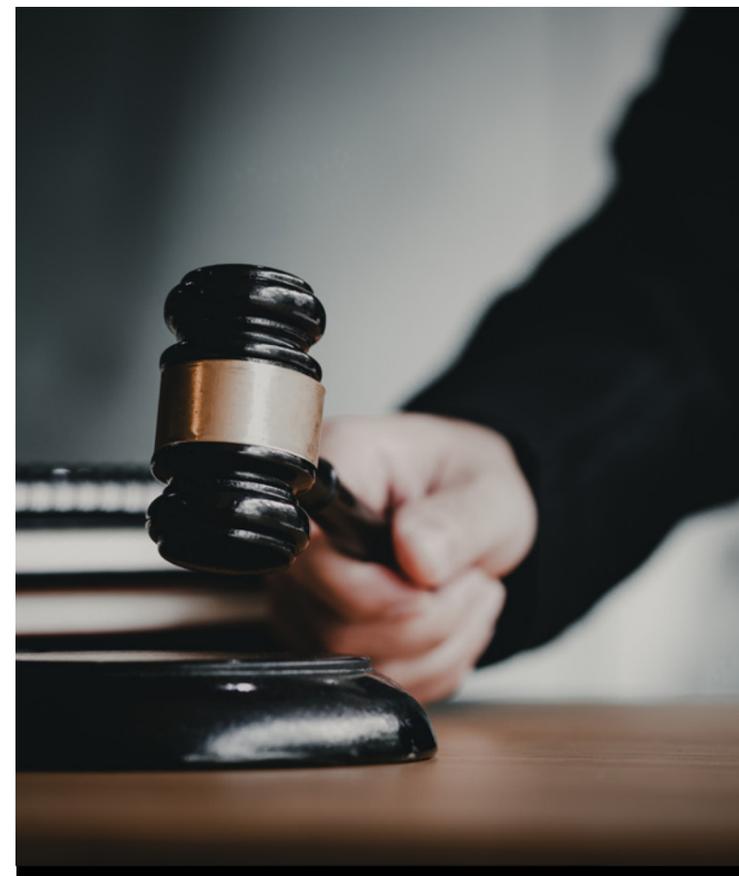
<sup>11</sup> El art. 505 contenía un concepto normativo de "atentado contra el pudor": "todo acto impúdico que pueda ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal, y se ejecute en la persona de otro, sea cual fuere su sexo". Disposición que fue derogada por L. 2005-2. RO 45; 23 de junio de 2005.

esa "verdadera" resistencia que la víctima tenía que oponer ante las embestidas de su "marido", como parte del cortejo nupcial. Y, por ende, este es también el origen de la confusión en torno a si los delitos contra la libertad sexual son delitos "sin consentimiento" o "contra el consentimiento" de la víctima<sup>12</sup>. Con razón, Boix Reig afirmaba que se trataba solo aparentemente de proteger a las mujeres: más bien han protegido "los intereses del estrictamente masculinos en cuanto indirectamente pueden ser supuestamente lesionados por la conducta de la mujer"<sup>13</sup>.

Sin embargo, la consideración del delito de violación en la modalidad de empleo de fuerza o intimidación como un delito complejo no permitía considerar coautores a los sujetos que, en virtud de un plan preconcebido o actuando sobre la marcha de común acuerdo, decidieran distribuirse la ejecución de los distintos elementos típicos en la medida en que desde que el delito de violación fue calificado como un delito contra la honestidad (o contra el pudor, que a estos efectos resulta ser perfectamente intercambiable), de forma inmediata se le añadieron una serie de requisitos que venían a poner el acento –a falta de un verdadero bien jurídico– en el comportamiento del autor. En este sentido, se afirmaba que la violación era un delito que exigía contacto corporal, por lo que penalmente se llegaba a calificarlo como un delito de propia mano/propio pene que exigía la realización directa del comportamiento sexual, eliminando la posibilidad de admitir la autoría mediata<sup>14</sup>. Y al exigir que autor de la violación fuera el sujeto que llevase a cabo la penetración, se ponían en orden los distintos elementos típicos de este delito, de forma que se pasó a entender que se trataba de un delito compuesto por un acto principal –la penetración– y otro secundario –la violencia o la intimidación–, relegando al ámbito de la participación al sujeto que cometiera la mitad de los elementos típicos.

La incidencia de los distintos Códigos Penales españoles en los Códigos de los países latinoamericanos es innegable. En particular, es fácil de apreciar en la regulación de los delitos sexuales en el Código penal de Ecuador<sup>15</sup>. Sin embargo, como se podrá apreciar a continuación, las últimas reformas del Código español han dado un giro de 180 grados en la tipificación de los delitos sexuales, posicionando la regulación en el consentimiento de la víctima –siguiendo la senda de los modelos político criminales más modernos existentes en el panorama internacional de Bélgica y Suecia<sup>16</sup>–, mientras que la regulación ecuatoriana sigue estando centrada de forma ciertamente confusa en los medios comisivos empleados por el autor.

### 3. El modelo español



En efecto, la Ley Orgánica (LO) 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual<sup>17</sup> ha venido a dar un giro de 180 grados a la regulación del delito de agresión sexual, aunque siete meses después ha sido ligera –pero sustancialmente– modificada a través de la contrarreforma que ha llevado a cabo la LO 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores<sup>18</sup>, una reforma que ha nacido con el compromiso de actuar "respetando" el modelo instaurado en la LO 10/2022 y con la finalidad de "blindar" la ley "en favor" de las víctimas, evitando "el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales, que son más amplios, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas"<sup>19</sup>, insistiendo en que los cambios que se llevan a cabo se producen "sin afectar al corazón de la norma, ya que se mantiene la íntegra definición del consentimiento y, por tanto, la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual"<sup>20</sup>, afirmación solo parcialmente exacta, pues se han afectado aspectos esenciales.

Tras la reforma operada por la primera de estas leyes, el Capítulo I del Título VIII bajo la rúbrica de las "agresiones sexuales" contenía un tipo básico de agresión sexual que unificaba las anteriores conductas de agresión y abuso sexual (arts. 178.1 y 2)<sup>21</sup>, un tipo cualificado en atención al acto sexual practicado (art. 179<sup>22</sup>), un tipo privilegiado (art. 178.3<sup>23</sup>) y varios supuestos de agravación

<sup>12</sup> María Acale Sánchez, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas*, 143.

<sup>13</sup> Javier Boix Reig, *El delito de estupro fraudulento* (Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1979), 23.

<sup>14</sup> María Acale Sánchez, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas*, 149.

<sup>15</sup> Y en otros, como en el ámbito de los delitos de uxoricidio o de adulterio. Así, hasta 1998 el art. 503 del Código penal de Ecuador castigaba el delito de adulterio, imponiendo la pena de prisión de seis meses a dos años en cuatro supuestos: "1. La mujer que cometiere adulterio"; "2. El correo de la mujer adúltera"; "3. El marido cuando tuviere manceba dentro o fuera de la casa conyugal" y "La manceba del marido". La pluralidad de sujetos activos del delito puede ocultar el hecho principal y es que en esencia, el delito de adulterio ha sido un delito de autoría femenina (era la mujer la que cometía adulterio) imponiéndole la misma pena "al correo de la mujer adúltera". Junto a ellos se procedía al castigo del delito de amancebamiento masculino, por el que se castigaba al hombre casado que tuviera manceba dentro o fuera de la casa conyugal. Las leyes españolas venían exigiendo que cuando se tratase del amancebamiento fuera de la casa conyugal, debía serlo de forma notoria. Esta regulación estuvo vigente hasta su derogación por medio de la L 106-PCL RO 365: de 21 de julio de 1998. La denuncia por adulterio no podría interesarla el marido "si ha consentido en el trato ilícito de ésta con el adúltero; o si, voluntaria y arbitrariamente, ha separado de su lado a su mujer, o la ha abandonado" disposición que fue derogada por la L 134 RO 511: 10 junio 1983.

Se trata de una regulación que está impregnada de los paralelos delitos de adulterio y de amancebamiento existentes en los Códigos penales españoles de los siglos XIX y XX si bien en España fueron derogados en 1978, mientras que en Ecuador todavía pervivieron diez años más. María José Muñoz García, *El proceso histórico de la codificación penal española* (Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1994), 105.

<sup>16</sup> María Acale Sánchez, "Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa", en *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (Pamplona: Aranzadi, 2022), 39 y ss.

<sup>17</sup> En adelante LO 10/2022.

<sup>18</sup> En adelante LO 4/2023.

<sup>19</sup> España, *Ley Orgánica 10/2022, Gaceta Oficial* 215, 7 de septiembre de 2022, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>.

<sup>20</sup> España, *Ley Orgánica 10/2022*.

<sup>21</sup> "1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad". España, *Ley Orgánica 10/2022*, art. 179.

<sup>22</sup> "Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años". España, *Ley Orgánica 10/2022*, art. 179.

<sup>23</sup> "El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá

de la pena (art. 180<sup>24</sup>). Todas esas figuras delictivas giraban en torno a la conducta sexual llevada a cabo "sin consentimiento" de la víctima. A estos efectos presumía *iures et de iure* que falta el consentimiento cuando se obtenga "en todo caso" con el 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". Con el aterrizaje en el Código Penal español del modelo del consentimiento, se produce un triple cambio *estético* (porque deja al lado aquel modelo patriarcal de una sexualidad masculina incontrolable que se "beneficia" de la ignorancia y la torpeza femenina), *ético* (porque no podía exigirse un tratamiento distinto al consentimiento de una mujer que está siendo agredida sexualmente y al consentimiento de quien no quiere seguir viviendo) y *social* (porque ha llegado el momento de que también las mujeres conjuguen en primera persona su sexualidad sin presunciones ni generalizaciones).

El consentimiento ha quedado convertido en el elemento primario de la tipicidad por dos veces, pues sostiene la afección del bien jurídico y, a su vez, su ausencia es su elemento principal, desplazando a los medios instrumentales utilizados por el autor para conseguir el resultado sexual deseado, esto es, la violencia, la intimidación, el prevalimiento o el abuso de determinadas circunstancias, a un plano secundario. La conversión de todos estos medios en formas de verificación periférica del consentimiento de la víctima lleva a restar importancia a la diferencia entre formas muy cercanas, como la intimidación ambiental o el prevalimiento –que hasta 2022 daban lugar a la calificación de una conducta como agresión o como mero abuso–, empeño que ha dado lugar a que en muchos casos se hayan llevado a cabo actuaciones procesales revictimizantes<sup>25</sup>.

La cláusula que finalmente llegó al Código se limitó a señalar que solo se entenderá que hay consentimiento "cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona"<sup>26</sup>. Por tanto, no es necesario que se consienta de palabra ni de forma concluyente ni inequívoca, sino con "actos" que manifiesten de manera clara la voluntad de una persona, lo que es tanto como exigir la normal espontaneidad del sexo consentido, interpretando el consentimiento a través de su comportamiento y de las circunstancias concurrentes, pues no solo las palabras hablan<sup>27</sup>. De ahí que, aunque la víctima no diga ni sí, ni no, si llora o grita de dolor o de miedo, no está consintiendo.

imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable". España, *Ley Orgánica 10/2022*, art. 178 numeral 3.

24 "1. Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a quince años para las del artículo 179 cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias, salvo que las mismas hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179: 1.ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. 2.ª Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. 3.ª Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181. 4.ª Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. 5.ª Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, o de una relación de superioridad con respecto a la víctima. 6.ª Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis. 7.ª Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. 2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas respectivamente previstas en el apartado 1 de este artículo se impondrán en su mitad superior. 3. En todos los casos previstos en este capítulo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años". España, *Ley Orgánica 10/2022*, art. 180.

25 La LO 10/2022 se plantea como uno de los objetivos fundamentales precisamente el de la lucha contra la revictimización o victimización secundaria en los arts. 23, 43 y 48.

26 Cláusula que proviene de las disposiciones del Convenio de Estambul: art. 36.2 "el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes".

27 José Antonio Ramos Vázquez, *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008).

Es más: aunque diga que sí, tampoco estará consintiendo si el conjunto de circunstancias circundantes expresa lo contrario. Ya la STS 344/2019, de 5 de julio<sup>28</sup>, dijo que no se trata solo del hecho de que la víctima no haya dicho que no, sino del hecho de que el silencio es también una forma de comunicación en este contexto, con esta "sordidez" y "crudeza" "puede ser interpretado como un rechazo"<sup>29</sup>.

El ejemplo de la persona durmiente es ilustrativo del cambio operado por la LO 10/2022: la realización de un acto de contenido sexual con una persona que está dormida es un acto sexual sin su consentimiento. La significación penal del mismo debe corroborarse teniendo en consideración distintos supuestos de los que plantea alguna duda el caso en el que se realiza un acto de contenido sexual con la persona con la que lleva durmiendo muchos años, fruto de su vida en pareja. Así, la configuración del delito de agresión sexual como un delito sin consentimiento de la víctima determina la tipicidad de ese comportamiento, si bien deberá ser la víctima quien en pleno uso de su libertad sexual presente o no una denuncia por agresión sexual en atención a la disponibilidad del bien jurídico (art. 191)<sup>30</sup>. Libre es pues el consentimiento voluntario que se emite sin que exista causa alguna que lo esté predeterminando. A partir de ahí, las cuestiones probatorias serán determinantes de la culpabilidad del autor, protegida por el principio *in dubio pro reo*<sup>31</sup>.

El art. 178.2 no dice nada sobre el engaño ni los ataques sorpresivos. Por lo que toca al primero, la LO 10/2022 ha eliminado el delito de abuso sexual con engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre una víctima a menores de entre 16 y 18 años del viejo art. 182<sup>32</sup>: la tipificación autónoma de este delito tenía sus orígenes en la falsa promesa de matrimonio que en los tiempos actuales carecía de fundamentación. Esto no determina que el engaño no sea una vía de demostrar la falta de consentimiento, pero ha de tratarse de un engaño de tal intensidad, que, suprimido mentalmente, no se hubiera producido el acto sexual, lo que reduce el castigo de aquellas conductas a los supuestos en los que el autor se haya prevalido del engaño causando en la víctima una posición de inferioridad que genere el prevalimiento típico a los efectos del art. 178.2. Así lo entiende también la Circular de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la LO 10/2022<sup>33</sup>. Tampoco se mencionan los ataques sorpresivos, aunque debe resaltarse que la misma ley ha incorporado en el ámbito de los contra la integridad moral una nueva conducta en el art. 173.3 en la que impone la pena de localización permanente o trabajos en beneficio de la comunidad a "quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos

28 Se trata de la Sentencia del "Caso de la Manada de Pamplona".

29 En este sentido, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 544/2022 de 1 de junio 2022 ha analizado el caso de una mujer que a lo largo de sus 50 años de matrimonio había venido soportando a manos de su marido vejaciones e insultos y accedía a sus pretensiones sexuales "dócilmente", para no provocarlo. El autor es condenado en lo que aquí interesa por un delito de abusos sexuales con prevalimiento para lo que la Sentencia analiza el "consentimiento" de la víctima, afirmando que, aunque consintiera, lo hacía para evitar males mayores: "cuando a consecuencia de dicho entorno socio-personal decir "no" a la relación sexual es más difícil que decir que "sí", el valor del consentimiento se debilita muy significativamente. El no decir "no" en este tipo de situaciones no equivale, ni mucho menos, a consentimiento válido, como previene el artículo 181.3 del Código penal. De la misma manera, tampoco el silencio guardado por la víctima significa que sí, si el conjunto de las circunstancias concurrentes permite concluir lo contrario": hechos que de haber sido valorados de acuerdo con la LO 10/2022 hubieran sido considerados como un delito de agresión sexual. La sentencia con buen criterio sigue afirmando que "todo ello apunta a que empeñarse en poner el acento en el consentimiento de la víctima no siempre y por sí solo va a reflejar la voluntad de la misma porque hay consentimientos que están condicionados por factores que lo anulan", crítica que se amortigua entendiendo que el consentimiento que exige el art. 178 es un consentimiento comunicativo propio de las relaciones sexuales

30 En España, a diferencia de en Ecuador, se requiere la denuncia para la persecución de estos delitos.

31 Al margen no obstante de dicha especialización, la LO 10/2022 modifica el art. 709 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal estableciendo que quien presida el órgano judicial "podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctimas preguntas innecesarias relativas a la vida privada, en particular a la intimidad sexual, que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que, excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el Presidente considere que sean pertinentes y necesarias", aclarando que "si estas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas".

32 Conducta que hoy sigue castigando como estupro con engaño el art. 167 del Código penal de Ecuador.

33 La Circular está publicada en el Boletín Oficial del Estado de 5 de abril de 2023.

o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad<sup>34</sup>. Todo dependerá de la significación sexual y de la duración del acto realizado.



La entrada en vigor de la LO 10/2022 no ha sido pacífica: al contrario, ha sido tormentosa, debido a la interpretación que han hecho los tribunales españoles de su letra. Todo el problema se reduce a la alarma social destapada por las reducciones de condenas a los agresores sexuales que estaban cumpliendo sus condenas de acuerdo con la regulación anterior, lo que ha sido en un ambiente penal de máximo punitivismo de plano rechazado. Con la finalidad de frenarlas, la LO 4/2023, ha vuelto a modificar el art. 178, restándole protagonismo al consentimiento, ensombrecido por la vuelta a la arena penal de la violencia y de la intimidación y de la prueba de los mismos que, como la práctica judicial española enseña, son elementos de muy difícil separación del prevalimiento. En cualquier caso, los cambios incorporados por un lado por la LO 10/2022 y, por otro, por la LO 4/2023 en el ámbito de los delitos

de agresión sexual se han producido en un momento en el que la interpretación tradicional de los delitos sexuales se encontraba en pleno proceso de evolución, vista la afluencia ante los tribunales de estas conductas. Ahora serán los tribunales sentenciadores los que en atención a su bagaje jurídico, cultural y científico pongan a prueba la idoneidad de la protección ofrecida al bien jurídico libertad sexual<sup>35</sup>.

## 4. El modelo ecuatoriano

Los delitos contra la "integridad sexual y reproductiva" vienen regulados en la Sección IV del Capítulo II, rubricado "delitos contra los derechos de libertad". En su interior se incluyen una pluralidad de figuras delictivas que están relacionadas directamente con el ejercicio de la libertad sexual<sup>36</sup>. A corroborar la identificación de la libertad sexual como bien jurídico protegido viene la Ley para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, que define la "violencia sexual" como una de las modalidades de violencia de género en los siguientes términos:

Toda acción que implique la vulneración o restricción del derecho a la integridad sexual y a decidir

<sup>34</sup> España, *Ley Orgánica 10/2022*, art. 173 numeral 3.

<sup>35</sup> Lo que sí es cierto es que la reforma del art. 178 se ha llevado a cabo sin modificar el art. 194 bis, y será la jurisprudencia la que concrete si a pesar de ello, la remisión a los concursos de normas (en particular, al art. 8.4) que tras la reforma por ella misma practicada señalan los arts. 180 en su último párrafo y el art. 181.4 encierra o no alguna contradicción. Así mismo, en línea precedente la STS 196/2023, de 21 de marzo.

<sup>36</sup> Véase el debate sobre la indemnidad sexual en José Luis Díez Ripollés, *El Derecho Penal ante el sexo* (Barcelona: Bosch, 1981); del mismo autor *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma* (Barcelona: Bosch, 1985).

Sobre la jurisprudencia ecuatoriana es interesante la lectura de la Sentencia No. 13-18-CN de la Corte Constitucional No. 13-18-CN/21.

voluntariamente sobre su vida sexual y reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza e intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares y de parentesco, exista o no convivencia, la transmisión intencional de infecciones de transmisión sexual (ITS), así como la prostitución forzada, la trata con fines de explotación sexual, el abuso o acoso sexual, la esterilización forzada y otras prácticas análogas.

También es violencia sexual la implicación de niñas y adolescentes en actividades sexuales con un adulto o con cualquier otra persona que se encuentre en situación de ventaja frente a ellas, sea por su edad, por razones de su mayor desarrollo físico o mental, por la relación de parentesco, afectiva o de confianza que lo une a la niña o adolescente, por su ubicación de autoridad o poder; el embarazo temprano en niñas y adolescentes, el matrimonio en edad temprana, la mutilación genital femenina y la utilización de la imagen de las niñas y adolescentes en pornografía.<sup>37</sup>

De la lectura de los distintos "delitos sexuales", tal como los denomina el art. 175.5 del Código penal, se desprende el esfuerzo realizado por el legislador ecuatoriano por centrar los "hechos con relevancia penal" en los que tienen lugar en el momento de la comisión del delito, señalando expresamente que "el comportamiento público o privado de la víctima, anterior a la comisión de la infracción sexual, no es considerado dentro del proceso"<sup>38</sup>. El mismo objetivo se marca la reforma operada por la Ley N. 0 publicada en RO 107 de 24 de diciembre del 2019, que incorporó la disposición contenida en el art. 158, en virtud del cual se tipifica como delito "la violencia sexual contra la mujer o los miembros del núcleo familiar" en los siguientes términos: "la persona que, como manifestación de violencia contra la mujer o un miembro del núcleo familiar, se imponga a otra y la obligue a tener relaciones sexuales u otras prácticas análogas, será sancionada con las penas previstas en los delitos contra la integridad sexual y reproductiva"<sup>39</sup>. Se trata de una disposición que no viene a imponer más pena en los casos en los que entre los sujetos activos y pasivos se produzca un episodio constitutivo de violencia de género: viene simplemente a visibilizar –simbólicamente– que también esa violencia va a ser típica a los efectos previstos en el Código penal<sup>40</sup>. Debe resaltarse el hecho de que utiliza la expresión de "tener relaciones sexuales u otras prácticas análogas", lo que causa mucha inseguridad porque no se sabe si por relaciones sexuales se refiere al coito o si caben otras relaciones sexuales previas o anteriores al mismo o de otra naturaleza que, en todo caso, tendrían cabida en las "otras prácticas análogas" a las que se refiere el precepto.

De todas las figuras delictivas que castiga el Código penal incluidas dentro de la Sección cuarta, han de resaltarse a los fines de este trabajo las relaciones existentes entre los delitos de "abuso sexual" del art. 170 y de "violación" del art. 171 que cuando se consideran tipos básico y agravado se complementan de mejor manera que cuando se examinan de forma separada.

Así, comete delito de abuso sexual quien lleva a cabo un acto (ya sea ejecutado sobre la víctima directamente, u obligándola a que lo ejecute ella sobre sí misma o sobre un tercero) que tenga naturaleza sexual y que sea distinto a la penetración o acceso carnal "en contra de la voluntad de otro". No se requiere, por tanto, ningún concreto medio comisivo, como pudiera ser el empleo de violencia o intimidación: la aplicabilidad de la figura delictiva depende del acto sexual practicado

<sup>37</sup> Ecuador, *Ley Orgánica Integral Para Prevenir Y Erradicar La Violencia Contra Las Mujeres*, Registro Oficial 175, Suplemento, 05 de febrero de 2018, art. 10 numeral c.

<sup>38</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 175 numeral 5.

<sup>39</sup> Ecuador, *Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 107, 24 de diciembre de 2019, art. 33. Todo apunta a que el concepto de violencia contra la mujer es un elemento normativo singular que viene definido en el art. 41 de la Ley para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres Ley 0 Registro Oficial Suplemento 175 de 05-feb.-2018 1. Violencia de género contra las mujeres como "cualquier acción o conducta basada en su género que cause o no muerte, daño y/o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial, gineco-obstétrico a las mujeres, tanto en el ámbito público como privado". En el interior de la misma es el art. 12 el que da lo más aproximado a un concepto de violencia "Intrafamiliar o doméstico" que comprende el contexto en el que la violencia es ejercida en el núcleo familiar. La violencia es ejecutada por parte del cónyuge, la pareja en unión de hecho, el conviviente, los ascendientes, los descendientes, las hermanas, los hermanos, los parientes por consanguinidad y afinidad y las personas con las que la víctima mantenga o haya mantenido vínculos familiares, íntimos, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o de cohabitación".

<sup>40</sup> Con independencia ya del juego de las concretas circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en la comisión de los hechos.

y de la falta de consentimiento<sup>41</sup>. A estos efectos, debe resaltarse que el art. 175 establece en su número 5 que "en los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de 18 años de edad es irrelevante"<sup>42</sup>. El límite pues para la aplicación del abuso sexual es que el acto sexual practicado no haya llegado a la penetración o acceso carnal, lo que plantea dudas en torno a cuál es la calificación jurídica de aquellos actos que no llegan a la penetración, pero que sí son una tentativa idónea para alcanzarla: ¿delito de abuso sexual consumado o tentativa de violación? Las reglas del concurso de normas deberían favorecer la subsunción por una u otra vía según se trate de la opción, siempre que permita imponer más pena.

Por su parte, el delito de violación viene tipificado en el art. 171 y consiste en el "acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo"<sup>43</sup>. La lectura del primer párrafo del precepto puede deparar algunas dudas en la medida en que al no añadirse en esta sede ningún requisito más, todo apunta a la tipicidad de todos los actos de contenido sexual consistentes en el acceso carnal. Una lectura integradora del art. 171 con el de abuso sexual del art. 170 permite corregir el dislate y entender que, en atención a la disponibilidad del bien jurídico protegido libertad o integridad sexual, que la penetración solo va a ser típica si se lleva a cabo sin el consentimiento de la víctima, esto es, si se trata de un acto sexual "en contra de la voluntad de otro", lo que evitaría el sinsentido de considerar típico el sexo consentido entre personas adultas. De esta forma, el Código ecuatoriano se sumaría al bloque de Códigos penales que ponen el acento en la falta de consentimiento como el elemento determinante de la tipicidad.

Sin embargo, el precepto no termina en ese momento, sino que a la hora de establecer qué pena le corresponde al autor señala que quien "la" comete, esto es, quien comete la violación, será castigado con pena privativa de libertad de 19 a 22 años, añadiendo un elemento que resulta imprescindible para terminar por acotar la conducta típica y es que acota en tres supuestos la falta de consentimiento: "1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse. 2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación. 3. Cuando la víctima sea menor de 14 años"<sup>44</sup>. La inclusión de estos tres números viene a significar que en el ámbito del delito de violación, la falta de consentimiento no puede mostrarse de cualquier forma, sino a través de esos concretos medios o situaciones tasadas, lo que determina que se trate de un sistema que hibrida el modelo de los Códigos penales que tasan los medios a través de los cuales atentar contra la libertad sexual (como el Código penal italiano o el portugués) y el de aquellos otros que ponen el acento en la falta de consentimiento (como en Reino Unido, Alemania, Bélgica, Suecia o España).

De manera que los actos de contenido sexual que se lleven a cabo con otro medio, por ejemplo, cuando el autor se prevalga de una concreta situación de superioridad que tenga sobre

la víctima, la conducta no va a ser típica a los efectos del art. 171 aunque se haya producido el acceso carnal, y todo lo más podrá ser considerada un abuso sexual genérico del art. 170 a pesar del acto sexual –más grave llevado a cabo–, o en su caso, un delito de acoso sexual del art. 166 que está castigado con una pena privativa de libertad de uno a tres años; en el mismo sentido, si el medio comisivo empleado es el engaño y la víctima tiene entre 14 y 18, la conducta se castiga como estupro con engaño del art. 167, con la pena de privación de libertad de 1 a 3 años.

Como puede comprobarse, la selección de medios llevada a cabo por el legislador puede crear vacíos de punición, lo que no generará más que inseguridad a las víctimas que optarán por guardar silencio e impedirán que el volumen de violencia sexual existente en Ecuador pueda ser conocido, y por ende, impidiendo que se adopten políticas eficaces para contrarrestarlos. Piénsese en los supuestos en los que el autor se prevalga de la situación de superioridad objetiva que tiene sobre su víctima, del engaño o del uso de nuevas tecnologías que favorezcan el chantaje a la víctima. Todas ellas serán conductas que permanecerán a la sombra de la protección penal.

No puede terminarse el breve examen que se está llevando a cabo del delito de violación del Código ecuatoriano sin hacer referencia a la eliminación de vestigios que hasta no hace tantos años determinaban las características de la víctima (su honestidad) y su sexo. Los esfuerzos llevados a cabo no pueden ignorarse y, sin embargo, todavía no han podido ser del todo neutralizados: en particular esto sucede con el tratamiento de la "resistencia" de la víctima. Así, el numeral 1 del art. 171 cuando describe la modalidad de violación en la que el autor abusa de las circunstancias en las que se encuentra la víctima afirma "cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse"<sup>45</sup>. La resistencia de la víctima es un requisito que, como se ha visto anteriormente, ha sido exigido legal o jurisprudencialmente para probar la honestidad y el pudor de las víctimas<sup>46</sup>. Su prueba ha abierto las puertas a múltiples procesos de revictimización, que han puesto el acento no ya en el acto principal, sino en el comportamiento de la víctima desviando la atención procesal a cuestiones secundarias. Hoy la jurisprudencia española admite la existencia de la violencia o intimidación, aunque la víctima decida no seguir oponiéndose activamente al comportamiento sexual del autor para no poner en peligro su vida. Eso no significa que la víctima consienta el acto sexual, pues lo cierto es que puede estar oponiéndose «pasivamente». Entre otros muchos, puede verse el caso reflejado en la STS 228/2007, de 14 de marzo, en la que previa la realización de violencia, la víctima "pese a la reiteración de su negativa, se colocó sobre su cuerpo y, mientras la citada Natalia permanecía paralizada por el miedo, la penetró vaginalmente"<sup>47</sup>. En esta línea, debe recordarse que ya el Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer de la Comisión para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha venido a afirmar que "no debería suponerse en la ley ni en la práctica que una mujer da su consentimiento porque no se ha resistido físicamente a la conducta sexual no deseada, independientemente de si el autor del delito utilizó o amenazó con utilizar la violencia física"<sup>48</sup>.

<sup>41</sup> Se agrava la pena "cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal". También se agrava la pena si la víctima es menor de seis años.

<sup>42</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 175 numeral 5.

<sup>43</sup> Ecuador, *Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 107, 24 de diciembre de 2019, art. 33. Todo apunta a que el concepto de violencia contra la mujer es un elemento normativo singular que viene definido en el art. 41 de la Ley para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres Ley o Registro Oficial Suplemento 175 de 05-feb.-2018 1. Violencia de género contra las mujeres como "cualquier acción o conducta basada en su género que cause o no muerte, daño y/o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial, gineco-obstétrico a las mujeres, tanto en el ámbito público como privado". En el interior de la misma es el art. 12 el que da lo más aproximado a un concepto de violencia "Intrafamiliar o doméstico" que comprende el contexto en el que la violencia es ejercida en el núcleo familiar. La violencia es ejecutada por parte del cónyuge, la pareja en unión de hecho, el conviviente, los ascendientes, los descendientes, las hermanas, los hermanos, los parientes por consanguinidad y afinidad y las personas con las que la víctima mantenga o haya mantenido vínculos familiares, íntimos, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o de cohabitación".

<sup>44</sup> Con independencia ya del juego de las concretas circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en la comisión de los hechos.

<sup>45</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 171 numeral 1. Como ha afirmado la Sentencia 17-21 CN de la Corte Constitucional de 17-21-CN/123 "la disposición normativa consultada protegerá de manera óptima el derecho constitucional a la integridad personal de las personas con discapacidad, siempre que: (i) se entienda que la imposibilidad de resistencia no se limite al aspecto físico, sino de cualquier otra índole que exprese oposición; (ii) se comprenda que existen casos en los que, debido a la condición de discapacidad de la víctima, no hay posibilidad de oposición o de que esta se exteriorice, lo cual no implica que por ello exista consentimiento; y, (iii) se valore caso a caso la posibilidad de la víctima a resistirse, en atención especialmente a su tipo y grado de discapacidad y las circunstancias que rodean el entorno en el que se desenvuelve".

<sup>46</sup> En esta línea es digna de resaltar la STS 23 de mayo de 1979 (sin numerar), que exige a la víctima "la resistencia seria, porfiada y denodada de la mujer, la cual, finalmente, doblegada y vencida, sucumbe y no puede impedir un coito indeseado y al cual se opuso, tenaz pero estérilmente, gracias a su inferior fortaleza física, a su desamparo y a la soledad en que ordinariamente se perpetran estos hechos".

<sup>47</sup> España Tribunal Supremo, *Sentencia 228/2007*, Boletín Oficial del Estado, 14 de marzo de 2007.

<sup>48</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Comunicación 018/2008*, 16 de julio de 2010, CEDAW/C/46/D/18/2008, <https://juris.ohchr.org/casedetails/1700/en-US>. Véase además los razonamientos que realiza al respecto la Sentencia N. 17-21 CE/23 (Caso 17-21-CN) del Plano de la Corte Constitucional del Ecuador.

No se duda de que la referencia a la "resistencia" se hace puntualmente para referir la tipicidad de la violación con víctima que "por enfermedad o por discapacidad" no pueda resistirse y, sin embargo, esta mención en esta sede contamina toda la regulación del delito de violación. Se impone en este punto un replanteamiento que solo al legislador ecuatoriano le compete.

## Conclusiones

Los vínculos históricos entre España e Iberoamérica determinan que no solo en el pasado, sino también en el presente, exista una incidencia de los cambios que se llevan a cabo en España en las modificaciones que van experimentando las normas –penales, en lo que aquí interesa– de países como Argentina, Honduras, Perú o Ecuador<sup>49</sup>. Por ello, se espera que el debate abierto durante los últimos años en España en torno a la configuración de los delitos sexuales a partir del consentimiento de la víctima despierte una curiosidad legislativa sobre los pros y los contras que encierran la regulación de estos delitos en el Código penal del Ecuador. Eso sí, atajando las cuestiones que han suscitado las dudas por parte de la jurisprudencia en cuanto a la determinación de la pena.

En cualquier caso, en la tarea de la identificación de los actores del proceso de la violencia sexual de género cobra un papel imprescindible la sociedad en su conjunto, que no puede quedar limitada a ser el mero tablero de ajedrez en el que otros luchan contra la violencia sexual de género, en la medida en que se trata de una modalidad de violencia que no solo es soportada por la sociedad, sino que es ella misma la que la genera. De ahí su responsabilidad y la obligación que tiene de interactuar removiendo los obstáculos que dificultan la igualdad, de entre los cuales resurge como el más importante el de la violencia sexual de género: hasta que llegue el momento de que hombres y mujeres puedan pasear por las calles sin miedo diferenciados, hasta que llegue el momento en el que los hombres dejen de someter a actos de violencia a las mujeres por el hecho de ser mujeres porque así lo han aprendido desde siempre, hasta que dejemos de juzgar a las mujeres que en el ámbito de la sexualidad aspiren a disfrutar de la misma libertad de la que disfrutaban los hombres, hasta entonces, tendremos que seguir trabajando por eliminar una violencia tan simbólica que basta con eliminar esos estereotipos para acabar con ella.

De todos estos estereotipos, el primero tiene que ver con el hecho de que cuando se analiza el fenómeno de la violencia sexual de género, inmediatamente se asocia a la falsa idea de que es un problema que tienen las mujeres, afirmación que solo es cierta en parte. En parte porque en sus justos términos, la violencia sexual de género constituye un problema que tienen los hombres y que soportan las mujeres. De esta forma, ellos se convierten en los protagonistas del fenómeno criminal y, por ende, deben formar parte de su resolución, renunciando a los poderes del género masculino en virtud de los cuales han mantenido a las mujeres en una posición de subordinación y de discriminación al antojo de los gustos patriarcales. Esto es tanto como afirmar que también los hombres deben venir a desempeñar un papel fundamental en la prevención general de una violencia que generan ellos mismos. De ahí que deban ser bienvenidas las referencias contenidas en el art. 1 de la Ley para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres –Ley o Registro Oficial Suplemento 175 de 05-feb.-2018– y a las nuevas masculinidades y a la "coeducación" en el art. 7 de la LO 10/2022.

<sup>49</sup> Y viceversa: es lo que ocurre con la regulación del delito de femicidio/feminicidio que ha nacido en los países latinoamericanos y desde allí empieza a llegar a España la necesidad de incorporar ese nomen iuris para referirse a la causación de la muerte de una mujer por el hecho de serlo. Así, con independencia de que en España no exista el delito de "femicidio/feminicidio", a efectos estadísticos el Ministerio de Igualdad ya denomina "feminicidio" a estas muertes (Para más información acceder al siguiente enlace: <https://www.igualdad.gob.es/comunicacion/notasprensa/igualdad-presenta-primera-vez-datos-feminicidios/>) por primera vez la LO 10/2022 ha incorporado al bagaje jurídico español.

## Bibliografía

Acale Sánchez, María. *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas*. Madrid: Reus, 2016.

———. "Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa". En *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*. Pamplona: Aranzadi, 2022.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *Comunicación 018/2008*. 16 de julio de 2010. CEDAW/C/46/D/18/2008. <https://juris.ohchr.org/casedetails/1700/en-US>.

Consejo de Europa. *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*. 11 de mayo de 2011. <https://rm.coe.int/1680462543>.

Boix Reig, Javier. *El delito de estupro fraudulento*. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1979.

Díez Ripollés, José Luis. *El Derecho Penal ante el sexo*. Barcelona: Bosch, 1981.

———. *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*. Barcelona: Bosch, 1985.

Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

Ecuador. *Ley Orgánica Integral Para Prevenir Y Erradicar La Violencia Contra Las Mujeres*. Registro Oficial 175, Suplemento, 05 de febrero de 2018.

Ecuador *Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 107, 24 de diciembre de 2019.

España. *Ley Orgánica 10/2022*. Gaceta Oficial 215, 7 de septiembre de 2022. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>.

España Tribunal Supremo. *Sentencia 228/2007*. Boletín Oficial del Estado, 14 de marzo de 2007.

Muñoz García, María José. *El proceso histórico de la codificación penal española*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1994.

Organización de Estados Americanos. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer "Convencion De Belem Do Para"*. 9 de junio de 1994.

Ramos Vázquez, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

LAS AGRESIONES SEXUALES  
EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL  
DESPUÉS DE LA

# LEY DEL "SOLO SÍ ES SÍ"

Y SU POSTERIOR REVISIÓN

*María Marta González Tascón<sup>1</sup>*

**Sumario:** I. Introducción. II. Contextualización de la vigente regulación penal de las agresiones sexuales. III. Tipificación penal de la agresión sexual: 1. Consideraciones generales sobre el bien jurídico protegido y la ausencia de consentimiento. 2. Otros elementos básicos de la conducta típica. 3. Circunstancias agravantes específicas. 4. Agresiones sexuales atenuadas. IV. Un apunte sobre las consecuencias jurídicas del delito de agresión sexual.

---

<sup>1</sup> Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Oviedo, España. Correo electrónico: gonzalezmarta@uniovi.es

## I. Introducción

El Derecho penal sexual español ha experimentado importantes reformas desde la aprobación del Código Penal de 1995 (Ley orgánica 10/1995, de 23 de diciembre)<sup>2</sup>, que había supuesto de por sí un importante avance en la pretensión de adecuar las conductas de naturaleza sexual con relevancia penal al bien jurídico merecedor de la protección penal, la libertad sexual, y, en consecuencia, de desterrar de la ley aquellas infracciones penales que aún respondían más a determinadas concepciones morales que a la puesta en peligro o lesión del citado objeto de tutela<sup>3</sup>, como era el caso del delito de rapto, el delito de corrupción de menores o de algunas conductas relacionadas con la prostitución<sup>4</sup>. El inicio de este camino, que, a la luz de la historia de la codificación penal de España, se podría calificar incluso de revolucionario, se remonta al advenimiento de la Constitución española de 1978<sup>5</sup>, que, en su apuesta por una sociedad plural construida sobre los valores de la igualdad y de la libertad y el respeto de los derechos humanos, dará cobertura a una concepción positiva de la sexualidad humana como parte integrante del libre desarrollo de la personalidad. No será, sin embargo, hasta la aprobación de la Ley orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (Texto refundido del Código Penal de 1973), cuando con absoluta nitidez se pueda apreciar el cambio de paradigma en la configuración legal de los delitos sexuales; proyectándose efectivamente su diseño con la mirada puesta en la protección de un bien jurídico individual de naturaleza personal, como es la libertad sexual, en lugar de en un interés colectivo, como era la honestidad o moral sexual colectiva, conformada en aquel entonces con arreglo a valores tradicionales de corte católico que legitimaban la desigualdad de los sexos y limitaban el desarrollo de la sexualidad humana, especialmente por parte de las mujeres.

<sup>2</sup> Puede consultarse el Código Penal español en sus diferentes redacciones a través de la página web del Boletín Oficial del Estado ([www.boe.es](http://www.boe.es)).

<sup>3</sup> En este sentido, por ejemplo, Manuel Cancio Meliá, "Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual", *Diario La Ley*, D-336 (1996): 1627; o José Luis Díez Ripollés, "Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 216-218.

<sup>4</sup> El delito de corrupción de menores reaparecerá en 1999, reconfigurándose en 2015, y en 2003 y 2015 se volverá sobre la criminalización del proxenetismo.

<sup>5</sup> La libertad sexual comenzó a reivindicarse como objeto de la protección penal en la década de los sesenta -los setenta en España-. Véase José Luis Díez Ripollés, *El Derecho Penal ante el sexo. (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual)* (Barcelona: Bosch, 1981).

Se pueden consultar de forma sucinta la evolución legislativa del Derecho penal sexual español, por ejemplo, en José Luis Díez Ripollés, "Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", 211-219, desde 1848 hasta 2003; o en Antonia Monge Fernández, "Las manadas" y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), 39-48, desde 1995 hasta antes de la aprobación de la LOGILS.



Y así se advierte rápidamente a través, por ejemplo, de la nueva rúbrica del correspondiente título del Código penal, "De los delitos contra la libertad sexual", que deja atrás el enunciado originario de 1848 "De los delitos contra la honestidad"; del empleo de una nueva denominación, delito de agresión sexual, para designar las conductas subsumibles anteriormente en el delito de abusos deshonestos<sup>6</sup>; o de la reconfiguración del delito de violación, que a partir de ese momento dejará de circunscribirse al yacimiento con mujer, entendido este como la realización del coito vaginal heterosexual (coito propio), para abarcar otro tipo de actos sexuales ("acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal"), posibilitando además de esta manera que el hombre fuese reconocido como sujeto pasivo de ese delito<sup>7</sup>. La igualdad entre hombres y mujeres estaría también muy presente en la regulación de estas infracciones penales en 1995<sup>8</sup>, adquiriendo protagonismo en la propia Exposición de motivos de la Ley orgánica 10/1995<sup>9</sup>.

Particularmente interesante debido al objeto de estas líneas, centradas en el actual tratamiento penal de las agresiones

<sup>6</sup> El delito de abusos deshonestos era un tipo penal, indiferenciado en cuanto a los sujetos, que comportaba la realización de un acto sexual distinto al coito propio mediante alguna de las circunstancias constitutivas del delito de violación.

<sup>7</sup> Desde el Código penal de 1848, el delito de violación se caracterizaba asimismo por el tipo de medios empleados por el sujeto activo (fuerza o intimidación) o por determinadas condiciones de la víctima (víctima privada de sentido o menor de doce años).

<sup>8</sup> España, *Constitución Española*, Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>, art. 1 numeral 1 y art. 14.

<sup>9</sup> Afirma el Legislador en la Exposición de motivos de esta ley: "(...) se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Ciertamente que no es el Código Penal el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias. Además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto". España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

sexuales, resulta recordar al menos que fue en 1995 cuando se introdujo un nuevo modelo de incriminación de las conductas que implicaban la realización de actos sexuales no consentidos, sin explotación<sup>10</sup>. Partiendo de la lógica de que el ejercicio del derecho de la libertad sexual requiere del consentimiento libre de su titular y que, por consiguiente, se vería vulnerado cuando este no concurre, aquel presentaría como característica singular la focalización de la atención en la intensidad del ataque a la libertad sexual. Esto determinó la creación de dos figuras delictivas parcialmente diferentes en sus elementos configuradores, el delito de agresión sexual<sup>11</sup> y el delito de abuso sexual<sup>12</sup>; empleándose como criterio de distinción entre ellas la utilización (agresión sexual) o no (abuso sexual) de violencia o intimidación para cometer el atentado contra la libertad sexual<sup>13</sup>.

La redacción de los nuevos tipos penales, que tenían en común la existencia de una conducta de naturaleza objetivamente sexual y la ausencia del consentimiento jurídicamente válido de la persona, favorecería asimismo la ampliación de las conductas punibles, dado que, al describirse la conducta típica como un atentado contra la libertad sexual<sup>14</sup>, resultaba claramente factible subsumir en ellos acciones que no necesariamente implicarían el contacto físico entre el sujeto activo y la víctima (tal sería el caso de aquellas consistentes en hacer que la víctima realice actos sexuales con terceros o consigo misma). Se contribuía, además, al destierro, por igual motivo, de la exigencia de la presencia en la acción delictiva de un elemento subjetivo del injusto que se venía concretando en el ánimo lúbrico, lascivo o libidinoso del ofensor y se potenciaba el avance de una línea de interpretación jurisprudencial que incidía en que el elemento del delito de agresión sexual era la violencia y no una posible resistencia por parte de la víctima; aspecto este especialmente remarcable por lo que luego se dirá. Se introdujeron en la ley penal también algunos tipos cualificados, especialmente profusos en el caso del delito de agresión sexual<sup>15</sup>, entre los que cabría resaltar, por su mayor intromisión en la intimidad, aquellos que consistían en "acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal"<sup>16</sup>; manteniéndose, en consecuencia, la mayor relevancia de los actos sexuales centrados en la genitalidad. Se renunció en este momento, sin embargo, a seguir utilizando el *nomen iuris* violación para designar a las conductas sexualmente más invasoras de la intimidad al considerarse que tal denominación denotaba la vinculación histórica de la sexualidad con la honestidad y la reproducción humana, algo con lo que se quería romper<sup>17</sup>. No tardará mucho, no obstante, ese vocablo, con gran protagonismo en la actualidad<sup>18</sup>, en regresar al Código Penal debido a su impronta entre la ciudadanía, designándose

<sup>10</sup> Obsérvese que el tratamiento jurídico de la explotación de las personas en la realización de actividades sexuales, muy en particular en el contexto de la prostitución, sigue sin afrontarse desde una comprensión global de lo que realmente significa este hecho para la libertad sexual de la persona explotada, principalmente la mujer, al provocar el padecimiento reiterado de agresiones sexuales que rara vez son apreciadas en los tribunales.

<sup>11</sup> España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, arts. 178-180.

<sup>12</sup> España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, arts. 181-183.

<sup>13</sup> En la anterior regulación se distinguía entre el delito de violación, el delito de agresión sexual, el delito de estupro y el delito de rapto.

<sup>14</sup> La doctrina española ha sido crítica en general sobre la redacción de los tipos penales por referencia al ataque al bien jurídico protegido debido a la inseguridad jurídica que esta técnica crea al hacer obligado el recurso a la interpretación para delimitar correctamente el ámbito de aplicación de la norma.

<sup>15</sup> Confróntese con los artículos 180 y 182 del Código Penal español.

<sup>16</sup> Para mejor referencia revisar los arts. 179 y 182 del Código Penal español. Nótese que, en el delito de agresión sexual, las circunstancias agravantes específicas del artículo 180 también se proyectaban sobre el tipo agravado del artículo 179. En cambio, en el delito de abuso sexual, solo se contemplaban agravantes específicas para el tipo agravado por la clase de acto sexual, sin perjuicio de la existencia de distintas modalidades de abuso sexual (art. 181.1, 2 y 3 y 183).

<sup>17</sup> Véase Adela Asúa Batarrita, "Las agresiones sexuales en el nuevo Código penal: imágenes culturales y discurso político", en *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género* (Vitoria: Universidad del País Vasco, 1998), 86-88.

<sup>18</sup> Obsérvese que recientemente en la Unión Europea se está tramitando una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica -COM(2022) 105 final-, en la que, con motivo de obligar a los Estados a criminalizar ciertas formas de violencia sexual contra la mujer y los niños, se da un sentido concreto al término violación. Dice su artículo 5, violación: "1. Los Estados miembros se asegurarán de que se castiguen como infracción penal las siguientes conductas intencionadas: a) realizar con una mujer cualquier acto no consentido de penetración por vía vaginal, anal u oral

con él, tras su reforma por la Ley orgánica 11/1999, a la modalidad de agresión sexual consistente "en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal"<sup>19</sup>, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías"<sup>20</sup>, en la que se incluirá con la Ley orgánica 15/2003 la introducción de miembros corporales por esas dos primeras vías; poniendo con ello fin a la discusión sobre si los miembros corporales podían ser considerados objetos.

Aunque en términos generales la regulación de los delitos contra la libertad sexual de 1995 fue valorada positivamente por la doctrina, pronto el Legislador, como ya se habrá notado, comenzaría a ejecutar nuevas reformas en ese ámbito que responderían a diversas razones: la existencia de lagunas normativas, la observancia de algún déficit punitivo, la resolución de problemas técnicos, el cumplimiento de obligaciones internacionales relativas a la protección de los menores en la esfera sexual<sup>21</sup>, la necesidad de garantizar un uso seguro de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), cuya popularización había facilitado el ataque a la libertad sexual y la cosificación sexual de las personas menores e incluso planteado nuevas formas delictivas, o, simplemente, la alarma social. El cúmulo de leyes penales reformadoras que fueron aprobándose desde entonces hasta el presente<sup>22</sup>, gran parte de ellas preocupadas en reforzar la protección de las personas menores de edad en la esfera sexual<sup>23</sup>, extendería, en general, la red del control penal con nuevas criminalización<sup>24</sup> y la intensificación de las consecuencias jurídicas de los delitos sexuales, con evidentes muestras de una revalorización de una determinada moral sexual<sup>25</sup>. Todo ello sin la ejecución a nivel oficial de ningún estudio sobre la realidad empírica y judicial del fenómeno sobre el que se legisla y sin la evaluación de las leyes ya existentes<sup>26</sup>; dejándose llevar el legislador por una corriente de opinión pública que considera

de carácter sexual, con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b) hacer que una mujer realice con otra persona cualquier acto no consentido de penetración por vía vaginal, anal u oral de carácter sexual, con cualquier parte del cuerpo o con un objeto".

<sup>19</sup> Adviértase que se recupera la expresión acceso carnal para abrazar a las tres formas de coito. España, *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Boletín Oficial del Estado, 1 de mayo de 1999, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-9744>.

<sup>20</sup> España, *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, art. 179.

<sup>21</sup> España ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, complementaria de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Además, en el marco del Consejo de Europa ha ratificado el Convenio sobre ciberdelincuencia, el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos y el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. Su condición de Estado miembro de la Unión Europea, organización gubernamental con competencia para legislar sobre determinados fenómenos delictivos, entre ellos el abuso y la explotación sexual de menores y la trata de seres humanos, le obliga a cumplir con el derecho derivado de la Unión Europea, entre cuyas manifestaciones se encuentran las directivas del Parlamento y del Consejo 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores, y la pornografía infantil, y 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

<sup>22</sup> Para mejor referencia: leyes orgánicas 11/1999, de 30 de abril, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio, 1/2015, de 30 de marzo, 8/2021, de 4 de junio, 10/2022, de 6 de septiembre, 4/2023, de 27 de abril.

<sup>23</sup> María Luisa Cuerda Arnau, "Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19-09 (2017): 1-45.

<sup>24</sup> Especialmente se ha notado el aumento de las conductas delictivas en el marco de los denominados por el legislador delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores. Por lo que se refiere más específicamente a la victimización sexual de los menores, destaca la preocupación por el uso con fines sexuales de las TIC, que se observa también en la tipificación de conductas ligadas al fenómeno del online *child grooming* a partir de 2010 y en el castigo de la distribución o difusión pública de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar la comisión de algunos delitos sexuales en 2021. Incluso con la LOGILS ha devenido delictiva, si bien se ha concebido como un atentado a la integridad moral, la conducta consistente en "dirigirse a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad", a la que en su Preámbulo se alude como acoso sexual callejero.

<sup>25</sup> De ahí que José Luis Díez Ripollés, "Alegato contra un Derecho penal sexual identitario", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 21-10 (2019): 7, califique la evolución de nuestro Derecho penal sexual de una contrarreforma continuada. Igualmente, Antonia Monge Fernández, "Las manadas" y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, 38.

<sup>26</sup> A raíz del caso de "la manada", el Ministerio del Interior comenzó a publicar anualmente un informe sobre los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. El primero de ellos está referido al año 2017. Se pueden consultar vía: <https://estadisticasdecriminalidad>.

al delincuente sexual un auténtico monstruo, especialmente cuando el objeto de su atracción o de su acción son las personas menores de edad, y por la presión de una línea de pensamiento dentro del movimiento feminista que, invocando la protección de la mujer, no se habría resistido a no demandar la inclusión del Derecho penal entre los instrumentos destinados a hacer pedagogía sobre cómo ha de desarrollarse la sexualidad compartida entre hombres y mujeres, a la par que niega a la mujer la libertad de decidir el ejercicio de la prostitución<sup>27</sup>.

Entre los cambios operados por las mencionadas leyes, y con nuestra mirada siempre puesta en las conductas que integran en la actualidad la agresión sexual, habría que traer a colación aquí también la decisión de dar autonomía a la criminalización de los abusos y las agresiones sexuales a menores que no han alcanzado la edad legal de consentimiento sexual a través de la introducción de un capítulo II bis "De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años" en el Título VIII –título que con la Ley orgánica 11/1999 había pasado ya a enunciarse "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales" –<sup>28</sup>. En esta reforma parecía que se quería expresar con mayor claridad la prohibición de realizar actos sexuales con menores de 13 años<sup>29</sup>, fijándose en los 13 años la edad legal de consentimiento sexual. Esta edad se volvería a elevar, de forma muy cuestionable por la Ley orgánica 1/2015<sup>30</sup>, situándose en los 16 años, lo que motivó, además del cambio del enunciado legal, que se introdujera una válvula de escape, a modo de causa de exención de responsabilidad penal específica, pensada para el autor que, en atención a su edad y grado de desarrollo o madurez, era una persona próxima al menor que consentía libremente<sup>31</sup>. Esta cláusula, que ya va por su tercera redacción<sup>32</sup>, ha suscitado críticas de distinto calado por parte de la doctrina<sup>33</sup>, entre ellas, las relativas a la inseguridad jurídica y a la desigualdad de trato

ses.mires/publico/portalestadistico/publicaciones.html

En la macroencuesta de violencia contra la mujer se incorpora alguna pregunta sobre la violencia sexual fuera de la pareja a partir de 2015. Se puede acceder a esta fuente de información a través de: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/>.

<sup>27</sup> Nótese que la reforma de los delitos relativos a la prostitución en orden a extender la criminalización del proxenetismo estaba entre los objetivos de los impulsores de LOGILS, pero finalmente se tuvo que dar marcha atrás. María Luisa Maqueda Abreu, "Como construir «víctimas ficticias» en nombre de las libertades sexuales de las mujeres", *Viento Sur*, 7 de diciembre de 2020, 1-6, <https://vientosur.info/como-construir-victimas-ficticias-en-nombre-de-las-libertades-sexuales-de-las-mujeres/>.

<sup>28</sup> España, *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995*, de 23 de noviembre, arts. 183 y 183 bis. El cambio de rúbrica favorecería que la mayoría de la doctrina identificase un doble objeto de protección penal en los delitos sexuales, la libertad sexual y la indemnidad sexual. Una síntesis del debate doctrinal en Myriam Cabrera Martín, *La victimización sexual de los menores en el Código penal español y en la política criminal internacional* (Madrid: Dykinson, 2019), 37-74. La LOGILS ha reabierto el debate.

<sup>29</sup> El tenor de las precedentes regulaciones provocó que tanto en los tribunales, compárese por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo nº. 411/2006, de 18 de abril (FJ. 3º) y nº. 476/2006, de 2 de mayo (FJ 4º)- como en la doctrina se discutiese sobre si una determinada minoría de edad de la víctima operaba como una presunción *iuris et de iure* o *iuris tantum* de falta de consentimiento sexual jurídicamente válido. Véase, por ejemplo, José Muñoz Clares, "Estudio jurisprudencial sobre la presunción de inconsciente a efectos sexuales por menores de 13 años de edad", *Revista General de Derecho Penal*, nº 12 (2009): 4-7. El cambio legislativo, no obstante, no acabaría con la discusión, cuya continuación se vería facilitada por la redacción de la conducta típica por referencia al atentado contra la indemnidad sexual.

<sup>30</sup> Una visión global del tratamiento de la edad en los delitos sexuales en Norberto de la Mata Barranco, "Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* n.º 21-22 (2019): 1-70. Entre los motivos que se esgrimen para cuestionar la edad de 16 años se encuentra la propia realidad del desarrollo sexual de las personas. Nos hemos hecho eco de algunos estudios al respecto en María Marta González Tascón, "El consentimiento de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual a la realización de actos sexuales con terceros", en *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual. Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022), 116-120.

<sup>31</sup> España, *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Boletín Oficial del Estado, 31 de marzo de 2015, art. 183 quater, <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>.

<sup>32</sup> España, *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 183 bis.

<sup>33</sup> José Antonio Ramos Vázquez, "La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial", *Estudios Penales y Criminológicos XLI*, (2021): 307-360. Aborda el problema concreto de la incongruencia resultante de acotar la cláusula solo a los delitos del capítulo específico dedicado a los menores de 16 años Carmen López Peregrin, "Efectos indirectos de la cláusula del art. 183 quater en los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y elaboración de pornografía infantil", en *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista* (Madrid: BOE, 2021), 1469-1488.

que genera<sup>34</sup>.

Procedería llamar la atención asimismo sobre el hecho de que la Ley orgánica 5/2010 introdujo una nueva disposición en el delito de abuso sexual con víctimas de 16 años, en virtud de la cual se consideraba abuso sexual los atentados contra la libertad sexual o la indemnidad sexual que se cometían anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia, natural o química, idónea a tal efecto<sup>35</sup>. Este pronunciamiento expreso cerraría la puerta a la posibilidad de considerar el uso de esos medios como una de las formas de violencia características de la agresión sexual –una línea de interpretación seguida hasta entonces por algunos tribunales españoles<sup>36</sup>– resultando, en consecuencia, muy criticada la reforma en ese concreto punto al estimarse que en este tipo de casos está presente un mayor desvalor de la acción equiparable al causado por el uso medial de la violencia o de la intimidación.

Pero sobre todo se debe tener presente las repercusiones que en la regulación legal de las agresiones sexuales ha tenido la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, popularmente conocida como la Ley del "solo sí es sí", (en adelante LOGILS)<sup>37</sup>, responsable, por lo que aquí interesa, de la creación del vigente delito de agresión sexual. Sobre la regulación legal de las agresiones sexuales se volverá, no obstante, a los pocos meses de la entrada en vigor de sus disposiciones penales, ejecutándose nuevas reformas a través de la Ley orgánica 4/2023, de 27 de abril para la modificación de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de enjuiciamiento criminal y la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

A lo largo de estas líneas se acercará al lector a la regulación actual del delito de agresión sexual, que, como se verá, adopta dos versiones dependiendo de si la víctima tiene o no la edad legal de consentimiento sexual; centrándonos sobre todo en los aspectos novedosos. Previamente, se recordará con brevedad el contexto en el que se gesta la LOGILS y se apuntará el detonante de la ulterior revisión de la tipificación de las agresiones sexuales. Concluiremos con una referencia general a las consecuencias jurídicas asociadas a esta clase de delito.

## II. Contextualización de la vigente regulación penal de las agresiones sexuales

La nueva configuración legal del delito de agresión sexual, y así se viene a reconocer en el Preámbulo de la LOGILS, es deudora de la lucha del movimiento feminista por la erradicación de la violencia contra la mujer por razón de género. Un asunto prioritario de la política criminal española actual, a raíz de sus esfuerzos, en el que se habrían dado a nivel normativo importantes pasos con la aprobación de la Ley orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que, si bien tiene en cuenta la violencia sexual, utiliza un concepto restringido de violencia de género, ciñendo su actuación únicamente sobre aquella que, como manifestación

<sup>34</sup> La Fiscalía General del Estado ha tratado de paliar el problema con la redacción de su Circular 1/2017, sobre la interpretación del artículo 183 quater del Código penal, de 6 de junio, dirigida a garantizar la uniformidad de criterio entre los fiscales.

<sup>35</sup> España, *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995*, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 23 de junio de 2010, art. 181 numeral 2, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>.

<sup>36</sup> María Acale Sánchez, "Tratamiento de la sumisión química en la jurisprudencia", en *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), 137-151. Recuerda el debate doctrinal sobre esta cuestión, Beatriz Escudero García-Calderón, "La sumisión química en los delitos sexuales antes y después de la ley del solo sí es sí", en *La perspectiva de género en la Ley del "solo sí es sí"*. Claves de la polémica (A Coruña: Colex, 2023), 144-155.

<sup>37</sup> Se trata de una ley muy marcada ideológicamente como han destacado, por ejemplo, José Luis Díez Ripollés, "Alegato contra un derecho penal sexual identitario", 5-8; Viviana Caruso Fontán, "¿Solo Sí es Sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual", *Diario La Ley*, nº 9594 (2020): 4; o Francisco Javier Álvarez García, "Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 25-r3 (2023): 1-28.

de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, ejerce el hombre sobre la mujer en el contexto de la pareja sentimental presente o pasada<sup>38</sup>. No debemos olvidarnos tampoco de la ratificación en 2014 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 2011. En esta norma supranacional de ámbito regional se asume el concepto consensuado y amplio de violencia contra la mujer presente en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1993<sup>39</sup>, con la novedad de su explicación directamente por referencia al género en lugar de al sexo<sup>40</sup> y de abarcar no solo la violencia física, psíquica y sexual, sino también la de naturaleza económica. A resultas, España asume la obligación jurídica de extender su radio de acción preventiva, criminalizadora, protectora y asistencial frente a la violencia contra la mujer fuera del ámbito de las parejas sentimentales, presentes o pasadas<sup>41</sup>.

Una vez más, en ese proceso, será vital la presión del movimiento feminista, que, en los últimos años, habría dirigido los ojos de la ciudadanía, en especial, hacia una de las manifestaciones de la violencia contra la mujer más silenciadas, la violencia sexual<sup>42</sup>, en la que se refleja muy bien esa idea anacrónica de la disponibilidad del cuerpo de la mujer por parte del hombre. A tal fin se servirá de un caso real, constantemente seguido y comentado en los medios de comunicación, que ha traspasado nuestras fronteras, el caso de "la manada" (2016-2019)<sup>43</sup>. Asunto del que todavía casi siete años más tarde se sigue teniendo noticias judiciales al haberse revisado, tras la entrada en vigor de la reforma penal operada por la LOGILS, la condena de uno de sus responsables penales, reduciéndose la duración de la pena de prisión impuesta en un año.

Este caso presentaba algunas particularidades que lo hacían especialmente atractivo para resaltar ante el gran público las preocupaciones del movimiento feminista sobre el particular; muy en especial la cuestión del consentimiento sexual –así, por ejemplo, en qué consiste (deseo *versus* voluntad) y en qué forma se ha de manifestarse al exterior (de manera expresa –verbal o a través de otro tipo de actos– o también de forma tácita)–, sobre la que no existe en realidad una posición única dentro del feminismo, como tampoco es objeto de un tratamiento común en el

38 Art. 1.1: "(...) se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia". España, *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 2004, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760#:~:text=Por%20esta%20ley%20se%20establecen,custodia%2C%20v%C3%ADctimas%20de%20esta%20violencia>.

39 Art. 1: "(...) por 'violencia contra la mujer' se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada". España, *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*.

40 Nótese que el término género ya se utiliza en la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará) de 1994.

41 Entre otras cosas, esto supuso que el género pasase a contemplarse entre el elenco de razones discriminatorias sobre las que se construye la circunstancia agravante ordinaria de discriminación (art. 22.4), facilitando de esta forma una sanción penal más grave de la violencia sobre la mujer por razón de género en aquellos casos en los que el elemento discriminatorio no formaba parte del tipo penal.

42 Recuérdese la trascendencia que a nivel mundial ha tenido el *hashtag #metoo*.

43 En primera instancia el caso se resolvió por sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Secc. 2ª), n.º 38/2018, de 20 de marzo, que dio pie a una pluralidad inusitada de comentarios doctrinales; véase, por ejemplo, Patricia Faraldo Cabana y María Acale Sánchez, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018). Contra la misma se interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y de lo Penal), cuya sentencia desestimatoria n.º 8/2018, de 30 de noviembre, fue recurrida ante el Tribunal Supremo, quien dictó la sentencia n.º 344/2019, de 4 de julio, poniendo fin a la vía procesal ordinaria. Esta última sentencia suscitó también mucho interés en la doctrina; véase, por ejemplo, Miguel Ángel Boldova Pasamar, "Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como 'caso de La Manada'", *Diario la Ley*, n.º 9500 (2019): 1-13; Antonia Monge Fernández, "Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio ('Solo si es sí')", en *Estudios penales en homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021), 949-972. Pastora García Álvarez, "El precio de una reforma penal fruto de la presión social", en *La perspectiva de género en la Ley del "solo si es sí". Claves de la polémica* (A Coruña: Colex, 2023), 17-55, ha seguido todo este iter procesal.

plano de las legislaciones nacionales<sup>44</sup>.

Nos encontrábamos ante el caso de una joven de 18 años involucrada en la realización de actos sexuales con cinco hombres mayores que ella, pero aún jóvenes, que no había verbalizado su negativa a mantener relaciones sexuales con ellos. Los hechos se habían producido en un contexto festivo donde había mediado el consumo de alcohol. Y en los comentarios que alguno de esos hombres había hecho sobre lo sucedido –en el chat que dio nombre al caso– donde quedaba reflejada fielmente una concepción de la mujer como mero objeto a disposición de la satisfacción sexual del hombre.

A lo largo del proceso penal irían apareciendo otros elementos que reforzarían la oposición del movimiento feminista a la distinción que hacía entonces el Código Penal español entre el delito de agresión sexual y el delito de abuso sexual como forma de acabar con la victimización secundaria de la mujer. Así, la propia calificación jurídica del hecho, el resultado de la libre valoración judicial de las pruebas, especialmente aquella realizada por el magistrado que concluyó en primera instancia que no había delito sexual, o la estrategia de la defensa consistente en querer presentar a la demandante como una persona predispuesta al sexo.

A su juicio, todo ello revelaría, en definitiva, que nuestro sistema de justicia penal seguía desconociendo la relevancia que tienen los estereotipos de género en esta clase de asuntos y, en consecuencia, ignorando las implicaciones de la perspectiva de género en el análisis de la violencia sexual. De ahí, su constante presión, a través de manifestaciones públicas y de los medios de comunicación, para que se llevase a cabo una reforma de los delitos de agresión sexual y de abuso sexual.

El sentido de esta reforma debería enfocarse a su entender hacia la aprobación de una norma penal que cortase de raíz la posibilidad de la impunidad de estos atentados a la libertad sexual. A tal efecto, se proponía en concreto la implantación de un modelo basado en el consentimiento (el nuestro ya lo era) expreso (en el nuestro cabía también el consentimiento tácito), e incluso mediante la palabra<sup>45</sup>, y el final de la distinción entre delito de agresión sexual y de abuso sexual. Esta pretensión en concreto parece que se vinculaba al estimarse que el hecho de otorgar a la violencia y a la intimidación la naturaleza de elementos del tipo de penal de la agresión sexual suponía un obstáculo para acabar con la exigencia de la resistencia de la víctima para condenar por este delito. Se obviaba, por su parte, que en realidad en la práctica judicial española ya se había corregido ese error de interpretación de la ley penal<sup>46</sup>, habiéndose dejado de exigir años atrás la resistencia razonable que en su momento había sucedido al requerimiento de la resistencia heroica o considerable<sup>47</sup>. No era, por tanto, en la actualidad, entre nosotros, la resistencia de la víctima ni un elemento del delito de agresión sexual ni un elemento imprescindible para demostrar el empleo de la violencia o intimidación. Y así lo recordará el Tribunal Supremo en su sentencia sobre el caso de "la manada":

44 Elisa Hoven y Thomas Weigend, *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives* (Baden-Baden: Nomos, 2022).

45 Agustín Malón Marco, *La doctrina del consentimiento afirmativo* (Cizur Menor: Aranzadi, 2020). No se habría dado el pasado, sin embargo, de defender la versión más extrema del consentimiento sexual que exigiría que este respondiera al deseo sexual de la persona.

46 Parece que el origen del requisito de la resistencia se encuentra en la redacción que el Código penal de 1928 dio al delito de violación, que precisaba que la fuerza o intimidación usada tenía que ser calificada de bastante para conseguir el propósito del culpable.

47 A principios de los 90, la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/1990, de 1 de octubre, sobre la aplicación de la reforma de la Ley orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, 24, les recordaba a los fiscales la doctrina del Tribunal Supremo sobre la interpretación de la fuerza en las entonces agresiones sexuales: "la tradicional posición jurisprudencial sobre la valoración de las cuestiones de la fuerza, no como «vis absoluta» que exigiera una resistencia heroica o casi heroica, sino como la suficiente para doblegar la voluntad del sujeto pasivo dadas las circunstancias del caso concreto: mayor o menor pusilanimidad de la víctima; la soledad del lugar y el convencimiento de la inutilidad de la resistencia; el temor a males mayores, etc. (S.T.S. 16-VI-1978; 16-XI-1981; 16-VI-1985; 24-X-1988), incluso es irrelevante el cesar en la resistencia inicial y el desistimiento de la misma ante su inutilidad (S.T.S. 18-II-1983; 17-III-1987)".

[...] basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. [...] la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que -sobre no conducir a resultado positivo-, podrían derivarse mayores males.<sup>48</sup>

Por otra parte, se insistía con fuerza en la necesidad de prescindir del término abuso sexual, por considerar que no era expresivo de la gravedad del delito<sup>49</sup>. Su propuesta sería la utilización solo de la etiqueta agresión sexual.

En respuesta a la presión social generada en torno al caso de "la manada", al que se irán sumando a lo largo de los años otros casos de "manadas" para mantener el interés público sobre el problema, se anunció por el entonces Ministro de Justicia del Gobierno del Partido Popular, nada más conocerse el fallo del mencionado caso en primera instancia<sup>50</sup>, el inicio de un proceso de reforma del Código Penal que, con sus altibajos, cambios de gobierno y la crisis sanitaria del COVID-19, iría transformándose en un proyecto de mayor envergadura que concluiría con la aprobación el 6 de septiembre de 2022 de la LOGILS, cuyo impulsor será el Gobierno de Coalición<sup>51</sup>.

Esta ley, tramposa en su nombre desde el momento en que su enfoque victimocéntrico solo beneficia a las mujeres y a las personas menores de edad<sup>52</sup> y que no se ocupa de la dimensión positiva de la libertad sexual, asume la explicación feminista de la violencia sexual contra la mujer. En consecuencia, sin perjuicio del reconocimiento del daño individual que causa la violencia sexual, se centra en el carácter estructural de esta violencia ligado a una cultura sexual arraigada en la dominación y en los patrones discriminatorios de la mujer, que afectan a la propia libertad y seguridad de la mujer, quien acaba además viendo limitado su movimiento en los espacios públicos y el uso de estos<sup>53</sup>.

En relación en concreto con la configuración del delito de agresión sexual, la LOGILS aboga efectivamente por la unificación del tratamiento de las conductas anteriormente reconducibles a los delitos de abuso sexual y de agresión sexual<sup>54</sup>. Esta se llevará a cabo a

<sup>48</sup> España Tribunal Supremo, *Sentencia 44/2019*, Boletín Oficial del Estado, 4 de julio de 2019.

<sup>49</sup> Esto dio pie a que algunos autores planteasen como nueva denominación la de delito de atentado sexual. Por ejemplo, Leticia Jericó Ojer, "Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal", en *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* (Barcelona: Bosch, 2019, 327); o Antonia Monge Fernández, "Las manadas" y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, 295.

<sup>50</sup> Para mejor entendimiento revisar la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Secc. 2ª, nº. 38/2018, de 20 de marzo.

<sup>51</sup> PSOE/PSC, Unidas Podemos/CatComú y PCE/IU. A lo largo de este proceso hemos conocido dos versiones de la Proposición de Ley de protección integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexual del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (julio y octubre de 2018), el Anteproyecto de Ley orgánica de modificación del Código penal para la protección de la libertad sexual de las ciudadanas y ciudadanos elaborado por la Sección Penal de la Comisión General de Codificación (finales de 2018); la Proposición de Ley orgánica de modificación de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en materia de delitos contra la libertad sexual del Grupo Parlamentario Popular (diciembre de 2018); varias versiones del Anteproyecto de Ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual del Gobierno de Coalición -PSOE/PSC, Unidas Podemos/CatComú y PCE/IU- (marzo y octubre de 2020) y su Proyecto de Ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual (julio de 2021).

<sup>52</sup> España, *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*, Boletín Oficial del Estado, 7 de octubre de 2022, art. 3 numeral 2, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630#:~:text=La%20presente%20ley%20org%C3%A1nica%20pretende,consentida%20y%20la%20extorsi%C3%B3n%20sexual>

<sup>53</sup> Véase el Preámbulo de la LOGILS.

<sup>54</sup> Nótese que antes de la reforma existía un tipo penal de abuso sexual por engaño pensando específicamente para proteger a

partir de la descripción de la modalidad básica de la agresión sexual desnuda de cualquier medio comisivo para centrar la atención en la ausencia del consentimiento; dándose la circunstancia añadida, que posteriormente se corregirá por la Ley orgánica 4/2023, de que el uso medial de la violencia y de la intimidación, sin ulterior cualificación, no solo pasa a ser ignorado como posible elemento esencial del atentado sexual, sino también como criterio de delimitación de su gravedad en el caso concreto del delito de agresión sexual a víctimas de 16 años en adelante. En el delito de agresión sexual a menores de 16 años, sin embargo, sí se estima desde el primer momento la existencia de una serie de circunstancias relativas al modus operandi que aportarían mayor gravedad al hecho; dando origen a un primer tipo cualificado<sup>55</sup>, donde se reúnen, equiparándose, todas las hipótesis de agresión sexual mencionadas en el artículo 178.2 (las que se realizan con violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, o sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusara o cuando, por cualquier causa, la persona tuviera anulada su voluntad). Reciben, por tanto, también en el delito de agresión sexual menores de 16 años un tratamiento único la mayor parte de las circunstancias que anteriormente formaban parte bien de la configuración del delito de agresión sexual bien del delito de abuso sexual, diluyéndose, en consecuencia, la relevancia destacada de la que gozaba la utilización de la violencia y de la intimidación. Esta dualidad del tratamiento de la agresión sexual resulta, a nuestro juicio, difícil de explicar desde una perspectiva técnica, más allá del afán de garantizar un mayor castigo de la agresión sexual a menores de 16 años; objetivo que podría haberse alcanzado de otra forma menos disruptiva.

En este orden de cosas, el Código Penal español se sube a la cresta de la ola actualmente en boga de las regulaciones penales centradas en la falta de consentimiento, con independencia de la intensidad del ataque a la libertad. Una decisión que habría recibido más críticas que alabanzas por parte de la doctrina penal española<sup>56</sup>, aunque no será el cuestionamiento doctrinal lo que lleve a su revisión. Surge así un nuevo delito de agresión sexual despojado, insistimos, de cualquier característica que pudiera restar la atención sobre la ausencia de consentimiento en sentido jurídico, sobre el que se proyectan un amplio elenco de circunstancias agravantes específicas, que irán modulando el ámbito de aplicación de la modalidad básica.

La reforma acaecida no comporta, en consecuencia, una simple renuncia al uso de una expresión, "abuso sexual", que había caído en desgracia a nivel social a medida en que la ciudadanía alzaba la voz contra la primera decisión judicial del caso de la "manada" –"no es abuso, es violación" –, realizada con un mero fin simbólico, sino un auténtico cambio

las personas de 16 y 17 años (derogado artículo 182).

<sup>55</sup> España, *Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Boletín Oficial del Estado, 28 de abril de 2023, art. 181 numeral 2, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-10213#:~:text=%C2%AB1,seis%20meses%20a%20dos%20a%C3%B1os>.

<sup>56</sup> A favor, por ejemplo, María Acale Sánchez, "Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma", *IgualdadEs*, n.º 5 (2021): 467-485; Patricia Faraldo Cabana, "Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género", en *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* (Barcelona, Bosch, 2019), 273-275. En contra, por ejemplo, Alicia Gil Gil y José Núñez Fernández, "A propósito de 'La Manada': análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 77 (2018): 4-15; Juan Antonio Lascarain Sánchez, "Las huellas de la manada", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 77 (2018): 19-21; José Luis Díez Ripollés, "Alegato contra un derecho penal sexual identitario", 11; Francisco Muñoz Conde, "La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso «La Manada»", *Revista Penal*, n.º 43 (2019): 955; o Viviana Caruso Fontán, "Reflexiones en torno a la conveniencia de categorizar a los delitos sexuales como agresiones y abusos", en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021).

de dirección en la conformación del contenido de injusto propio de esta clase de delito, que hace que lo relevante sea la imposición de conductas sexuales no consentidas, con independencia del medio usado a tal fin<sup>57</sup>. Asistíamos a la apertura de un nuevo escenario en el que serían los jueces, cuya actuación tanta suspicacia había suscitado en el movimiento feminista, quienes a lo largo del proceso de individualización de la pena tendrían que decidir el mayor o menor contenido del injusto aportado por la dinámica comisiva de la agresión sexual desde el momento en que el Legislador en 2022 al considerar que, con independencia del *modus operandi*, la gravedad abstracta de la agresión sexual básica a víctima de 16 años en adelante tenía que ser la misma, equipara en gravedad ataques en los cuales el ofensor doblegaba la voluntad de la víctima, obtenía, viciadamente, su consentimiento a través del prevalimiento o del engaño, evitaba que la víctima pudiera manifestarse sobre el hecho sexual (así, ataques sorpresivos), los ejecutaba sobre persona a la que el derecho negaba su capacidad para consentir en el plano sexual o los realizaba sobre alguien que, pudiendo, no se manifestaba al respecto. Esta misma conclusión cabría arrojar, adaptada a su ámbito de aplicación, sobre la agresión sexual cualificada a víctima menor de 16 años del artículo 181.2.

Al margen de un posible cuestionamiento del gran arbitrio judicial en la precisión de la gravedad de la agresión sexual en detrimento de la seguridad jurídica o la salvaguarda del principio de proporcionalidad, la bienintencionada reforma no previó las repercusiones de la decisión unificadora en el proceso de la determinación de la pena. En ese proceso, los límites mínimo y máximo del marco penal son trascendentales para el cálculo de la relevancia penológica del grado imperfecto de ejecución del hecho (tentativa), de la complicidad y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; así como también en ocasiones para determinar la propia pena legal abstracta. Consecuentemente, se abría una puerta a la imposición de penas que podrían estimarse no proporcionadas, por exceso o por defecto, a la gravedad del hecho. El hecho de que, públicamente<sup>58</sup>, se visualizaran reducciones de penas con motivo de la revisión de las condenadas de delincuentes sexuales en virtud de la aplicación de la ley penal más favorable al reo generó un nuevo revuelo social y político que conduciría a una nueva reforma de la regulación legal del delito de agresión sexual promovida por solo una parte del Gobierno de coalición, el Grupo Parlamentario Socialista. A través de la Ley orgánica 4/2023, entre otras cosas, se volverá a reconocer la mayor antijuridicidad de determinados atentados sexuales con víctimas de 16 años en adelante, aquellos que se sirven del empleo de violencia o intimidación, a los que se han equiparado aquellos otros que se realizan sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, pero sin llegar estos casos a constituir una figura autónoma.

<sup>57</sup> Por ejemplo, España Tribunal Supremo, *Sentencia 523/2023*, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de junio de 2023, fj. 3.

<sup>58</sup> Nótese que el Consejo General del Poder Judicial está haciendo un seguimiento del número de revisiones favorables al reo. En su comunicado de 18 de septiembre de 2023 se informa, de al menos, 1.205 reducciones que habrían supuesto por lo menos 121 excarcelaciones.

### III. Tipificación penal de la agresión sexual

#### 1. Consideraciones generales sobre el bien jurídico protegido y la ausencia de consentimiento

El Título VIII del Libro II del Código Penal, que lleva por título, tras su parcial modificación por la LOGILS, "Delitos contra la libertad sexual", se ocupa de la regulación legal de los delitos sexuales, sin perjuicio de la existencia en otras partes del código de alguna otra figura delictiva relacionada con la violencia sexual en sentido propio<sup>59</sup>, como podría ser el caso de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual<sup>60</sup> o la solicitud sexual por parte de autoridad o funcionario público<sup>61</sup>. A lo largo de sus primeros cinco capítulos, se tipifican sucesivamente los delitos de agresión sexual, los delitos de agresiones sexuales a menores de dieciséis años<sup>62</sup>, el delito de acoso sexual, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual y los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores; estando destinado el sexto y último a recoger una serie de disposiciones de naturaleza común a todos o parte de ellos. De entre ellas, resulta especialmente interesante resaltar que la LOGILS determinó el reconocimiento de las condenadas por delitos contra la libertad sexual dictadas por los órganos judiciales extranjeros a los efectos de apreciar la circunstancia agravante ordinaria de reincidencia<sup>63</sup>.

La comprensión de todas esas figuras delictivas puede hacerse desde el prisma de la protección de la libertad sexual, sin perjuicio de reconocer que en algunas de ellas estarían presentes otros objetos de tutela. Esta manifestación de la libertad general de autodeterminación<sup>64</sup>, cuyo tardío reconocimiento, comparativamente con otras libertades (libertad ideológica, religiosa o de expresión), podría explicar que no se contemple expresamente en la normativa general sobre derechos humanos ni como derecho fundamental en la Constitución española, se encuentra intensamente ligada a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad y puede conectarse también con otros derechos humanos como la integridad física y moral, la intimidad, la vida, etc. Y así se puede apreciar en la Ley orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y

<sup>59</sup> Hacemos esta precisión para llamar la atención de que la LOGILS maneja un concepto amplio de violencia sexual que da cabida a otros fenómenos que no atacan a la libertad sexual entendida en sentido negativo. Dice su artículo 3.1: "El ámbito de aplicación objetivo de esta ley orgánica comprende las violencias sexuales, entendidas como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital. Se considera incluido en el ámbito de aplicación, a efectos estadísticos y de reparación, el feminicidio sexual, entendido como homicidio o asesinato, de mujeres y niñas vinculado a conductas definidas en el siguiente párrafo como violencias sexuales.

En todo caso se consideran violencias sexuales los delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Se prestará especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos".

<sup>60</sup> España, *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*, art. 177.

<sup>61</sup> España, *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*, arts. 443 y 444. Nótese que algunos atentados a la libertad sexual también están presentes en la construcción de algunos delitos contra la comunidad internacional como sucede en el delito de genocidio (art. 607.1.2º), en el delito de lesa humanidad (art. 607 bis 2. 2º y 9º) y en el delito contra las personas en caso de conflicto armado (art. 611. 9º).

<sup>62</sup> En este capítulo se tipifica también el delito de determinación, con fines sexuales, a presenciar actos de carácter sexual, que sustituyó al delito de corrupción de menores, y ciertas conductas relacionadas con el fenómeno del *online child grooming* (art. 183).

<sup>63</sup> España, *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*, art. 190. Hasta ese momento solo se reconocía la reincidencia internacional si se trataban de condenas por los delitos del capítulo V. Por otra parte, desde la reforma del Código Penal operada por la Ley orgánica 1/2015, se reconoce, a los efectos de apreciar la circunstancia agravante ordinaria de reincidencia, las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español (art. 22.8).

<sup>64</sup> Tal es así que en algunos sistemas jurídicos se habla directamente del derecho a la autodeterminación sexual, como, por ejemplo, en el Código penal alemán. En otros, señalan Elisa Hoven y Thomas Weigend, "Synopsis", en *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, 329, se ha optado por apelar a la integridad sexual, que bien podría utilizarse como sinónimo de la autodeterminación sexual o autónomamente. En cualquier caso, el concepto de integridad sexual presupondría el derecho a decidir en el orden sexual y, a través de él, se enfatizaría en el ataque al cuerpo y a la intimidad.

reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>65</sup> o en la propia LOGILS<sup>66</sup>, en las que se hace un reconocimiento expreso a la libertad sexual como derecho de titularidad individual del ser humano, vinculado al ejercicio de la libertad, la intimidad, la salud y la autonomía de la voluntad.

Su contenido esencial se conforma por el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad (perspectiva positiva o dinámica), así como el derecho a abstenerse de la realización de actos sexuales (dimensión negativa o estática). Desde la primera de las perspectivas, se ha destacado, en especial, la facultad de la persona para decidir la opción sexual, el tipo de acto sexual, las condiciones de su práctica, el desarrollo en solitario o con otra u otras personas libremente elegidas que consientan en ello o la disponibilidad del cuerpo con fines sexuales. Desde la segunda de esas dimensiones, alcanzaría particular interés el derecho a no verse involucrado en contextos sexuales no queridos, aspecto en el que incide el Derecho penal sexual en consideración al principio de última ratio del Derecho penal, aspirando a la prevención de las conductas de índole sexual que tienen en común el haber prescindido de la voluntad de la persona<sup>67</sup>.

La protección penal de la libertad sexual está dirigida exclusivamente a garantizar, como ha expresado Díez Ripollés, que la actividad sexual se ejerza en condiciones de libertad, sancionando las conductas de terceros no consentidas por el titular del bien jurídico protegido<sup>68</sup>. Así la cosas, la libertad sexual es susceptible de abarcar tanto la libertad sexual actual, aquella que la persona puede ejercer por sí misma, como la libertad sexual potencial o *in fieri*, que se predicaría de las personas que carecen de la capacidad de obrar en el orden sexual, respondiendo, en consecuencia, los tipos penales a la preservación de las condiciones básicas del libre desarrollo de la personalidad en el plano sexual. A partir de esta concepción, no sería necesaria la identificación de otra realidad merecedora de la protección penal, como venía haciendo un sector de la doctrina española que apelaba en este iter muy especialmente a la indemnidad sexual<sup>69</sup>. Su defensa de la necesidad de precisar el objeto de tutela penal también en consideración a las personas que carecen de la capacidad de obrar en la esfera sexual (determinados menores y determinadas personas con discapacidad intelectual) caló hondo en el Legislador de 1999, quien no solo llevó a la rúbrica del título VIII la referencia a la indemnidad sexual, sino que la utilizó en la descripción típica del delito de abuso sexual.

Después de la reforma del Código Penal por la LOGILS, parece, sin embargo, que se ha sentido más atraído por la tesis de la suficiencia de la libertad sexual; aunque de las manifestaciones vertidas al respecto por la doctrina el debate promete mantenerse vivo<sup>70</sup>. A nuestro juicio, si

65 España, Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, Boletín Oficial del Estado, 4 de marzo de 2010, art. 3 numeral 1, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3514>.

66 España, Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, art. 1 numeral 1.

67 Nótese que, entre nosotros, hay quien plantea si no debería también el Derecho penal sexual actuar frente a atentados contra la libertad sexual en sentido positivo como el sometimiento a terapias de reconversión sexual o a inspecciones de virginidad, así Gloria González Agudelo, *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (art. 183 quater del Código Penal)* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021), 105.

68 José Luis Díez Ripollés, "El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual", *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, n.º 6 (2000): 69.

69 Sobre su significado y problemática, por ejemplo, María Marta González Tascón, "Una vuelta alrededor del bien jurídico protegido en el título VIII del Libro II del Código penal rubricado 'Delitos contra la libertad sexual'", en *La perspectiva de género en la Ley del "solo sí es sí"*. Claves de la polémica (A Coruña: Colex, 2023), 78-86.

70 Consideran que se ha producido el cambio José Luis Díez Ripollés, "Alegato contra un Derecho penal sexual identitario", 5; Sara Aguado López, "Las reformas proyectadas de los delitos contra la 'indemnidad sexual' en las leyes integrales de libertad sexual y de protección de la infancia. Especial referencia a los delitos de 'child grooming' y 'sexting' (artículo 183 ter)", en *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020), 65; Eduardo Ramón Ribas, "Aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales", en *La perspectiva de género en la Ley del "solo sí es sí"*. Claves de la polémica (A Coruña: Colex, 2023), 361. En contra, Juan José González Rus, "Propuesta de un nuevo enfoque sobre la regulación de las agresiones sexuales", en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021), 693; Francisco Muñoz Conde,

es posible apreciar un nuevo viraje del Legislador sobre la cuestión si tenemos en cuenta que algunos tipos penales, como sucede con el delito de agresión sexual, se describen aludiendo expresamente al bien jurídico protegido, y en este ya no aparece la referencia a la indemnidad sexual, así como tampoco en el título en el que se engloban los delitos sexuales; que la propia denominación de la LOGILS proyecta indiscutiblemente la atención sobre la libertad sexual; que esta ley entronca con la Proposición de Ley de protección integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, en cuyas dos versiones se asumía con claridad la concepción amplia de la libertad sexual que hemos apuntado con motivo de la pretendida definición en la ley de la libertad sexual<sup>71</sup>, propuesta que se tuvo presente en la redacción del Anteproyecto de LOGILS, cuya versión originaria llegó a incluir esa definición; y que durante la tramitación parlamentaria se suscitó el debate sobre el particular que concluiría con el rechazo de la referencia a la indemnidad sexual<sup>72</sup>, si bien se aceptó una enmienda transaccional con un tenor de compromiso. Esta dio lugar al artículo 3.4 de la LOGILS que dice así:

En el marco de la legislación vigente, habrá que tomar en consideración, junto con la libertad sexual, la protección frente a las violencias sexuales cometidas contra menores o contra personas con capacidad jurídica modificada, como manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceras personas.<sup>73</sup>

Esta reorientación de la ley hacia la potenciación del valor de la libertad sexual como referente de la tipificación penal de los delitos sexuales, que, como hemos dicho, está también reconocido expresamente como derecho, entendemos que, además, es positiva desde el prisma del derecho a la igualdad, que hace que todas las personas sean titulares de los derechos humanos con independencia de su capacidad para ejercerlos personalmente.

La naturaleza personalísima de la libertad sexual y su reconocimiento como derecho determina que la ausencia de consentimiento sexual sea una condición esencial para otorgar relevancia penal a la conducta humana, aparezca recogida expresamente o no en el tipo penal, dado que la manifestación del consentimiento favorable a la conducta sexual por parte del titular de la libertad sexual nos sitúa en el ámbito del ejercicio del derecho. La ausencia del consentimiento del titular de la libertad sexual es, por tanto, una cuestión básica en los delitos sexuales, que en el plano estrictamente jurídico descansa en la ausencia de una exteriorización de la voluntad individual favorable al acto sexual formada libremente. De ahí, que independientemente de que los legisladores penales definan o no el consentimiento, en los códigos penales venía siendo muy común desde hace tiempo que no solo nos encontráramos con la tipificación de conductas que claramente se oponen a la voluntad de la víctima, así, las llevadas a cabo con violencia o intimidación, sino también tipificaciones específicas basadas en la negación de validez jurídica al consentimiento en atención a diversos factores que con el tiempo habrían ido *in crescendo*. Tal sería el caso de la edad del sujeto, de la discapacidad intelectual, de la dependencia personal entre los sujetos, del estado de intoxicación por el consumo de alcohol o drogas o del engaño,

*Derecho penal. Parte especial*, 24ª ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 4/2022, 6/2022, 9/2022, 10/2022 y 11/2002 (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022); Carlos Fuertes Iglesias, "La cláusula de consentimiento sexual de los menores en el escenario de un nuevo Derecho penal sexual" (tesis doctoral, Universidad de Zaragoza, 2023).

71 Se definía la libertad sexual como el "derecho humano y bien jurídico de especial protección que se inserta en la esfera de la libertad personal, y cuyo contenido esencial tiene que ver con el derecho a decidir sobre la propia sexualidad, con las facultades de autodeterminación sexual actual o potencial. La libertad sexual está intrínsecamente relacionada con la dignidad humana. Todas las personas tienen derecho a la Libertad sexual, lo que se traduce en la necesaria salvaguarda del libre desarrollo de la formación de la propia sexualidad, así como a la protección de la libertad de la persona, para ejercer su derecho en libertad, tanto en su esfera positiva como en la negativa, sin más límite que el respeto a los derechos de terceros" (art. 4.1). Nótese, no obstante, que su propuesta estaba destinada a proteger de manera integral la libertad sexual de las mujeres, pero solo eran aplicables a las mujeres mayores de dieciséis años.

72 Enmiendas nº 237 y 286 del Grupo Parlamentario Popular; nº. 68 y 79 de Pilar Calvo i Gómez -Grupo Parlamentario Plural-; y nº. 311 y 398 del Grupo Parlamentario Republicano.

73 España, Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, art. 3 numeral 4.

por ejemplo.

El Código Penal español no recoge una definición del consentimiento sexual<sup>74</sup>, cuya ausencia es un elemento esencial del tipo penal. En consecuencia, a los efectos de su determinación es de aplicación la doctrina general sobre el consentimiento que exige como presupuesto que el emisor del consentimiento tenga la capacidad necesaria para ejercer el derecho individual concernido. La expresión de un consentimiento sexual jurídicamente válido implica, por tanto, que el sujeto esté en posesión de la capacidad natural de juicio y discernimiento necesaria para comprender el alcance y el significado o sentido del acto sexual sobre el que expresa su consentimiento; lo que para nada exige la racionalidad del sentido de la decisión. A pesar de tratarse de una cuestión de naturaleza individual, ligada al proceso de maduración personal, lo cierto es que, por razones de seguridad jurídica, existe una tendencia en el plano supranacional a fomentar la fijación de una edad legal por debajo de la cual se considera que la persona no goza de esta capacidad<sup>75</sup>.

En el caso español, como ya se apuntó, esa edad es la de 16 años<sup>76</sup>, sin perjuicio, como anticipamos, de que se pudiera llegar a reconocer un consentimiento libre emitido por menores de esa edad, aunque ceñido a las relaciones sexuales con personas próximas en edad y madurez<sup>77</sup>; resultando evidente aquí el peso de la moral sexual colectiva contraria a que adultos y menores se relaciones sexualmente. En cualquier caso, el hecho de estar en posesión de la capacidad de obrar en la esfera sexual no es suficiente a efectos jurídicos para afirmar que la persona ha consentido en la medida en que puede suceder que su expresión de voluntad favorable al acto sexual se encuentre en realidad viciada, careciendo, por tanto, de relevancia jurídica. En conexión con esta cuestión, a raíz de la LOGILS, se introduce una disposición, el artículo 178.2, donde se recogen conjuntamente una serie de casos en los que siempre se ha de considerar que estamos ante una agresión sexual. Esta disposición, que en su redacción originaria se vinculaba con el artículo 178.1 ("a los efectos del apartado anterior [...]"), señala que

[...] se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.<sup>78</sup>

De entre todos ellos, únicamente la referencia expresa a que la víctima tenga anulada su voluntad por cualquier causa reviste carácter novedoso tras la LOGILS, habiendo sido los demás tenidos en cuenta anteriormente en la configuración bien del delito de agresión sexual bien de los delitos de abuso sexual. No se trata, por otro lado, de un listado cerrado de casos de ausencia de consentimiento jurídicamente válido.

También se viene apreciando entre nosotros, por ejemplo, la relevancia del engaño como vicio del consentimiento sexual cuando es determinante de la producción en la persona de un error sobre la naturaleza sexual de la acción ejecutada (así, el sujeto que acude a una revisión vaginal y cree erróneamente que el ginecólogo le está practicando la misma cuando en realidad su acción está dirigida a su propia satisfacción sexual; o el sujeto que se pone en manos de un

curandero para que le sane una dolencia, aprovechándose éste para con un fin sexual realizar tocamientos en las zonas erógenas); incluso sobre la propia clase de acto sexual (tal podría ser el caso del fenómeno del *stealth*, de reciente actualidad entre nosotros; lo que no ha motivado, sin embargo, un pronunciamiento expreso del legislador que evite las dudas sobre su correcta calificación jurídica<sup>79</sup>); o sobre la identidad del sujeto<sup>80</sup>. Más discutible es la respuesta jurídica en los casos en los que el engaño afecta a los motivos determinantes del consentimiento favorable de la persona al abrirse todo un abanico de posibilidades muy distintas en un plano valorativo<sup>81</sup>.

El Código Penal español vigente sí se pronuncia tras la LOGILS sobre la forma de expresar este consentimiento. El tratamiento por la propia ley penal de esta cuestión había sido un objetivo esencial del proceso de reforma que culminó con la aprobación de la citada ley, en el que, mediatizado por una concepción propia de la dignidad de la mujer, se llegó a hablar en sus inicios la imposición a las personas de una nueva moral sexual a través de la exigencia de la presencia en los actos sexuales de un "sí es sí" literal, aún a costa de quebrantar valores, principios y derechos básicos de nuestro modelo de convivencia social, comenzando por la apropiación misma del derecho de autodeterminación sexual y al libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual y continuando con el desplazamiento de garantías básicas del sistema penal (presunción de inocencia, principio acusatorio, principio de libre valoración judicial de las pruebas y principio de culpabilidad)<sup>82</sup>. La LOGILS no responde finalmente en este punto a ese planteamiento en tanto que, con evidente efecto simbólico, se ha limitado a plasmar en el Código penal la doctrina jurídica sobre el consentimiento a través del artículo 178.1 inciso final, que dice como sigue: "sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona"<sup>83</sup>. Cabría, en consecuencia, seguir exteriorizando la voluntad favorable al acto sexual tanto de forma expresa como de manera tácita, a través de la palabra o de cualquier tipo de acto.

Lo importante es que, una vez contextualizado el comportamiento del sujeto –y en este proceso es donde hay que conjurar la influencia de los estereotipos de género y de los mitos sobre la sexualidad del hombre y de la mujer– su sentido favorable al acto sexual quede claro<sup>84</sup>. Si no es así, se habrá cometido una agresión sexual; pudiendo, no obstante, reconocerse que en ocasiones el error del ofensor sobre la ausencia del consentimiento de la víctima puede conducir

<sup>79</sup> Se trata de una práctica consistente en quitarse el preservativo durante una relación sexual condicionada previamente a que aquel se use. Ampliamente sobre el problema, por ejemplo, Antoni Gili Pascual, "Stealth: Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual", *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 131 (2021): 85-134.

<sup>80</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres n.º 209/2020, de 24 de septiembre, se ha pronuncia sobre un caso de este tipo en el siguiente sentido: "Nos encontramos ante un supuesto de hecho un tanto inusual, en el que la víctima lo cierto es que consiente la realización, por parte del acusado, de actos de naturaleza sexual, primero caricias y luego un acceso carnal, a los que no solo no se opone sino que expresamente los facilita, y llega a disfrutar de ellos según dijo: si bien ese consentimiento adolece de un vicio esencial derivado de un error acerca de la identidad de la persona con la que se mantiene la relación sexual, de forma que si la víctima hubiera sabido que esa persona no era quien ella creía sino otra diferente ese consentimiento no habría existido.

Ese error, indudablemente, vicia de forma radical el consentimiento de la víctima, haciéndolo nulo y, por tanto inexistente, efecto del que es muestra lo establecido con carácter general para la validez del consentimiento en el artículo 1.265 de nuestro Código Civil ("Será nulo el consentimiento prestado por error"), por lo que concurren los elementos objetivos que conforman el indicado delito de abuso sexual, y en particular el que requiere que la acción que atenta contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona se realice 'sin que medie consentimiento'". (FJ. 2º).

<sup>81</sup> Véase, por ejemplo, Ivó Coca Vila, "Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual", *InDret*, n.º 3 (2023): 431-466.

<sup>82</sup> Sin ningún reparo, el propio prelegislador justificaba en el Anteproyecto de LOGILS su reforma para reorientar el régimen de valoración de la prueba.

<sup>83</sup> Está plenamente en armonía esta disposición con la correlativa del Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, cuyo artículo 36.2 señala: "el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes".

<sup>84</sup> Algunos autores han señalado que esta disposición puede resultar problemática en algunos casos al utilizar en su dicción la palabra "actos" o "clara". Así, por ejemplo, Francisco Javier Álvarez García, "La libertad sexual en peligro", *Diario La Ley*, n.º 10007 (2022): 1-20, quien, no obstante, también reconoce en el término actos un significado que salvaría el problema. Así, también lo recuerdan Eduardo Ramón Ribas y Patricia Faraldo Cabana, "¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?", en *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), 88-91.

<sup>74</sup> En Inglaterra, por ejemplo, su ley de delitos sexuales (*Sexual Offences Act* de 2003), en su artículo 74 dispone: "For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice" (A los efectos de esta parte, una persona consiente si está de acuerdo por elección y tiene la libertad y la capacidad de realizar esa elección).

<sup>75</sup> Véase el artículo 18.2 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual o el artículo 2 b de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

<sup>76</sup> Nótese que se requiere la edad mínima de 18 años, sin embargo, para realizar actos sexuales a cambio de precio o realizar pornografía. Véase los artículos 188 y 189 del Código penal español.

<sup>77</sup> España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 183.

<sup>78</sup> España, *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*, art. 178 numeral 1.

a la impunidad del hecho, ante la falta de la tipificación expresa del comportamiento imprudente. Así las cosas, procede insistir en que la educación sexual en orden al desarrollo de la libertad sexual en condiciones de libertad, igualdad y no discriminación es una medida de prevención de los delitos sexuales trascendental, que podrá acabar con vivencias sexuales negativas tanto para quien no consiente como para el que interpreta mal la voluntad de este como consecuencia de un aprendizaje de la sexualidad basado en roles de género que trazan una posición de dominación del hombre y de subordinación de la mujer en el plano sexual que puede coadyuvar a que se atribuya distinto significado al lenguaje de la comunicación sexual. La importancia de la libertad sexual en el presente y las consecuencias tan dañinas que puede arrojar para las víctimas, aconsejan reflexionar, por otra parte, sobre la necesidad de introducir un delito de agresión sexual imprudente, sin los devastadores efectos, no obstante, de las consecuencias jurídicas que se asocian en la actualidad a la delincuencia sexual.

No se detiene la ley en el tiempo de la manifestación del consentimiento, pero la naturaleza del acto sexual hace que necesariamente haya de exteriorizarse antes o de forma coetánea a la acción del agente y que pueda ser revocado en cualquier momento. El perdón de la víctima ni es un acto de negación del delito cometido o de convalidación de la falta de consentimiento ni es una causa de extinción de la responsabilidad penal. Ahora bien, sin la colaboración de la víctima es muy difícil condenar por este delito, aunque su persecución penal si es factible en la medida en que legalmente es suficiente a tal fin de la denuncia del Ministerio Fiscal cuando la víctima es menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o persona desvalida y de su querrela en el caso de víctima persona mayor de edad. Esta solo se interpondrá, no obstante, tras la ponderación de los intereses en presencia<sup>85</sup>.

## 2. Otros elementos básicos de la conducta típica

La reconfiguración legal de las agresiones sexuales responde a la sanción penal de la realización de determinadas conductas atentatorias contra la libertad sexual, que, paradójicamente, se describen, como ya venía sucediendo con anterioridad, de distinta forma dependiendo de si se trata del delito de agresión sexual o del delito de agresión sexual a menores de 16 años. En el primer caso, el artículo 178.1 establece que "será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento"<sup>86</sup>. Por su parte, el tenor del artículo 181.1, con el que se da inicio a la regulación de las agresiones sexuales a menores de 16 años, es el siguiente: "el que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años"<sup>87</sup>, precisándose en este caso, posiblemente para evitar problemas interpretativos generadores de lagunas punitivas<sup>88</sup>, que "a estos efectos se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un

<sup>85</sup> España, *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*, art. 191 numeral 1. Véase también, María de los Ángeles Catalina Benavente, "Los legítimos intereses en presencia como punto central de la perseguibilidad de los delitos de agresiones, acoso y abusos sexuales: necesidad de una ponderación adecuada", en *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (Cizur Menor: Aranzadi, 2022), 743-803.

<sup>86</sup> España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 178 numeral 1.

<sup>87</sup> España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 181 numeral 1.

<sup>88</sup> Nótese que en la doctrina hay quien ha defendido que estos delitos son de propia mano y que la expresión "realizar actos sexuales con" implicaba la necesidad de contacto corporal entre los sujetos del delito. En la actualidad, sin embargo, este tipo de tesis parece estar superada, y así se asume por el Tribunal Supremo, quien, por ejemplo, en su sentencia n.º 462/2019, de 14 de octubre (FJ. 10º), afirma: "se excluye claramente la consideración del delito de agresión sexual como de propia mano, de manera que serían autores -coautores materiales todos aquellos que, actuando concertadamente en la ejecución del hecho e interviniendo directamente en su ejecución más inmediata, ostentan el dominio funcional de su desarrollo y realizan aportaciones esenciales para su consumación". España Tribunal Supremo, *Sentencia 462/2019*, Boletín Oficial del Estado, 14 de octubre de 2019, fj. 10.

tercero o sobre sí mismo a instancia del autor"<sup>89</sup>.

Al comparar ambas tipificaciones, rápidamente se observa que el primero de los tipos penales está redactado en términos más amplios, contemplándose cualquier acto que atente contra la libertad sexual, mientras que el segundo matiza que se ha de tratar de actos de carácter sexual. Ello no significa, sin embargo, que el delito del artículo 178.1 desvalore conductas atentatorias contra la libertad sexual al margen de la imposición de la realización de actos de naturaleza sexual, como podría ser, por ejemplo, la acción de impedir a una persona que se masturbe. La razón de esta conclusión se halla en que, de conformidad con el principio de principio de última ratio del Derecho penal, se viene considerando en la doctrina que solo se ha de proteger penalmente la vertiente negativa de la libertad sexual. Una interpretación sistemática de la norma respaldaría igualmente semejante conclusión al reparar en que el nuevo artículo 178.2 sí hace referencia expresa a actos de contenido sexual<sup>90</sup>.

La delimitación del significado de la libertad sexual, dada la redacción aún abierta del primero de los tipos penales, es, como se acaba de ver, una cuestión clave en la interpretación del delito de agresión sexual, que despliega todo su protagonismo en el momento de acotar las acciones penalmente relevantes. En este camino, la tutela penal de la libertad sexual también exige que se trate de acciones que tengan inequívocamente un significado sexual, esto es, acciones expresivas del instinto sexual del ser humano<sup>91</sup>. No sería, sin embargo, necesario, a juicio de la doctrina mayoritaria actual y del propio Tribunal Supremo español, que la acción tuviera que ser realizada precisamente con la finalidad de satisfacer un ánimo lascivo<sup>92</sup>, en la medida en que de ello no depende la vulneración de la libertad sexual. Desde el prisma del instinto sexual, los actos de carácter o contenido sexual se pueden concretar en términos objetivos, excluyendo, en consecuencia, desde un primer momento del ámbito penal de la agresión sexual acciones que respondan a finalidades no sexuales, como podría ser, por ejemplo, las de naturaleza médica (así, una exploración mamaria) o de naturaleza cultural (tal es el caso de la costumbre afgana de besar o ponerse en la boca el pene de un hijo para mostrar amor por el niño -caso *State of Maine, v. Mohammad Kargar-*)<sup>93</sup>.

Esta clase de actos es, por otra parte, muy diversa y no todos ellos presentan el contenido mínimo de injusto que exige el delito de agresión sexual. La identificación de cuales sí está marcada no solo por la defensa de la libertad sexual, sino también por el propio condicionamiento cultural de la sexualidad humana, que va a hacer que las acciones penalmente relevantes se encuentren tamizadas, dejando fuera del ámbito típico actos de naturaleza sexual que culturalmente no están dotados de trascendencia y gravedad, siendo en el caso de la victimización sexual de los menores de dieciséis años donde aquel presentaría mayor espectro.

<sup>89</sup> España Tribunal Supremo, *Sentencia 462/2019*.

<sup>90</sup> "Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen [...]". España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 178 numeral 2.

<sup>91</sup> Así, Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 229.

<sup>92</sup> Por ejemplo, España Tribunal Supremo, *Sentencia 351/2021*, Boletín Oficial del Estado, 28 abril de 2021, fj. 4.

<sup>93</sup> Ampliamente sobre la problemática relativa a la delimitación del acto de naturaleza sexual, Beatriz Corrêa Camargo y Joachim Renzikowski, "El concepto de "acto de naturaleza sexual" en el Derecho penal", *InDret*, n.º 1 (2021): 145-165.

La interpretación sistemática de las normas comprendidas en el título VIII también tiene un peso importante en la determinación del contenido de los actos sexuales sobre los que versa la modalidad básica de las agresiones sexuales, por medio de la cual se va vaciando su contenido. Así, por ejemplo, nos encontramos con que se dota de mayor relevancia a los accesos carnales por vía vaginal, anal o bucal y a la introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal, sobre los que se cimenta el tipo cualificado de la agresión sexual, que recibe el nombre iuris de violación si la víctima no es menor de 16 años<sup>94</sup>, no en otro caso<sup>95</sup>. La existencia de un delito autónomo para castigar los actos de exhibicionismo ante menores o personas con discapacidad necesitada de especial proyección, el delito de exhibicionismo<sup>96</sup>, ha dado lugar igualmente a que no se incluyan en los delitos de agresiones sexuales que comentamos los actos de exhibición obscena; que, por otra parte, son atípicos si la persona ante la que se realizan es mayor de edad<sup>97</sup>. La LOGILS ha introducido, además, un tipo penal atenuado de la agresión sexual, que abre la puerta a una ulterior reducción de los actos sexuales subsumibles en la modalidad básica, pero ello no solo depende de la valoración social del acto sexual en concreto. En principio, podría ser el caso, por ejemplo, de los besos en la boca o en otras zonas no erógenas del cuerpo humano.

Como se anticipó con anterioridad, la concreción de la modalidad básica de la agresión sexual requiere que se tenga asimismo presente las repercusiones que en su ámbito típico tienen algunas de las circunstancias agravantes específicas de la agresión sexual. En este plano, cabría traer de nuevo a colación que, incluso tras la reforma del Código Penal ejecutada por la Ley orgánica 4/2023, sigue sin existir un criterio uniforme sobre la relevancia jurídica de la presencia en la agresión sexual de las circunstancias descritas en el artículo 178.2, circunstancias que, como se ha visto, guardan relación con la ausencia del consentimiento sexual. Cuando la víctima de la agresión sexual no ha cumplido la edad legal de consentimiento sexual, se produce un gran vacío de la agresión sexual básica desde el momento en que cualquiera de ellas es determinante de la existencia del tipo cualificado de la agresión sexual del artículo 181.2. En el caso del delito de agresión sexual con víctima de 16 años en adelante, a partir de la citada reforma, también se produce una reducción del ámbito de aplicación del artículo 178.1, pero de menor espectro, ya que solo se contemplan como agravantes específicas el uso de violencia o de la intimidación y el hecho de que la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad<sup>98</sup>.

El delito de agresión sexual es un delito doloso, que se puede cometer tanto con dolo directo como con dolo eventual. La apertura del debate político sobre la reconstrucción de las agresiones sexuales no suscitó en los impulsores de la LOGILS la creación de un delito de agresión sexual por imprudencia; laguna sobre la que les llamaría la atención el

94 España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 179.

95 España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 181 numeral 4.

96 El tenor del artículo 185 es: "El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses". España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 185.

97 Nótese que en algún caso el delito de exhibicionismo puede verse desplazado por el delito de determinación a un menor de 16 años, con fines sexuales, a presenciar actos de carácter sexual (art. 182). Dicen los artículos: "1. El que, con fines sexuales, haga presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años" y "2. Si los actos de carácter sexual que se hacen presenciar al menor de dieciséis años constituyeran un delito contra la libertad sexual, la pena será de prisión de uno a tres años". España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 182.

98 España, *Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, art. 178 numeral 3.

propio Consejo General del Poder Judicial<sup>99</sup>. En consecuencia, el error sobre un elemento del tipo penal sigue dando lugar a la exención de responsabilidad penal<sup>100</sup>.

### 3. Las circunstancias agravantes específicas

En el Código Penal español son numerosas las circunstancias agravantes específicas del delito de agresión sexual, coincidiendo en gran parte su contenido independientemente de que la víctima tenga o no la edad legal de consentimiento sexual. Todas ellas se proyectan sobre las modalidades básicas de la agresión sexual, pero un amplio elenco de ellas también lo hace sobre tipos cualificados. A resultas nos encontramos ante una jerarquización de las modalidades de agresión sexual que en ocasiones encierra el solapamiento de tipos penales. Consciente de ello, la LOGILS trató de salir al paso de posibles conflictos normativos a través de un pronunciamiento expreso algo confuso, al que la reforma penal obra de la Ley orgánica 4/2023 ha dotado de mayor claridad. Básicamente, se señala ahora en el párrafo final de los artículos 180.1 y 181.5 que, cuando en la descripción de las modalidades típicas que preceden al enunciado de las agravantes en ellos recogidas se hubiera tenido en consideración alguna de las circunstancias descritas en estos, el conflicto se ha de resolver conforme al principio de alternatividad, de forma que el precepto penal más grave excluye la aplicación de aquellos que castiguen el hecho con pena menor.

La amplitud del actual delito de agresión sexual ha provocado, por su parte, que se acabe con el dispar tratamiento de las agravaciones específicas presente en la regulación inmediatamente anterior, donde eran significativamente menos las circunstancias agravantes específicas asociadas al desaparecido delito de abuso sexual. No solo se consigue así evitar posibles agravios comparativos, sino que, además, la nueva opción provoca otros efectos positivos para el conjunto del sistema, como serían la simplificación de la regulación legal o el impedimento, como a veces ha pasado, de que sucesivas reformas penales lleven a cabo cambios en la descripción de una norma y no en otra sin razón justificable<sup>101</sup>. Sin embargo, este sistema de agravantes específicas no está exento de viejos reparos como el relativo a su propia legitimidad ante la existencia de circunstancias agravantes ordinarias con arreglo a las cuales desvalorar los hechos de mayor gravedad, sin necesidad de acudir a la creación de unos tipos cualificados que terminan incluso conduciendo a la imposición de penas equiparables en su gravedad al castigo del homicidio doloso<sup>102</sup>. Las consecuencias que se aparejan a estos tipos agravados hacen también que mantenga su sentido la crítica que suscita la redacción amplia de algunos de ellos<sup>103</sup>.

La problemática que encierran estas agravantes específicas es tan compleja, que no es posible analizarla en estos momentos. Nos limitaremos simplemente a apuntar los cambios recientes.

99 España Consejo General del Poder Judicial. Anteproyecto de Ley Orgánica para la garantía integral de la libertad sexual (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2021), 85, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2021-393>. Se ha expresado en favor de la incriminación de la imprudencia Juan Antonio Lascurain Sánchez, "Las huellas de la manada", 1, o Antonia Monge Fernández, "Las manadas" y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, 297.

100 España, *Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, art. 14 numeral 1.

101 Así, Leticia Jericó Ojer, "Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual", 22; José Luis Díez Ripollés, "Alegato contra un derecho penal sexual identitario", 16.

102 España, *Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, art. 138 numeral 1.

103 Así, Manuel Cancio Meliá, "Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual", 1629.

Las circunstancias agravantes específicas de la agresión sexual, que guardan relación con la víctima, el ofensor, el tipo de acto sexual, los medios que se despliegan o se aprovechan para realizar el atentado y otras características del hecho, aparecen descritas a lo largo de una pluralidad de preceptos. Uno de ellos, el artículo 192.2, que determina la aplicación de la pena en su mitad superior si el responsable penal es ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, salvo que esta circunstancia esté específicamente contemplada en el tipo penal (como veremos, puede ocurrir en el contexto de la agresión sexual), es común a todos los delitos contra la libertad sexual. Algunas de las circunstancias siguientes también están presentes en otros delitos sexuales.

Siguiendo el orden que marca el Legislador, los primeros tipos penales cualificados de las agresiones sexuales que se describen son los relativos a que se hubiera empleado violencia o intimidación, o se hubieran ejecutado el hecho sobre víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad<sup>104</sup>, a los que se añaden, tratándose de la agresión sexual a menores de 16 años, el abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare<sup>105</sup>. De entre todos los casos mencionados expresamente por la ley, el único realmente novedoso ha sido el relativo a que la agresión sexual sea realizada sobre víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad. Este rápidamente evoca una realidad que volvió a cobrar especial protagonismo mediático en los años de gestación de la LOGILS, generando alarma social. Nos estamos refiriendo a situaciones en las que la voluntad de la víctima está anulada debido al uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idóneas a tal fin<sup>106</sup>. En este tipo de casos, la anulación de la voluntad de la persona puede ser el resultado de la ingesta voluntaria de tales sustancias por parte de la víctima, que las puede tomar incluso con la finalidad de favorecer la libido, aunque ello la lleva finalmente a una situación de incapacidad para autodeterminarse sexualmente posteriormente aprovechada por un tercero para cometer la agresión sexual. Pero, también, puede ser la consecuencia de la acción de un tercero dirigida o no a facilitar a él o a un tercero la realización de actos sexuales no consentidos<sup>107</sup>. Cuando el sujeto activo del hecho utiliza estas sustancias para anular la voluntad de la víctima con la finalidad de conseguir la realización de actos sexuales se produce la llamada sumisión química, que con la LOGILS es objeto de un tratamiento específico aún más gravoso<sup>108</sup>. En cualquier caso, la indeterminación de la causa de la anulación de la voluntad haría factible que se pueda plantear a su amparo otro tipo de casos como agresiones sexuales a personas que por el influjo psíquico de otra persona han quedado sometidas completamente a una voluntad ajena. Pensemos en el contexto de las sectas o de la violencia contra la mujer por razón de género y de la violencia doméstica.

En segundo lugar, nos encontramos con el ya mencionado tipo cualificado en atención a una clase de acto sexual que se estima especialmente invasiva en la intimidad sexual de la persona y que acentúa la lesión de la dignidad humana. Se trata del acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal y de la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, llamado, como se adelantó, delito de violación si la víctima no es menor de 16 años<sup>109</sup> y sin

denominación propia, si es menor de 16 años<sup>110</sup>. En ambos casos, se agrava la pena si se dan las circunstancias, respectivamente, del artículo 178.3<sup>111</sup> y 181.2<sup>112</sup>.

La pena de prisión prevista tanto para las modalidades básicas de la agresión sexual como para los tipos cualificados ya mencionados se vuelve a agravar cuando concurre alguna de las circunstancias del artículo 180.1 si se trata de agresión sexual con víctima de 16 años en adelante, o del artículo 181.5 en las agresiones sexuales a menores de 16 años. En el primer caso, la presencia de una de estas circunstancias lleva asociada una pena de prisión de 2 a 8 años si se trata de una agresión del artículo 178.1; en caso de ser una agresión cualificada del artículo 178.3, la pena de prisión es de 5 a 10 años; y para el delito de violación se prevé una pena de prisión de 7 a 15 años o de 12 a 15 años, dependiendo de si se trata o no de una violación ya agravada. En el segundo caso, se dispone que se aplique la pena prevista para la modalidad sobre la que se aplica esta agravante en su mitad superior. En ambos casos, la concurrencia de dos o más de estas circunstancias determina la aplicación de la pena en su mitad superior, efecto que antes de la reforma de este precepto por la Ley orgánica 4/2023 solo se producía en las agresiones sexuales del capítulo I.

El elenco de estas circunstancias está formado en su mayoría por aquellas que ya venían operando en los atentados contra la libertad sexual con violencia o intimidación, dos de las cuales también se aplicaban a algunas modalidades del anterior abuso sexual<sup>113</sup>. Si se compara la relación de las circunstancias del artículo 180.1 con las del artículo 181.5 se puede observar que prácticamente coinciden, sumándose a la enumeración de este último una más que es fruto de mantenerse vigente la relativa a que "(cuando) la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedique a la realización de tales actividades"<sup>114</sup>, que había sido introducida en la reforma del Código penal por LO 5/2010.

La LOGILS no afectó a la primera de las circunstancias que se expresan, consistente en cometen los hechos "por la actuación conjunta de dos o más personas"<sup>115</sup> y ello a pesar de que guarda estrecha relación con una problemática de gran calado como es la relativa a la calificación jurídica de las agresiones sexuales grupales<sup>116</sup>. La segunda de las enumeradas se vio modificada parcialmente con la LOGILS<sup>117</sup>, que amplía su espectro para reconocer un mayor desvalor en la agresión sexual que "vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio"<sup>118</sup>. La tercera se ha mantenido en su tenor: "cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181"<sup>119</sup>; precisión final que no aparece obviamente en el artículo 181.5.c, donde se encuentra la siguiente especificación "[...]

<sup>110</sup> Art. 181 numeral 4 Código Penal español, pena de prisión de 8 a 12 años.

<sup>111</sup> Art. 179 numeral 2 Código Penal español, pena de prisión de 6 a 12 años.

<sup>112</sup> Art. 181 numeral 4 Código Penal español, pena de prisión de 12 a 15 años.

<sup>113</sup> Antiguos artículos 181.5 y 182.2.

<sup>114</sup> España, *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 181 numeral 4 literal h.

<sup>115</sup> Art. 180.1 1ª y 181.5 a del Código Penal español.

<sup>116</sup> José Luis Serrano González de Murillo, "La violación "por actuación conjunta" (art. 180-2ª CP)", Cuadernos de Política Criminal, n.º 131 (2021): 49-84, y Patricia Faraldo Cabana, "La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión", *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, n.º 22 (2019): 381-420.

<sup>117</sup> Originariamente prevista en el artículo 180.1.1ª y actualmente en su número 2 y en el artículo 181.5.b del Código Penal español.

<sup>118</sup> España, *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*.

<sup>119</sup> España, *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 180 numeral 1.3ª.

<sup>104</sup> Art. 178 numeral 3 Código Penal español, pena de prisión de 1 a 5 años.

<sup>105</sup> Art. 181 numeral 2 Código Penal español, pena de prisión de 5 a 10 años.

<sup>106</sup> Por ejemplo, el alcohol, el cannabis, la cocaína, las anfetaminas y la metanfetamina, el ácido oxibico o GHB, el MDMA (éxtasis), la ketamina, las benzodiazepinas e hipnóticos, el estramonio, el nitrito de amilo (poppers) y la escopolamina (burundanga).

<sup>107</sup> Analizan de forma pormenorizada el tratamiento jurídico de casos susceptibles de darse en este marco José Agustina y María-Neus Panyella-Carbó, "Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas", *Política Criminal* 15, n.º 30 (2020): 527-581.

<sup>108</sup> Art. 180 numeral 1 7ª y art. 181 numeral 5 literal g.

<sup>109</sup> Art. 179 numeral 1 Código Penal español, pena de prisión de 4 a 12 años.

y, en todo caso, cuando sea menor de 4 años<sup>120</sup>. En cuarto lugar, se introduce en el caso de las agresiones sexuales del capítulo I la relativa a que "la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia"<sup>121</sup>, que en una interpretación sistemática<sup>122</sup> y finalista, está marcada por la discriminación por razón de género<sup>123</sup>; rasgo que no está presente en el caso de las agresiones sexuales a menores de 16 años, agravándose el hecho, según el artículo 181.5 d "cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia"<sup>124</sup>. En quinto lugar, se recoge la relativa a que "[...] para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación o relación de convivencia o de parentesco o de una relación de superioridad con respecto a la víctima"<sup>125</sup>, cuya auténtica novedad se manifiesta tras su reforma por la Ley orgánica 4/2023, que ya no limita la clase de parentesco, generando con ello cierta inseguridad jurídica. En sexto lugar, se contempla que "el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código"<sup>126</sup>, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis<sup>127</sup>, cuya novedad estriba en la mención que se hace al artículo 194 bis. Este es fruto de la LOGILS y está orientado a garantizar que las penas previstas en los delitos del título VIII se impongan sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realicen. Y en séptimo lugar, irrumpe con la LOGILS la concerniente a que para la comisión de estos hechos "la persona responsable haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto"<sup>128</sup>. Se produce así un salto importante e inesperado en la relevancia de este hecho, puesto que la doctrina lo que venía demandando era su equiparación con la violencia.

Finalmente, cabría destacar que en todos los delitos de agresión sexual en los que hemos incidido (capítulo I y artículo 181), el hecho de que el "culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público"<sup>129</sup>, determina la imposición, además, de la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años<sup>130</sup>.

## 4. Agresiones sexuales atenuadas

La creación del vigente delito de agresión sexual sobre la base de la unificación de los anteriores delitos de agresión y abuso sexual se había visto acompañada en el caso del delito de agresión sexual con víctimas de 16 años en adelante de la asignación de una nueva pena de prisión única, cuyo marco penal se establecía por referencia al anterior límite mínimo del

marco penal del correlativo delito de agresión sexual (pena de prisión de 1 año<sup>131</sup>)<sup>132</sup>. Era notorio que ello conduciría al castigo desproporcionado de algunas agresiones sexuales; de ahí que el Legislador español recurriese, como ha hecho en relación con otros delitos en los que se alumbraba el mismo problema, a la introducción de una regla específica de determinación de la pena en los delitos de agresión sexual, sobre cuya redacción se volverá en la reforma de 2023 para acomodarla a los cambios operados por esta con la configuración de nuevos tipos cualificados. Esta regla está presente tanto en los delitos de agresión sexual con víctimas con o sin edad legal de consentimiento sexual<sup>133</sup>, y aunque no presenta exactamente la misma dicción en uno y otro caso, sí se comparte el fondo.

Señala el artículo 178.4 que

El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no medie violencia o intimidación o que la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad o no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.<sup>134</sup>

Por su parte, establece el artículo 181.3 que

El órgano sentenciador, razonándolo en sentencia, en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, podrá imponer la pena de prisión inferior en grado, excepto cuando medie violencia o intimidación o se realice sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, o concurren las circunstancias mencionadas en el apartado 5 de este artículo.<sup>135</sup>

Esta clase de regla se construye en atención a los dos elementos claves de toda individualización de la pena: la gravedad del hecho y las circunstancias personales del culpable<sup>136</sup>. Por consiguiente, su existencia no representa en realidad un avance en la delimitación con seguridad de las agresiones sexuales de menor entidad, cuestión que quedará a la valoración judicial. Su aporte se concentra en facilitar en el caso de las agresiones sexuales con víctimas de 16 años en adelante un salto cualitativo y no solo cuantitativo de la pena, al dar entrada a la posibilidad de aplicar una pena de multa, como ya venía sucediendo en relación con los correlativos abusos sexuales<sup>137</sup>. En las agresiones sexuales del artículo 181 su efecto consiste únicamente en la rebaja de la duración de la pena de prisión.

En este orden de cosas, y, por lo que a la concreción de la pena de prisión se refiere, pudiera ser que no siempre la aplicación de esta regla específica sea lo más beneficioso para el condenado, dado que en nuestro sistema de determinación de la pena en los delitos dolosos graves y menos graves se recoge una regla que permite la rebaja de la pena hasta en dos grados<sup>138</sup>.

<sup>120</sup> España, Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, art. 181 numeral 5 literal c.

<sup>121</sup> España, Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>122</sup> Véase el artículo 148.4º del Código Penal español.

<sup>123</sup> Art. 180 numeral 1.4ª del Código Penal español.

<sup>124</sup> España, Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, art. 181 numeral 5 literal d.

<sup>125</sup> España, Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, arts. 180 numeral 1.5ª y 181 numeral 1 literal e.

<sup>126</sup> Se trata de las lesiones más graves en atención al resultado causado.

<sup>127</sup> España, Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, arts. 180 numeral 1.6ª y 181 numeral 1 literal f.

<sup>128</sup> España, Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, arts. 180 numeral 1.7ª y 181 numeral 1 literal g.

<sup>129</sup> España, Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, art. 181.

<sup>130</sup> Arts. 180 numeral 3 y 181 numeral 7 del Código Penal español.

<sup>131</sup> Obsérvese que se redujo en un año el límite mínimo de duración de la agresión sexual básica.

<sup>132</sup> Nótese que en el caso del delito de agresión sexual a menores de 16 años se conservó el anterior marco penal del abuso sexual básico (pena de prisión de 2 a 6) y se extendió el marco penal de la agresión sexual básica (prisión de 5 a 10 años) más allá de la utilización de violencia o intimidación.

<sup>133</sup> Arts. 178 numeral 4 y 181 numeral 3, respectivamente, del Código Penal español.

<sup>134</sup> España, Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, art. 178 numeral 4.

<sup>135</sup> España, Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, art. 181 numeral 3.

<sup>136</sup> Art. 66 numeral 1 6ª del Código Penal español.

<sup>137</sup> La duración de esta pena también resulta coincidente: de 18 a 24 meses.

<sup>138</sup> El art. 66 numeral 1. 2º dice así: "cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad

Expresamente se excluye de la aplicación de esta regla las agresiones sexuales cualificadas de los artículos 178.3, 180, parte de las del artículo 181.2<sup>139</sup> y las del artículo 181.5<sup>140</sup>. No se refiere expresamente, sin embargo, a la agresión sexual consistente en acceso carnal y actos asimilados, pero una interpretación basada en la ubicación de la norma, además de su propia entidad que les da un tratamiento autónomo<sup>141</sup>, aboca también a su exclusión.

## IV. Un apunte sobre las consecuencias jurídicas del delito de agresión sexual

A lo largo de estas líneas se ha aludido a la pena principal o típica del delito de agresión sexual en sus distintas modalidades, pero las consecuencias jurídicas asociadas a la agresión sexual van más allá, pudiéndose apreciar claramente el endurecimiento de la reacción estatal<sup>142</sup>.

Aparte de las penas accesorias a la pena de prisión, comunes, por tanto, a toda infracción penal castigada con semejante pena<sup>143</sup>, y de la posibilidad o imperatividad de aplicar penas de alejamiento<sup>144</sup>, se contemplan en el artículo 192.3 del Código Penal, como penas principales, las penas de privación de la patria potestad y de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Si la víctima de la agresión sexual es una persona menor de edad la aplicación de una de ellas, por tiempo de cuatro a diez años, es imperativa por ley. Si no lo es, la decisión sobre este particular es del juez, siendo el marco penal de la pena de seis meses a seis años<sup>145</sup>. También está previsto en ese mismo artículo que se imponga, además de forma imperativa por ley, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad. La duración de esta pena tiene que ser superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuera grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave.

---

de dichas circunstancias atenuantes". España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

<sup>139</sup> Las coincidentes con las del artículo 178.3, recuérdese, la mediación de violencia o intimidación y la realización sobre víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

<sup>140</sup> Nótese que aquí no se recoge la relativa a que el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, que sí estaría presente en el artículo 180. Seguramente se deba a otro error de técnica legislativa.

<sup>141</sup> Arts. 179 y 181 numeral 4 del Código Penal español.

<sup>142</sup> Ampliamente hemos abordado la intensificación de las consecuencias jurídicas de los delitos sexuales en María Marta González Tascón, "El mecanismo de respuesta penal frente al delincuente sexual imputable: del favorecimiento de la ideología inculcadora en detrimento del tratamiento resocializador", en *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI* (Valencia: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019), 379-439; y "La protección de los menores frente al abuso y a la explotación sexual", *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, n.º 21 (2019): 233-298. Tras la redacción de estos artículos, se han aprobado otras leyes que insisten en el endurecimiento de la respuesta jurídica.

<sup>143</sup> Estas penas se regulan en los artículos 54 a 56 del Código Penal.

<sup>144</sup> Utilizamos la denominación de penas de alejamiento o penas en interés de las víctimas para referirnos brevemente a las prohibiciones recogidas en el artículo 48 del Código Penal, esto es, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximarse y la prohibición de comunicarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal. La aplicación de estas penas se disciplina en el artículo 57 del Código Penal, siendo la aplicación de la prohibición de aproximación obligatoria si la víctima de la agresión sexual es una de las personas que forman parte del círculo de la violencia doméstica.

<sup>145</sup> La redacción de la ley no deja claro si también a las agresiones sexuales se ha de vincular la posibilidad de aplicar como pena principal la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, retribuido o no, por el tiempo de seis meses a seis años.

Además de penas, a las personas condenadas a pena de prisión por delito de agresión sexual se les impone la medida de seguridad de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la privación de libertad. Su duración ha de oscilar entre cinco a diez años, si alguno de los delitos sexuales objeto de la condena fuera grave, y entre uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, la aplicación de esta medida de seguridad postpenitenciaria deviene facultativa si se trata de un solo delito cometido por un delincuente primario, estableciéndose como criterio de decisión la menor peligrosidad del autor<sup>146</sup>.

Existen asimismo reglas particulares en el marco de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. En concreto, la LOGILS ha determinado que en estos delitos sea obligatoria la imposición de la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio; la prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos; y la participación en determinados programas, destacadamente aquellos relativos a la educación sexual, a la igualdad de trato y no discriminación y al desarrollo de la parentalidad positiva<sup>147</sup>. Por vía de remisión normativa<sup>148</sup>, todos estos deberes y reglas de conducta se aplican igualmente en la suspensión de la ejecución del resto de la pena, mecanismo que conduce a la libertad condicional, de cuya modalidad más favorable están excluidos desde su previsión en 2015 los condenados por agresión sexual<sup>149</sup>.

La condena por un delito de agresión sexual castigado con pena máxima de prisión superior a cinco años, si, además, se aprecia fundadamente un riesgo grave de comisión de delitos de la misma naturaleza, abre la puerta a la sustitución de la pena de prisión impuesta a los ciudadanos de la Unión Europea que han residido en España durante los diez años anterior por expulsión del territorio nacional<sup>150</sup>.

Se recogen también en el Código Penal disposiciones específicas para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta por el delito de agresión sexual a menor de 16 años cuando la duración de esta pena supera los cinco años. En este caso, es imperativa e irrevocable la imposición del periodo de seguridad, que implica que la persona no puede ser clasificada en tercer grado de tratamiento penitenciario (régimen abierto de cumplimiento de la pena de prisión) hasta que ha cumplido la mitad de la pena. Además, llegado este momento, desde la LOGILS la clasificación en tercer grado no podrá efectuarse sin valoración e informe específico sobre el aprovechamiento por el condenado del programa de tratamiento para condenados por agresión sexual. Se produce así una situación paradójica, dado que semejante disposición condiciona la voluntariedad de la participación en este tipo de programas, ligada en el contexto penitenciario a la dignidad humana, puesto que el condenado que no participe del programa de tratamiento para

---

<sup>146</sup> España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 192 numeral 1.

<sup>147</sup> España, *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*, art. 83 numeral 2, p. 2°.

<sup>148</sup> España, *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*, art. 90 numeral 5.

<sup>149</sup> España, *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 90 numeral 3.

<sup>150</sup> España, *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 89 numeral 4.

agresores sexuales, al no poderse realizar semejante informe, quedará excluido de un régimen de vida menos restrictivo de libertad, que, no ha de olvidarse, es una pieza clave en el proceso de reeducación y reinserción social.

La intensificación de la respuesta penal a través de la LOGILS se observa incluso en Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores<sup>151</sup>, donde, en primer lugar, nos encontramos con que el sobreseimiento del expediente abierto al menor por la comisión de algún delito de agresión sexual cuando pretende fundamentarse en la conciliación con la víctima se supedita a que sea ella la que lo solicite expresamente y a que el menor, además, haya realizado la medida accesoria de educación sexual y de educación para la igualdad<sup>152</sup>. En segundo lugar, solo podrá dejarse sin efecto una medida impuesta por los delitos de agresiones sexuales al amparo de la institución de la modificación de la medida impuesta a un menor<sup>153</sup> –no se extiende a la sustitución de la medida del artículo 51– si se acredita que la persona ha cumplido la obligación de someterse a programas formativos de educación sexual y de educación en igualdad. Esta obligación restrictiva de ambas instituciones resulta imperativa por ley para los responsables penales de los mencionados delitos de agresiones sexuales<sup>154</sup>.

La preocupación por la prevención de la delincuencia sexual se manifiesta igualmente a través de la adopción de otro tipo de medidas restrictivas de derechos. Tal es el caso, de la previsión en el Código Penal de la consecuencia accesoria consistente en la posibilidad de acordar judicialmente la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial<sup>155</sup>. Otro buen ejemplo de prevención, por medio de la restricción de derechos, que se regula fuera del Código Penal, es el establecimiento del requisito de “no haber sido condenado por sentencia firme por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexuales tipificados en el título VIII de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP” para acceder o ejercer cualesquiera profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con personas menores de edad<sup>156</sup>. El cumplimiento de este tipo de restricción se controla a través de la emisión de las correspondientes certificaciones emitidas por el actualmente denominado Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos, creado en 2015.

<sup>151</sup> En España la edad mínima para la intervención penal es 14 años, quedando las personas menores de edad a partir de esta edad sujetos a la aplicación de la mencionada ley.

<sup>152</sup> España, Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, Boletín Oficial del Estado, 13 de enero de 2000, art. 19 numeral 2 p. 2º, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641>.

<sup>153</sup> España, Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, art. 13.

<sup>154</sup> España, Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, arts. 7 numeral 5 y 10 numeral 2. Nótese, no obstante, que la ley fue modificada por la disposición final séptima de la LOGILS, que no está incluida entre las disposiciones aprobadas por ley orgánica.

Adviértase también que la Ley orgánica 8/2021 modificó la Ley (civil) de protección jurídica del menor al objeto de que los menores que no hubiesen cumplido los 14 años de edad en el momento de la realización de un hecho delictivo de naturaleza sexual tuviesen que seguir un módulo formativo en igualdad de género.

<sup>155</sup> España, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, art.129.

<sup>156</sup> España, Ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, Boletín Oficial del Estado, 5 de junio de 2021, art. 57 numeral 1, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9347#:~:text=La%20ley%20tiene%20por%20objeto,integral%2C%20que%20incluyan%20la%20sensibilizaci%C3%B3n%2C>. Se aclara en la ley que este requisito afecta a «todas aquellas, retribuidas o no, que por su propia naturaleza y esencia conllevan el trato repetido, directo y regular y no meramente ocasional con niños, niñas o adolescentes, así como, en todo caso, todas aquellas que tengan como destinatarios principales a personas menores de edad» (art. 57.2).

## Bibliografía

Acale Sánchez, María. "Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma". *IgualdadEs*, n.º 5 (2021): 467-485.

———. "Tratamiento de la sumisión química en la jurisprudencia". En *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.

Álvarez García, Francisco Javier. "La libertad sexual en peligro". *Diario La Ley*, n.º 10007 (2022): 1-20.

———. "Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 25-r3 (2023): 1-28.

Aguado López, Sara. "Las reformas proyectadas de los delitos contra la 'indemnidad sexual' en las leyes integrales de libertad sexual y de protección de la infancia. Especial referencia a los delitos de 'child grooming' y 'sexting' (artículo 183 ter)". En *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.

Agustina, José y María-Neus Panyella-Carbó. "Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas". *Política Criminal* 15, n.º 30 (2020): 527-581.

Asúa Batarrita, Adela. "Las agresiones sexuales en el nuevo Código penal: imágenes culturales y discurso político". En *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*. Vitoria: Universidad del País Vasco, 1998.

Boldova Pasamar, Miguel Ángel. "Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como 'caso de La Manada'". *Diario la Ley*, n.º 9500 (2019): 1-13.

Cabrera Martín, Myriam. *La victimización sexual de los menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*. Madrid: Dykinson, 2019.

Cancio Meliá, Manuel. "Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual". *Diario La Ley*, D-336 (1996).

Caruso Fontán, Viviana. "¿Solo Sí es Sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual". *Diario La Ley*, n.º 9594 (2020).

———. "Reflexiones en torno a la conveniencia de categorizar a los delitos sexuales como agresiones y abusos". En *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.

Catalina Benavente, María de los Ángeles. "Los legítimos intereses en presencia como punto central de la perseguibilidad de los delitos de agresiones, acoso y abusos sexuales: necesidad de una ponderación adecuada". En *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022.

Coca Vila, Ivó. "Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual". *Indret*, n.º 3 (2023): 431-466.

Corrêa Camargo, Beatriz y Joachim Renzikowski. "El concepto de "acto de naturaleza sexual" en el Derecho penal". *Indret*, n.º 1 (2021): 145-165.

Cuerda Arnau, María Luisa. "Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19-09 (2017): 1-45.

De la Mata Barranco, Norberto. "Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* n.º 21-22 (2019): 1-70.

Díez Ripollés, José Luis. *El Derecho Penal ante el sexo. (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual)*. Barcelona: Bosch, 1981.

———. "El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual". *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, n.º 6 (2000).

———. "Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales". En *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

———. "Alegato contra un Derecho penal sexual identitario". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º. 21-10 (2019).

Escudero García-Calderón, Beatriz. "La sumisión química en los delitos sexuales antes y después de la ley del solo sí es sí". En *La perspectiva de género en la Ley del "solo sí es sí". Claves de la polémica*. A Coruña: Colex, 2023.

España. *Constitución Española*. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.

España. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

España. *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*. Boletín Oficial del Estado, 1 de mayo de 1999. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-9744>.

España. *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Boletín Oficial del Estado, 13 de enero de 2000. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641>.

España. *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 2004. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760#:~:text=Por%20esta%20ley%20se%20establecen,custodia%2C%20v%C3%ADctimas%20de%20esta%20violencia>.

España. *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*. Boletín Oficial del Estado, 4 de marzo de 2010. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3514>.

España. *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 23 de junio de 2010. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>.

España. *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 31 de marzo de 2015. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>.

España. *Ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*. Boletín Oficial del Estado, 5 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9347#:~:text=La%20ley%20tiene%20por%20objeto,integral%2C%20que%20incluyan%20la%20sensibilizaci%C3%B3n%2C>.

España. *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*. Boletín Oficial del Estado, 7 de octubre de 2022. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630#:~:text=La%20presente%20ley%20org%C3%A1nica%20pretende,consentida%20y%20la%20extorsi%C3%B3n%20sexual>.

España. *Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Boletín Oficial del Estado, 28 de abril de 2023. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-10213#:~:text=%C2%AB1,seis%20meses%20a%20dos%20a%C3%B1os>.

España Consejo General del Poder Judicial. *Anteproyecto de Ley Orgánica para la garantía integral de la libertad sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2021. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2021-393>.

España Tribunal Supremo. *Sentencia 462/2019*. Boletín Oficial del Estado, 14 de octubre de 2019.

España Tribunal Supremo. *Sentencia 351/2021*. Boletín Oficial del Estado, 28 abril de 2021.

España Tribunal Supremo. *Sentencia 523/2023*. Boletín Oficial del Estado, 29 de junio de 2023.

Faraldo Cabana, Patricia. "Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género". En *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* Barcelona, Bosch, 2019.

———. "La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión". *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, n.º 22 (2019): 381-420.

Faraldo Cabana, Patricia y María Acale Sánchez. *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.

Fuertes Iglesias, Carlos. "La cláusula de consentimiento sexual de los menores en el escenario de un nuevo Derecho penal sexual". Tesis doctoral, Universidad de Zaragoza, 2023.

García Álvarez, Pastora. "El precio de una reforma penal fruto de la presión social", en *La perspectiva de género en la Ley del "solo sí es sí". Claves de la polémica*. A Coruña: Colex, 2023.

Gil Gil, Alicia y José Núñez Fernández. "A propósito de "La Manada": análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 77 (2018): 4-15.

Gili Pascual, Antoni. "Stealthing": Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual". *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 131 (2021): 85-134.

González Agudelo, Gloria. *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (art. 183 quater del Código Penal)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.

González Tascón, María Marta. "El mecanismo de respuesta penal frente al delincuente sexual imputable: del favorecimiento de la ideología inculcadora en detrimento del tratamiento resocializador". En *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

———. "La protección de los menores frente al abuso y a la explotación sexual". *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, n.º 21 (2019): 233-298.

———. "El consentimiento de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual a la realización de actos sexuales con terceros". En *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual. Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022.

— — —. "El delito de agresión sexual en su configuración por la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código penal". *Estudios Penales y Criminológicos* 43, (2023).

— — —. "Una vuelta alrededor del bien jurídico protegido en el título VIII del Libro II del Código penal rubricado 'Delitos contra la libertad sexual'". En *La perspectiva de género en la Ley del "solo sí es sí". Claves de la polémica*. A Coruña: Colex, 2023.

González Rus, Juan José. "Propuesta de un nuevo enfoque sobre la regulación de las agresiones sexuales". En *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.

Hoven, Elisa y Thomas Weigend. *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*. Baden-Baden: Nomos, 2022.

Jericó Ojer, Leticia. "Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal". En *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*. Barcelona: Bosch, 2019.

Lascuráin Sánchez, Juan Antonio. "Las huellas de la manada". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 77 (2018).

López Peregrín, Carmen. "Efectos indirectos de la cláusula del art. 183 quater en los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y elaboración de pornografía infantil". En *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista*. Madrid: BOE, 2021.

— — —. "Agresiones sexuales a menores de 16 años tras la reforma de 2022". En *La perspectiva de género en la Ley del "solo sí es sí". Claves de la polémica*. A Coruña: Colex, 2023.

Malón Marco, Agustín. *La doctrina del consentimiento afirmativo*. Cizur Menor: Aranzadi, 2020.

Maqueda Abreu, María Luisa. "Como construir «víctimas ficticias» en nombre de las libertades sexuales de las mujeres". *Viento Sur*. 7 de diciembre de 2020. <https://vientosur.info/como-construir-victimas-ficticias-en-nombre-de-las-libertades-sexuales-de-las-mujeres/>.

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.

— — —. "Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio ('Solo sí es sí')". En *Estudios penales en homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.

Muñoz Clares, José. "Estudio jurisprudencial sobre la presunción de in consentimiento a efectos sexuales por menores de 13 años de edad". *Revista General de Derecho Penal*, n.º. 12 (2009).

Muñoz Conde, Francisco. "La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso «La Manada»". *Revista Penal*, n.º 43 (2019).

— — —. *Derecho penal. Parte especial, 24ª ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 4/2022, 6/2022, 9/2022, 10/2022 y 11/2002*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022.

Ramón Ribas, Eduardo. "Aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales". En *La perspectiva de género en la Ley del "solo sí es sí". Claves de la polémica*. A Coruña: Colex, 2023.

Ramón Ribas, Eduardo y Patricia Faraldo Cabana. "¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?". En *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.

Ramos Vázquez, José Antonio. "La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial". *Estudios Penales y Criminológicos* XLI, (2021): 307-360.

Serrano González de Murillo, José Luis. "La violación "por actuación conjunta" (art. 180-2ª CP)". *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 131 (2021): 49-84.

ANÁLISIS DEL DELITO DE ACOSO SEXUAL TRAS LA

# LEY ORGÁNICA 10/2022

DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE  
GARANTÍA INTEGRAL  
DE LA LIBERTAD SEXUAL

*Rosario de Vicente Martínez<sup>1</sup>*

**SUMARIO:** I. La proliferación de "acosos". II. Concepto de acoso sexual. III. Evolución legislativa del delito de acoso sexual. IV. El tipo básico: acoso sexual ambiental / horizontal. 1. Solicitud de favores de naturaleza sexual. 2. Relación laboral, docente, de prestación de servicio o análoga, continuada o habitual. 3. Situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. V. Los tipos agravados. 1. Prevalerse de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica o sobre persona sujeta a su guarda o custodia: acoso sexual vertical o asimétrico. 2. El anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas: acoso sexual causal. 3. El acoso sexual por el lugar de comisión: acoso locativo. VI. El tipo hiperagravado: el acoso sexual por la especial vulnerabilidad de la víctima. VII. La responsabilidad penal de las personas jurídicas.

---

<sup>1</sup> Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Castilla-La Mancha, España.

## 1. La proliferación de "acosos"

Hasta la reforma penal de 2010 el término "acoso" aparecía únicamente en el Código Penal en relación con el delito de acoso sexual, en concreto en el artículo 184. Con la reforma penal de 2010, se incorporaron tres nuevos delitos de acoso al Código Penal<sup>2</sup>. En primer lugar, el delito de acoso laboral del artículo 173.1, párrafo segundo, para sancionar conductas de hostigamiento o humillación en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional que se realicen prevaliéndose el sujeto activo de una relación de superioridad y que supongan grave acoso contra la víctima. Esta incorporación se debe a la reacción de la jurisprudencia que demandaba castigar penalmente estas conductas; en segundo lugar, el delito de acoso inmobiliario del artículo 173.1, párrafo tercero, para sancionar a quienes de forma reiterada lleven a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda<sup>3</sup>. Tanto el delito de acoso laboral como el delito de acoso inmobiliario se incluyeron entre los delitos de torturas y contra la integridad moral. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal justifica estas incorporaciones afirmando:

Dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral, se incrimina la conducta de acoso laboral, entendiéndose por tal el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcional que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Con ello quedarían incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico privadas como en el de las relaciones jurídico-públicas.

Igualmente, al hilo de la proliferación, durante la última década, de conductas acosadoras en la esfera de la vivienda, se sanciona también el acoso inmobiliario. Con ello se pretende tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para así alcanzar, en la mayoría de los casos, objetivos especuladores. Distintos pronunciamientos judiciales habían venido poniendo de manifiesto las dificultades que para la represión de estas conductas se derivaba de la ausencia hasta el momento de una específica regulación penal de este fenómeno.<sup>4</sup>

En tercer lugar, el denominado *online child grooming* o ciberacoso sexual a menores regulado en el artículo 183 ter, entre los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en concreto, en el Capítulo II Bis "De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años", justificado en la Exposición de Motivos en el hecho de que

la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por ello, se introduce un nuevo artículo 183 bis mediante el que se regula el internacionalmente denominado «child grooming», previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.<sup>5</sup>

Posteriormente, la reforma penal de 2015 incrementó el catálogo con la incorporación al Código Penal de un nuevo delito de acoso u hostigamiento, conocido por el anglicismo *stalking*, en el artículo 172 ter, entre los delitos contra la libertad, concretamente en el Capítulo III, "De las coacciones", para sancionar el acoso a una persona llevado a cabo de forma insistente y

reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, mediante alguna de las diferentes conductas que se relacionan en el precepto, tales como vigilancia, persecución, contacto a través de cualquier medio de comunicación, etc., y, de este modo, alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima.

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el legislador denomina a esta nueva figura delictiva con el término "acoso":

Dentro de los delitos contra la libertad, se introduce un nuevo tipo penal de acoso que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.<sup>6</sup>

A todo el anterior catálogo de "acosos" se une en 2022 el acoso para no abortar o acoso antiabortista mediante la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo. Fue el Grupo Parlamentario Socialista quien llevó la iniciativa al Congreso. Todos los grupos parlamentarios, excepto el Partido Popular y Vox, acordaron seguir adelante con el trámite para convertir en delito el acoso frente a las clínicas donde se practican interrupciones voluntarias del embarazo. La reforma responde a las críticas que habían despertado los llamados "piquetes antiabortistas", en los que grupos de manifestantes protestan a las puertas de las clínicas en las que las mujeres acuden a ejercer su derecho al aborto. La Ley Orgánica 4/2022 añade un nuevo artículo 172 quater cuyo objetivo es desplazar las protestas antiabortistas lejos de las clínicas en las que acuden las mujeres a ejercer el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. No obstante, algunos autores entienden que no parece que estas intenciones se logren con el nuevo artículo 172 quater<sup>7</sup>.

En ese mismo año, en la posterior Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, el legislador incrementó el catálogo de delitos de acoso con nuevas tipificaciones. Por un lado, el acoso callejero, delito que se introduce en el artículo 173 y que solo se aplica si la conducta no constituye un delito de mayor gravedad. El Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 25 de febrero de 2021 no se mostró decididamente partidario de la tipificación de este nuevo acoso, señalando: "desde los postulados del principio de intervención mínima del Derecho Penal, debería ceñirse el espacio típico a aquellas conductas con entidad suficiente para lesionar el bien jurídico, bien por el contexto relacional en que se producen bien por la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo"<sup>8</sup>. Por su parte, el Consejo Fiscal en su Informe sobre el Anteproyecto interesó asignar menor pena al delito de acoso sexual callejero por suponer una quiebra del principio de proporcionalidad, si se atiende a la sanción asignada a conductas tales como el delito leve de lesiones del artículo 147.2, por ejemplo.

Y, por otro lado, el acoso mediante uso indebido de la imagen de otro. En el artículo 172 ter, en un nuevo apartado 5, introduce la Ley Orgánica 10/2022, un nuevo delito, íntimamente ligado a internet, el acoso mediante uso indebido de la imagen de otro o delito de usurpación de imagen

<sup>2</sup> Francisco Muñoz Conde, "Diversas modalidades de acoso punible en el Código penal", en *El acoso: tratamiento penal y procesal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 15 y ss.; Manuel Jesús Dolz Lago, "El acoso ante el derecho: fronteras interdisciplinarias", en *Diario La Ley*, n.º 9112 (2018).

<sup>3</sup> Sobre el delito de acoso inmobiliario, véase: Rosario De Vicente Martínez, "El acoso inmobiliario: un nuevo delito más al cesto del Derecho penal", en *El Derecho Penal Económico y Empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo* (Madrid: Colex, 2010), 203 y ss.

<sup>4</sup> España, *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Boletín Oficial del Estado, 23 de junio de 2010, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>.

<sup>5</sup> España, *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

<sup>6</sup> España, *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Boletín Oficial del Estado, 31 de marzo de 2015, <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>.

<sup>7</sup> Miriam Cugat Mauri, "La tipificación del acoso a abortistas como antieje de técnico jurídica", en *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos*. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés (Madrid: Tirant lo Blanch, 2023), 1289 y ss.

<sup>8</sup> España Consejo General del Poder Judicial, *Anteproyecto de Ley Orgánica para la garantía integral de la libertad sexual* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2021), <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2021-393>.

en redes sociales o medios de difusión pública.

La creación o proliferación de distintos tipos delictivos de acoso se debe en buena parte, como afirma Muñoz Conde, al deseo del legislador de que una interpretación demasiado estricta de los delitos tradicionales contra la libertad y la libertad sexual, dejen sin sanción hechos que en una opinión pública muy sensibilizada considera que deben ser objetos de sanción penal<sup>9</sup>.

## 2. Concepto de acoso sexual

Un primer concepto o definición del término "acoso sexual" se encuentra en la Recomendación de la Comisión Europea, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, para la que: "[e]l acoso sexual es la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. Esto puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados"<sup>10</sup>. Por consiguiente, para la citada Recomendación, hay un tipo amplio de comportamiento que puede ser considerado como acoso sexual y resulta inaceptable si dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma; si la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte del empresario o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional o al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo, y/o si dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma.

La ya derogada Directiva 2002/73/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modificaba la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en su artículo 2, apartado 2 disponía que a efectos de la presente Directiva se entenderá por acoso sexual: "la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo"<sup>11</sup>.

En la legislación española es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, BOE, núm. 71, de 23 de marzo, en el apartado 1 del artículo 7 la que ofrece un concepto de acoso sexual: "[c]onstituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo"<sup>12</sup>.

En el ámbito jurisprudencial fue la sentencia del Tribunal Constitucional 224/1999, de 13 de diciembre, la que por primera vez ofreció un concepto de acoso sexual. Para el Tribunal Constitucional el término acoso sexual "consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no

deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador"<sup>13</sup>. En este sentido, para que una acción sea calificada como tal debe cumplir una serie de premisas o requisitos, íntimamente relacionados entre sí:

- El elemento objetivo: que el acoso se exteriorice en comportamientos de tipo físico o verbal, es decir, que puede consistir en actos, gestos o palabras.
- El elemento subjetivo: que tal conducta se manifieste por su víctima como indeseada e indeseable, quedando fuera aquellos actos o actitudes que sean fruto de una relación libremente asumida, previamente deseada, consentida o, al menos, tolerada.

De todos los anteriores conceptos se desprende la principal característica del acoso sexual, esto es, que es indeseado por parte de la persona objeto del mismo, y corresponde a cada individuo determinar el comportamiento que le resulta aceptable y el que le resulta ofensivo. La atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva, si bien un único incidente de acoso puede constituir acoso sexual si es lo suficientemente grave. Lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo.

La importancia de luchar contra el acoso sexual ha llevado a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias a dictar la Instrucción de 26 de mayo de 2021 relativa a las medidas para evitar el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral penitenciario; procedimiento informal para abordar estas situaciones. La Instrucción supone un compromiso institucional de tolerancia cero ante el acoso sexual y ante actitudes ofensivas, discriminatorias y/o abusivas por razón de sexo u orientación sexual. Asimismo, da pautas de actuación y establece un procedimiento de carácter informal que incide en el ámbito de la prevención y de la corrección para procurar revertir con diligencia este tipo de situaciones o conductas.

No hay que olvidar que recientemente España ha ratificado el Convenio sobre la violencia y el acoso (núm. 190) adoptado en Ginebra el 21 de junio de 2019 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>14</sup>. El citado Convenio tiene por objetivo proteger a las personas frente "a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo"<sup>15</sup>. A efectos del Convenio, la expresión "violencia y acoso en el mundo del trabajo" designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, término este último que designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual. Con dicha ratificación, España ha dado un paso muy importante y decisivo para la prevención de estas conductas.

9 Francisco Muñoz Conde, "Diversas modalidades de acoso punible en el Código penal", 20.

10 España Comisión de las Comunidades Europeas, *Recomendación de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo* (Madrid: Comisión de las Comunidades Europeas, 1992), <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1992-80204>.

11 España Comisión de las Comunidades Europeas, *Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo* (Madrid: Comisión de las Comunidades Europeas, 2002), <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2002-81758>.

12 España, *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres*, Boletín Oficial del Estado, 23 de marzo de 2007.

13 España Tribunal Constitucional, *Sentencia 224/1999*, Boletín Oficial del Estado 17, 13 de diciembre de 1999, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3966>.

14 España Jefatura del Estado, *Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019* (Madrid: Jefatura del Estado, 2022), <https://www.boe.es/boe/dias/2022/06/16/pdfs/BOE-A-2022-9978.pdf>.

15 España Jefatura del Estado, *Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019*.

### 3. Evolución legislativa del delito de acoso sexual

Aunque el acoso sexual es tan viejo como la propia humanidad, no fue hasta 1995 cuando el legislador introdujo, como novedad, entre los delitos contra la libertad sexual, el delito de acoso sexual como figura autónoma. Con este delito el legislador del nuevo Código penal de 1995 pretendía dar respuesta a reivindicaciones y presiones feministas.

Era la primera vez que en el texto punitivo se incluía una modalidad de acoso punible bajo dicho término, aunque la figura no fuera por completo desconocida por el legislador anterior pues hay que recordar que en el Código penal de 1973 se contaba con un tipo semejante, aunque relacionado con los funcionarios públicos.

El Código penal de 1995 dedica el Capítulo III, "Del acoso sexual", del Título VIII, "Delitos contra la libertad sexual", del Libro II del Código penal, a tipificar el acoso sexual. El Proyecto de 1994 no contemplaba este delito que fue introducido en el trámite de Ponencia en el Congreso de los Diputados en virtud de tres enmiendas de los Grupos Parlamentarios Vasco, Popular e Izquierda Unida, si bien lo ubicaban en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores<sup>16</sup>. El informe de la Ponencia aprobaba un nuevo artículo 175 bis, "que recoge el espíritu de otras enmiendas presentadas". Dicho artículo formaba parte de un nuevo Capítulo II bis titulado "Del acoso sexual" y establecía:

El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaleciendo de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses.<sup>17</sup>

Al mes siguiente, el Dictamen de la Comisión y escrito de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno recogía el nuevo Capítulo II bis, "Del acoso sexual" y su artículo 175 bis. En el texto final aprobado el nuevo delito de acoso sexual fue incorporado al catálogo de delitos del Código penal con el ordinal 184, pero con el mismo tenor literal. Llama la atención que, a pesar de tratarse de un delito nuevo, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, núm. 281, de 24 de noviembre, no contenga ninguna justificación, explicación o referencia a este nuevo precepto.

Hasta entonces la tutela en este ámbito se llevaba a cabo únicamente a través del derecho laboral, lo que había propiciado que amplios sectores sociales considerasen insuficiente la protección que brindaba y brinda el ordenamiento laboral y reclamaban la utilización del Derecho penal para la represión de estas conductas, basándose principalmente en la Recomendación General núm. 19 sobre la violencia contra la mujer adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, establecido en virtud de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 y que entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

Tras la incorporación del delito de acoso sexual al texto punitivo, una de las primeras sentencias que apreciaron el mismo fue la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Cartagena de 3 de marzo de 1998. Según los hechos probados, el propietario y gerente de una empresa le propuso a una de sus empleadas

ir a tomar unas copas con él, añadiendo que después harían "eso", aclarando que "ya sabía a lo que se refería, que no era tonta y no se chupaba el dedo", requiriéndole ese mismo día una respuesta, diciéndole que, de ser positiva "lo tendría todo en la empresa" y, en caso de negativa, "no tendría nada", esto es, no le haría contrato y tendría que marcharse, reclamándole el acusado a los dos días las llaves de la oficina; comunicándole que había decidido prescindir de sus servicios.<sup>18</sup>

La sentencia condenó al propietario y gerente

como autor de un delito de acoso sexual a la pena de 8 meses de multa, con cuota diaria de 2.000 ptas., a abonar en 8 plazos de un mes, el primer día hábil de cada uno y a que indemnice a la empleada en 500.000 ptas., con abono de la mitad de las costas, incluidas las de la acusación particular, absolviéndole, al propio tiempo, del delito de coacciones que también se le imputaba, con declaración de oficio de la mitad de las costas procesales.<sup>19</sup>

Esta resolución fue confirmada posteriormente por la Audiencia Provincial de Murcia en sentencia de 21 de septiembre de 1998.

Se ha dicho que la virtualidad práctica de este delito era bastante escasa, seguramente por ofrecer una dificultad de prueba considerable, por lo que cumplía más una función social de represión específica de estas conductas que una efectiva punición penal. Sin embargo, en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2022, en la evolución de los delitos de acoso sexual calificados en conductas contra menores se observa que en 2018 la cifra fue de 31, en 2019 de 29, en 2020 subió a 32 y todavía más en 2021 con 41 casos; apreciándose mayor número cuando se trata de conductas contra mayores: 2018 arrojó la cifra de 82, alcanzando en 2019 la cifra de 89, elevándose a 98 en 2020 y 89 en 2021<sup>20</sup>, cifras nada despreciables.

En su redacción original, el artículo 184 solo contemplaba el acoso sexual "prevaleciendo de una situación de superioridad laboral, docente o análoga", por lo que cuatro años más tarde, la reforma del artículo 184 operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, BOE núm. 104, de 1 de mayo, le dio al delito de acoso sexual un contenido más amplio, pues junto al tipo ya existente, que pasó a integrar el número 2 del artículo 184 con ligeras modificaciones, amplió las conductas punibles añadiendo los números 1 y 3, estableciendo, en consecuencia, cuatro tipos de conductas.

En primer lugar, un tipo básico que tipifica lo que la doctrina ha denominado "acoso sexual ambiental", recogido en el número 1 del artículo 184 cuya conducta típica consiste en solicitar favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocar a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante; en segundo lugar, dos tipos agravados o cualificados previstos en el número 2 del precepto y cuyo primer inciso coincide con la redacción original del artículo 184 y que se ha denominado por la doctrina como "abuso sexual con prevalimiento", "chantaje sexual"<sup>21</sup>, "acoso de intercambio" o "*quid pro quo*", esto es, el acoso sexual cometido prevaleciendo de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, y el tipo agravado basado en la comisión del hecho con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación y, en cuarto lugar, un tipo hiperagravado por razón de la víctima

<sup>18</sup> Colombia Juzgado de lo Penal de Cartagena, *Sentencia de 3 de marzo de 1998*, Boletín Oficial del Estado, 3 de marzo de 1998.

<sup>19</sup> Colombia Juzgado de lo Penal de Cartagena, *Sentencia de 3 de marzo de 1998*.

<sup>20</sup> España Fiscalía General del Estado, *Memoria de la Fiscalía General del Estado* (Madrid: Fiscalía General del Estado, 2022), 1041 y 1042.

<sup>21</sup> "Chantaje" porque el sujeto acosador utiliza las facultades de decisión que posee sobre la situación laboral de la trabajadora, dándole la opción entre sufrir un perjuicio en su condición laboral o realizar los comportamientos sexuales requeridos. El Tribunal Constitucional en su sentencia 244/1999, de 13 de diciembre, lo define como el acto por el que "el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción o la formación profesional o cualesquiera otras condiciones en el trabajo o salario".

<sup>16</sup> Sobre dicha ubicación, véase más extensamente: Rosario de Vicente Martínez, "Análisis del delito de acoso sexual, su futura reforma y el debate en torno a su ubicación sistemática", en *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: Propuestas de reforma* (Madrid: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022), 536 y ss.

<sup>17</sup> Rosario de Vicente Martínez, "Análisis del delito de acoso sexual, su futura reforma y el debate en torno a su ubicación sistemática".

previsto en el número 3 del precepto, "cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación". La reforma suprimió el término "análogas" por su absoluta indeterminación e incrementó notablemente las penas en este delito.

La reforma penal de 1999 además de modificar la rúbrica del Título VIII que pasaría a tener la siguiente redacción, "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", modificó los Capítulos I a V de dicho Título, pasando el Capítulo III a denominarse "Del acoso sexual". El artículo 184 quedó redactado, por consiguiente, con el siguiente tenor literal:

1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses.
2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses.
3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 del presente artículo.<sup>22</sup>

El delito de acoso sexual fue modificado nuevamente por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003, reforma que solo afectó a la penalidad. En primer lugar, dada la supresión de la pena de arresto del catálogo de penas previsto en el artículo 33 del Código penal, establece penas de prisión frente a las antiguas penas de arresto y, en segundo lugar, incrementa su duración.

Aunque la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, reformó los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales con el fin de trasponer la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y pornografía infantil, dicha reforma no afectó al delito de acoso sexual.

Posteriormente, el 25 de agosto de 2022 el Pleno del Congreso de los Diputados concluía la tramitación de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Unos días después, el texto definitivo era publicado en el Boletín Oficial del Estado de 7 de septiembre y conforme a la Disposición Final vigesimoquinta entraría en vigor, excepto algunas partes, a los 30 días de su publicación, esto es, el 7 de octubre. La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, en su Disposición Final 4ª modifica algunos preceptos del Código penal<sup>23</sup> y, sobre



todo, incide en los delitos contra la libertad sexual, volviendo a la rúbrica que inauguró la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, "Delitos contra la libertad sexual".

Por lo que respecta al delito de acoso sexual, el mismo pasa a tener la siguiente redacción:

1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente, de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses.
2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o sobre persona sujeta a su guarda o custodia, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses.
3. Asimismo, si el culpable de acoso sexual lo hubiera cometido en centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, custodia o acogida, incluso de estancia temporal, la pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 443.2.
4. Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, la pena se impondrá en su mitad superior.
5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.<sup>24</sup>

## 4. El tipo básico: acoso sexual ambiental/horizontal

<sup>22</sup> España, Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Boletín Oficial del Estado, 1 de mayo de 1999, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-9744>.

<sup>23</sup> Véase Vicente Magro Servet, "Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía de la libertad sexual", en *Diario La Ley*, n.º 10133 (2022).

<sup>24</sup> España, Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, Boletín Oficial del Estado, 7 de octubre de 2022, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630#:~:text=La%20presente%20ley%20org%C3%A1nica%20pretende,consentida%20y%20la%20extorsi%C3%B3n%20sexual>.

Aunque el Capítulo III del Título VIII lleva por rúbrica "Del acoso sexual" y así se ha denominado al delito, llama la atención que el término acoso no esté presente ni se le mencione como elemento integrante de la conducta típica.

Esta modalidad básica de acoso sexual nació, "paradójicamente"<sup>25</sup>, cuatro años más tarde que la que constituye una de sus modalidades agravadas, la prevista en el apartado 2 del artículo 184 que, a diferencia de esta, no exige la existencia de una situación de superioridad.

El tipo básico castiga el acoso sexual entre iguales, entre sujetos que comparten una misma posición en el ámbito laboral, docente, de prestación de servicios o análoga, que se caracteriza por enrarecer el ambiente de trabajo, de ahí su denominación como "acoso sexual ambiental". Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2003:

la doctrina científica ha entendido que se ha tipificado como tipo básico el denominado acoso ambiental, y no propiamente ya el constitutivo de abuso de superioridad (prevaliéndose el culpable de una situación de abuso de superioridad), que pasa ahora a ser considerado como un subtipo agravado, junto al acoso sexual causal.<sup>26</sup>

También el Tribunal Constitucional ha hecho uso del término acoso sexual ambiental y en su sentencia 224/1999, de 13 de diciembre, afirma:

para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. En efecto, la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo.<sup>27</sup>

El tipo básico implica, por tanto, la presencia de tres elementos: en primer lugar, la solicitud de favores de naturaleza sexual a otra persona para sí o para un tercero; en segundo lugar, que dicha solicitud se realice en un determinado contexto, esto es, en el ámbito de una relación laboral, docente, de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual y, en tercer lugar, que se provoque a la víctima una situación grave y objetivamente intimidatoria, hostil o humillante<sup>28</sup>. Elementos o requisitos que también deben concurrir o estar presentes en las modalidades agravadas.

<sup>25</sup> Expresión utilizada por Enrique Orts Berenguer y Carlos Suárez Mira Rodríguez, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2001), 165.

<sup>26</sup> España Tribunal Supremo, Sentencia 1460/2003, Boletín Oficial del Estado, 7 de noviembre de 2003, <https://vlex.es/vid/delito-acoso-sexual-16206507>.

<sup>27</sup> España Tribunal Constitucional, Sentencia 224/1999.

<sup>28</sup> La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2015 hace referencia expresa a dos elementos más que son obvios: en primer lugar, que entre la acción que despliega el agente y el resultado exigido por la norma penal exista un adecuado enlace de causalidad y, en segundo lugar, que el autor obre con dolo, al no permitir la Ley formas imperfectas en su comisión.

## 4.1. Solicitud de favores de naturaleza sexual

El elemento nuclear o central del delito de acoso sexual es la solicitud de favores sexuales. Solicitar es pedir, manifestar que se quiere o desea alguna cosa o pretender una cosa con diligencia, por lo que la petición puede ser expresa o implícita si bien teniendo como contenido la demanda o petición de favores sexuales. Para la jurisprudencia, tal requisito queda cumplido "cuando media petición de trato o acción de contenido sexual que se presente seria e inequívoca, cualquiera que sea el medio de expresión utilizado"<sup>29</sup>, de tal modo que dicha conducta resulte indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufre<sup>30</sup>. Desde esta perspectiva el acoso sexual es algo previo, que persigue precisamente el abuso o la agresión sexual, pero que adquiere rasgos propios delictivos en función de la protección penal que se dispensa a la víctima cuando se produce dicha petición en el ámbito laboral, docente o de prestación de servicios<sup>31</sup>.

El precepto no limita los medios o vías de dicha solicitud por lo que son indiferentes, bien oralmente, por escrito, realización de dibujos obscenos, gestos, etc. Solo necesita dicha petición ser exteriorizada de modo que pueda ser comprendida por el destinatario, o como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2014:

El comportamiento típico consiste en una directa e inequívoca solicitud a la víctima de comportamientos cuya administración le corresponde en su autonomía sexual. Es de subrayar que esa solicitud no tiene que ser necesariamente verbalizada, bastando que se exteriorice de manera que así pueda ser entendida por la persona destinataria.<sup>32</sup>

Basta, por tanto, la mera solicitud o petición, ya sea realizada de forma explícita o implícita pero que, en todo caso, se revele de manera inequívoca. La solicitud no tiene necesariamente

que verbalizarse de forma explícita, sino que puede concretarse en la realización de actos concluyentes, como tocamientos o insinuaciones, aunque normalmente será de palabra. Para que la actitud requirente sea típica es preciso que se produzca el rechazo del destinatario o destinataria. De tal suerte que el delito se consuma desde su formulación, de cualquier manera que sea si le sigue el efecto de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, pero sin que sea necesario que alcance sus objetivos.

Aunque el tipo penal parece, al menos literalmente, no exigir más que una solicitud, se ha planteado en la doctrina<sup>33</sup> y en la jurisprudencia si basta con una sola solicitud o, por el contrario, es necesaria una cierta reiteración. Desde la jurisprudencia se opta por la segunda vía al considerar que una única solicitud difícilmente puede generar un clima hostil, humillante u ofensivo. Por ello, el Tribunal Supremo, en reiteradas ocasiones, ha estimado que la solicitud comienza a tener relevancia penal cuando se reitera tras el rechazo claro de la persona solicitada que manifiesta que la considera ofensiva<sup>34</sup>. Desde la jurisprudencia menor también se opta por este entendimiento al considerar que es necesario que el sujeto persista a pesar de que la víctima lo ha rechazado, siendo precisas situaciones de cierta reiteración o insistencia por parte del agente<sup>35</sup> (sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 31 de julio de 2002, o sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 21 de enero de 2003).

Sin embargo, también es posible encontrar sentencias que, pese a que solo hubo un requerimiento, apreciaron un delito de acoso sexual, como sucede en la sentencia de

<sup>33</sup> A favor de que el tipo penal no exige una conducta reiterada, véase, Inés Olaizola Nogales, "La relación entre el delito de acoso sexual y el delito de acoso laboral", en *Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas* (Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2020), 618. En contra Esther Pomares Cinta, "Caso práctico 2. Acoso sexual", en *Casos reales de violencia y acoso en el trabajo. Análisis interdisciplinar de las sentencias más relevantes* (Bilbao: Lettera Publicaciones SL, 2010), 104.

<sup>34</sup> Por ejemplo, en sentencia de 7 de noviembre de 2003.

<sup>35</sup> Para mejor ilustración la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 31 de julio de 2002, o sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 21 de enero de 2003.

<sup>29</sup> España Tribunal Supremo, Sentencia 1135/2000, Boletín Oficial del Estado, 23 de junio de 2000, <https://vlex.es/vid/delito-acoso-sexual-an-15200328>.

<sup>30</sup> España Tribunal Supremo, Sentencia 1135/2000.

<sup>31</sup> España Tribunal Supremo, Sentencia 1460/2003.

<sup>32</sup> España Tribunal Supremo, Sentencia 830/2014, Boletín Oficial del Estado, 28 de noviembre de 2014, <https://vlex.es/vid/551913378>.

la Audiencia Provincial de Murcia de 21 de septiembre de 1998. Aunque, en efecto, el tipo penal hable en singular de "solicitud", ello no se conjuga bien con el verbo acosar que, como recuerda la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 11 de febrero de 1991, "significa, entre otras acepciones, perseguir y fatigar a una persona ocasionándole molestias o trabajos". En esta misma línea, la sentencia de 23 de agosto de 1994 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia lo define como "la conducta de perseguir y fatigar a una persona ocasionándole molestias y trabajos mediante propuestas de naturaleza sexual que resultan ofensivas para la víctima"<sup>36</sup>.

La solicitud debe tener carácter o naturaleza sexual al exigir el legislador que la solicitud recaiga sobre un "favor sexual". La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de julio de 2016 considera que existe una clara solicitud de favor sexual en el hecho de pronunciar frases soeces de claro propósito sexual, llegando el acusado a mostrar los genitales a la víctima al tiempo que le impedía salir del lugar sujetando la puerta diciendo "mira cómo me pones, echamos un polvo". Asimismo, para la Audiencia Provincial de Valladolid en su sentencia de 7 de junio de 2021, este requisito queda cumplido cuando, conforme al relato histórico de los hechos, de manera inequívoca el acusado los días 2, 4 y 5 de enero de 2019 se dirigió a la víctima diciéndole "vaya culazo tienes, llevas demasiada ropa, estaría mejor que llevaras menos para ver lo que hay debajo"<sup>37</sup>, ante lo cual, ella le manifestó su negativa y que estas insinuaciones la molestaban y que no deseaba nada con él. Pese a ello

durante esos días, el acusado insistía en que Sandra se fuera con él al terminar la jornada en su coche, manifestándole que quería tomar café con ella fuera del trabajo, que quería verla con ropa sexy y que, como su mujer trabajaba los fines de semana, tenían su domicilio para ir los dos juntos.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> España Tribunal Superior de Justicia de Galicia, *Sentencia 3141/94*, Boletín Oficial del Estado, 23 de agosto de 1994.

<sup>37</sup> España Audiencia Provincial de Valladolid, *Sentencia de 7 de junio de 2021*, Boletín Oficial del Estado, 7 de junio de 2021.

<sup>38</sup> España Audiencia Provincial de Valladolid, *Sentencia de 7 de junio de 2021*.

La solicitud puede tener como destinatario el propio sujeto activo o bien un tercero, tal y como dispone el precepto: "para sí o para un tercero", cuyo sexo resulta indiferente. En estos casos, si se logra la consecución del propósito perseguido por el intermediario, este respondería por acoso y el tercero, si su dolo abarca el conocimiento del modo en que se obtuvo el favor, por un delito de agresión sexual. Incluso puede darse concurrencia delictiva si se consiguió la colaboración del intermediario mediante amenazas, chantaje, coacción, etc.

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual ha incrementado la pena del tipo básico que pasa de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses a la pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e incorpora, además, *ex novo* la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses.

## 4.2. Relación laboral, docente, de prestación de servicio o análoga, continuada o habitual

El ámbito donde debe producirse la acción nuclear del tipo, petición de favores sexuales, es un elemento sustancial al delito y es la causa de su incorporación como tipo penal a partir del Código Penal de 1995. Dicho ámbito es definido por el legislador como "una relación laboral, docente, de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual"<sup>39</sup>, por tanto, solo es delictiva la solicitud si se da en dicho ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, por lo que es posible el acoso sexual horizontal. Para la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 15 febrero de 2018, el término "ámbito" debe entenderse como "con ocasión".

El fundamento del denominado "acoso ambiental", recuerda la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Puerto del Rosario de 4 de julio de 2022, hay que buscarlo en la mayor protección que debe dispensarse a las víctimas que se encuentren en uno de tales ámbitos, en

<sup>39</sup> España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

donde las relaciones se enmarcan en un segmento de mayor riesgo a ser sometidas a tratos de naturaleza sexual por parte de sus potenciales hostigadores, en donde concurrirá de ordinario alguna situación de superioridad (pero que la ley no exige), siendo también posible su consideración típica cuando el acoso sexual se produzca en un cuadro de horizontalidad.<sup>40</sup>

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre ha recuperado el término "análoga", desaparecido del tenor literal del precepto en la reforma penal de 1999, lo que permite la ampliación del ámbito típico.

Fue en la reforma penal de 1999 cuando se introdujo expresamente la categoría de prestación de servicios tomada del Derecho laboral, categoría que hace extensible el delito no solo al trabajo en régimen de dependencia y por cuenta ajena, sino a toda relación profesional existente entre las partes, quedando de esta manera también protegido el colectivo autónomo. Para el Tribunal Supremo:

satisface las exigencias del tipo penal, pues tal relación de servicios tiene que ser interpretada en el sentido de relación laboral, docente o afín a la misma, siendo meridianamente claro que la corporación municipal produce en su conjunto servicios públicos de incuestionable vocación continuada, incluso con rango constitucional.<sup>41</sup>

La relación de prestación de servicios se caracteriza porque no hay entre los sujetos un vínculo laboral, sino que se trata de profesionales independientes que contratan unas prestaciones con más o menos asiduidad. Por ello, la prestación de servicios puede integrarse por situaciones, como las relaciones comerciales de cualquier índole con clientes, por ejemplo, de abogados, arquitectos, vendedores, etc.<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> España Juzgado de lo Penal de Puerto del Rosario, *Sentencia de 4 de julio de 2022*, Boletín Oficial del Estado, 4 de julio de 2022.

<sup>41</sup> España, *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal*, aprobado por *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*.

<sup>42</sup> Manuel Gómez Tomillo, "Artículo 184", en *Comentarios Prácticos al Código penal* (Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2015), 541.

El tipo penal requiere que la relación sea continuada o habitual, esto es, que se mantenga ininterrumpidamente o que consista en una reiteración de prestaciones. Esta exigencia es razonable pues, como apunta un sector de la doctrina, solo ante vínculos de cierta permanencia tiene algún sentido esta figura delictiva. En cualquier caso, la relación laboral y la docente suelen presentar de por sí esas características.

Al incluir el legislador el inciso "continuada o habitual", si las relaciones son coyunturales o esporádicas no constituirán un marco determinante de respuesta específica en la tutela de la libertad personal<sup>43</sup>. Asimismo, al presuponer la existencia previa de una relación laboral o de otro tipo, no se aplicaría el delito a quienes solicitaren favores sexuales para, por ejemplo, obtener un puesto de trabajo o cuando la entrevista laboral es aprovechada por el entrevistador para solicitar favores sexuales.

## 4.3. Situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante

Con el comportamiento del sujeto activo se ha de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante que constituye el resultado del delito. La ley penal con este aspecto se refiere a un doble requisito: de un lado, una situación objetiva, pues no bastan meras impresiones al modo de una mera caracterización personal de la víctima; de otro, como resultado delictivo que indiscutiblemente requiere el tipo penal.

En efecto, para evitar una excesiva subjetivación, según la sensibilidad de la víctima, el legislador ha introducido el término "objetiva". Al exigirse que la situación sea "objetiva" queda claro que no bastan meras

<sup>43</sup> Véase a título de ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 21 de enero de 2003 que advierte: "en su redacción literal excluye la mera relación coyuntural o esporádica como es el caso, en el que la víctima fue a trabajar solo el día que ocurrieron los hechos, no pudiendo encuadrarse la conducta enjuiciada en dicho tipo delictivo, sin que quepa darle una interpretación extensiva de dicho artículo, pues ello vulneraría el principio de legalidad".

impresiones, quedando descartada una visión puramente subjetiva. La valoración objetiva supone, en definitiva, acudir al baremo del/a espectador/a objetivo/a.

Por otro lado, el legislador recurre a conceptos valorativos: intimidatoria, hostil o humillante que casan poco con el principio de taxatividad, pero cuyo antecedente se encuentra en la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 1991 sobre protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo que en su artículo 15, en la letra c) alude a que "dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma"<sup>44</sup>.

Esta situación intimidatoria, hostil o humillante no delimita el medio comisivo del delito de acoso sexual, sino que alude a un resultado que necesariamente ha de producirse como consecuencia de las solicitudes de favores sexuales realizadas por el sujeto activo.

La intimidación supone una afectación de la libre configuración de la voluntad, la hostilidad surge cuando se produce una marginación del trabajador por no acceder a la solicitud requerida y la humillación concurre cuando se ridiculiza a la víctima.

El legislador añade, además, el adverbio "gravemente", que se predica tanto de la situación intimidatoria como de la hostil o humillante, y que servirá, en consecuencia, para delimitar cuándo las características de la acción desbordan las previsiones protectoras del ordenamiento civil o del laboral, y se adentra el comportamiento desplegado en el ámbito de lo penal. Así, en el caso de un concejal del Ayuntamiento que, entre los meses de junio y septiembre de 2019 con manifiesta intención de satisfacer sus deseos de naturaleza sexual, realizó múltiples propuestas de naturaleza sexual mediante WhatsApp<sup>45</sup> a una compañera de trabajo, pese

a ser conocedor de las constantes negativas de la misma. El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Puerto del Rosario en su sentencia de 4 de julio de 2022 condenó al concejal como autor de un delito continuado de acoso sexual del artículo 184 y 74 del Código Penal a la pena de cuatro meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a indemnizar a la víctima en la

cantidad de tres mil euros.

## 5. Los tipos agravados

El apartado 2 del artículo 184 contiene dos modalidades diferenciadas que formula alternativamente: la relación de prevalencia o superioridad laboral, docente o jerárquica, o sobre persona sujeta a su guarda o custodia y/o el anuncio de causar un mal relacionado con las legítimas expectativas que la víctima tenga o pueda tener en el marco de esa relación.

La jurisprudencia se ha mostrado partidaria de la doble modalidad alternativa diferente, por lo que en el acoso con prevalimiento no se exige que el autor tenga potestad para tomar decisiones que afecten las legítimas expectativas de la víctima y viceversa.



(...) que me encantas", "te estoy echando los tejos?", "estás tremenda", "y me encantas", "a mí me tienes loco", "desde cuando no echas un polvo?", "si tú y yo" "quisiéramos algún día" "acostarnos" "se lo contaría", "eres abierta en la cama", "pero escucha me encantas y tienes mucho morbo y quería saber cómo eres", "compañera" "que me molas mucho" "y me das morbo" "y quería saber cómo eras", "te has enrollado con alguien a simple vista?", "que si harías el amor con alguien que te guste la primera vez y sin rodeos", "y donde te pone hacerlo" "en la cama" "o por ahí" "entonces lo podrías hacer en cualquier parte?", "si nosotros nos atrajéramos" "atrajéramos" "lo harías en el despacho?", "pero responde" "se franca" "no me vale" "sé sincera" "si nos gustáramos" "follarías conmigo en el despacho?", "en el ayuntamiento espero hacerlo contigo", "y en el ayuntamiento espero hacerlo contigo", "eres muy guapa" "y tienes mucho morbo" "pero eres muy fría", "sabes lo que soñé contigo" "que te hacía el amor en el despacho", "ahora que vamos a ser compañeros 4 años yo querría hacerte el amor el despacho", "lo probarás", "te lo haré", "y sabes porque tú vas a acceder", "y tú vas a acceder", "porque te va a poner", etc.

Junto a ambos tipos agravados, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ha añadido uno más en el nuevo apartado 3 del artículo 184 del Código Penal basado en el lugar de la comisión del acoso: centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras o cualquier otro centro de detención, custodia o acogida.

<sup>44</sup> España Comisión de las Comunidades Europeas, Recomendación de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, art. 15 literal c.

<sup>45</sup> Según los hechos probados, "entre los mensajes enviados cabe destacar: el 29 de junio de 2019 entre las 01:01 y las 04:33 de la madrugada el acusado hizo a Ana María comentarios como "guapa", "pero eres genial", "puedo decirte algo (...) y no te enfadas

## 5.1. Prevalerse de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica o sobre persona sujeta a su guarda o custodia: acoso sexual vertical o asimétrico

La conducta típica del tipo agravado de acoso sexual por prevalimiento apenas difiere de la que da vida a la modalidad básica salvo por añadir un factor de gran relevancia: la comisión del hecho prevaleándose el culpable de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, añadiendo la reforma penal de septiembre de 2022 "o sobre persona sujeta a su guarda o custodia". El prevalimiento de determinadas situaciones es la *ratio legis* del tipo penal agravado, prevalimiento que debe derivarse de las situaciones que se incluyen en el precepto y no de otras situaciones de superioridad como puede ser, por ejemplo, la edad.

En este primer tipo agravado, la solicitud de favores sexuales queda reforzada por la situación de dependencia objetiva de la víctima con respecto a su agresor, que debilita las posibilidades de defensa del acosado y potencia las de sumirlo en una situación intimidatoria, hostil o humillante. El precepto exige que, entre los sujetos, autor y víctima, medie una relación laboral, docente o jerárquica y el sujeto activo ostente una posición dominante sobre la víctima, una situación de superioridad de la que se valga o bien que la víctima sea una persona sujeta a la guarda o custodia del sujeto activo.

En el caso "Nevenka Fernández", concejala del Ayuntamiento de Ponferrada, que denunció a Ismael Álvarez, compañero de grupo municipal y alcalde de la localidad, su acosador, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en sentencia de 29 de mayo de 2002<sup>46</sup>, condenó al alcalde a pagar una multa de

46 La sentencia pasó a los anales de las sentencias históricas por el duro y machista interrogatorio del entonces fiscal: "¡Usted no es la empleada de Hipercor que le tocan el trasero y tiene que aguantarse porque es el pan de sus hijos!", llegó a espetar. Finalmente, el entonces fiscal general del Estado, Jesús Cardenal, a propuesta del fiscal jefe de la Inspección, Juan José Martínez Zato, apartó al fiscal del caso basando su petición en el «acoso

9 meses con una cuota diaria de 24 euros (6.480 euros) y a indemnizar a Nevenka con 12.000 euros<sup>47</sup>. El acusado, sin embargo, presentó un recurso de casación ante el Tribunal Supremo quien, en sentencia de 7 noviembre de 2003, declaró haber lugar en parte al recurso y dictó segunda sentencia en la que rebajó la duración de la pena de multa de nueve a tres meses. El Tribunal Supremo consideró que los hechos no eran subsumibles en el subtipo agravado de abuso de superioridad del apartado segundo del artículo 184 del Código penal, porque este apartado

exige que se "hubiera cometido el hecho prevaleándose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica", y tal jerarquía es un elemento del tipo que no puede presumirse; y al no concurrir entre miembros nacidos de la soberanía popular, que se encuentran en igualdad de condiciones para ejercitar su cometido constitucional, es por lo que tenemos que estimar parcialmente el motivo, en este particular, y dictar segunda sentencia en donde se absolverá a Ismael A. R. de esta faceta delictiva, no obstante mantener la condena por el tipo básico.<sup>48</sup>

Para el Tribunal Supremo el alcalde solo es superior jerárquico del personal de la corporación local, pero no del resto de concejales cuyas relaciones se disciplinan dentro de las atribuciones delegadas reguladas en la normativa local.

El tipo agravado por prevalimiento requiere, por tanto, la existencia de una superioridad laboral, docente o jerárquica, en sentido

procesal» que ejerció el fiscal sobre la ex edil de Ponferrada Nevenka Fernández y en el «clamor de repulsa» que provocó su actitud en la sociedad.

47 La sentencia cuenta con un voto particular de uno de los magistrados a favor de la absolución del acusado.

48 La sentencia cuenta con dos votos particulares. Uno del Magistrado José Manuel Maza Martín que considera "en coincidencia por otra parte con el miembro del Tribunal «a quo» que emitió Voto Particular en discrepancia con la conclusión condenatoria de la Audiencia, que debería haberse estimado el motivo Sexto y último del Recurso del condenado en la instancia, formulado al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 184.1 y 2 del Código Penal, procediendo, en consecuencia, su absolución por dicho delito"; y otro del Magistrado Diego Ramos Gancedo que entiende que "los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de acoso sexual del art. 184.1 CP, así como de un delito de lesiones del art. 147.1 del mismo Código, lo que configura un concurso delictivo ideal a sancionar conforme a lo dispuesto en el art. 77, procediendo imponer la pena de multa acordada en la sentencia de esta Sala y un año de prisión por el delito de lesiones".

funcional, y el aprovechamiento o abuso de dicha situación por el autor o acosador. La situación de superioridad no solo ha de existir, sino que el sujeto activo ha de prevalerse de ella para solicitar favores de naturaleza sexual, sin que se exija una dependencia directa, pero sí cierta capacidad de afectación en los intereses de la víctima.

La situación de prevalimiento ha de ser acreditada. Si no puede probarse esa relación de superioridad, debe acudir al tipo básico. Asimismo, tras la reforma penal de 2022 también se aplicará el tipo agravado cuando el acoso se lleva a cabo sobre persona sujeta a la guarda o custodia del acosador.

El legislador utiliza el término "situación", lo que implica que no es necesario que la superioridad laboral, docente o jerárquica esté legal o jurídicamente establecida, siempre que funcionalmente exista dicha superioridad.

En cuanto a la pena, tras la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual el legislador no solo ha suprimido para los tipos agravados la pena alternativa de multa<sup>49</sup> que se contemplaba antes de la reforma (prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses), sino que también ha elevado la pena de prisión que pasa a ser de uno a dos años, añadiendo, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses.

Se ha apreciado el acoso sexual por prevalimiento en la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 26 de enero de 2018, que condena por dos delitos de acoso sexual del artículo 184.2 al director de un hotel que, de forma habitual, dirigía hacia dos de las empleadas constantes presiones

49 A lo largo de la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, solo se presentó una enmienda con relación al delito de acoso sexual. Se trata de la enmienda presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Republicano, enmienda número 380, que pedía la supresión de las penas alternativas, eliminando la multa. La justificación se basaba en que "cuando un Juez o una Jueza tiene alternativa a la hora de la imposición de la sanción penal, se suele decantar, generalmente, por la pena de multa con la consiguiente impresión de impunidad de estas conductas y de ineficacia en cuanto al efecto disuasorio y preventivo inherente al derecho penal, entrando en lo que se ha denominado como 'derecho penal simbólico'".

para que mantuvieran relaciones sexuales con él, incluso llegando a amenazarlas de dar por concluida la relación laboral.

También aprecia acoso sexual por prevalimiento la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de julio de 2016, que revoca la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Alcalá de Henares, de 18 de enero de 2016. La sentencia de instancia ante las frases del Jefe de equipo a una subordinada tales como: "Qué piernas tienes, qué culo tienes, qué tetas" "Vamos a echar un polvo" "Mira cómo me pones, vamos a echar un quiqui", todo ello mientras, en determinadas ocasiones, se tocaba los genitales, absolvió al Jefe de equipo pues entendió que "las frases declaradas probadas, si bien de naturaleza sexual y ofensivas, no implican la solicitud de favor sexual para el acusado". Con toda razón, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de julio de 2016 revocó la sentencia y condenó al Jefe de equipo como autor de un delito de acoso sexual.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 9 de abril de 2021, condenó por dos delitos de acoso sexual al socio-administrador de la entidad que acosaba sexualmente a dos empleadas lanzándoles frases como: "pensé que íbamos a dormir juntos", "tienes un culo para darte" y otras similares.

El ámbito universitario parece también un campo abonado para la comisión de estos delitos<sup>50</sup>. En un primer nivel se puede situar la relación profesor/alumno.

La jurisprudencia no suele apreciar el tipo agravado de acoso sexual por prevalimiento al entender que en los casos del funcionario respecto del particular que tiene una pretensión pendiente de la resolución de aquel es de aplicación preferente el artículo 443, que castiga con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años, a

50 Véase los trabajos de María Acale Sánchez, "Universidad y Derecho penal", en *Estudios jurídico-penales y criminológicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva* (Madrid: Dykinson, 2018), 1741 y ss.; y, "Acercamiento jurisprudencial al acoso generado en la Universidad", *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 41 y ss.

la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquél o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior.<sup>51</sup>

Este precepto fue el que se aplicó en el caso de un profesor universitario, un profesor titular de Escuela Universitaria del área de conocimiento de Ingeniería Agroforestal, que dirigió comentarios e insinuaciones a una alumna, sugiriéndole que podría aprobar o subir de nota si accedía a mantener relaciones de naturaleza íntima o sexual con él: "A veces no hay necesidad de estudiar para aprobar, hay muchas maneras de aprobar". Esta, entre otras, fueron las expresiones proferidas por el profesor universitario a una alumna que había acudido a una tutoría antes de la realización del examen de su asignatura.

Con base en estos hechos, la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ponferrada, de 21 de octubre de 2016, condenó al profesor como autor de un delito de acoso sexual y un delito de negociaciones prohibidas a funcionarios públicos. Recurrida en apelación dicha sentencia por la defensa del acusado, en fecha 5 de junio de 2017, se dictó sentencia por la Audiencia Provincial de León, en la que se acordaba la nulidad de la sentencia dictada por el Juez de lo Penal de Ponferrada por carecer de competencia para enjuiciar un delito castigado con pena de inhabilitación absoluta superior a 10 años. Por ello, se celebró nueva vista del juicio ante la Audiencia Provincial, en el mes de enero de 2018, existiendo, por tanto, numerosos períodos de paralización sin que se puedan atribuirse los mismos a la actuación del acusado.

Más tarde, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de julio de 2019, confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 15 de febrero de 2018, que le absolvía del delito de acoso sexual del artículo 184.2 del que había sido acusado y le condenaba como

responsable de un delito del artículo 443<sup>52</sup>. El recurrente había argumentado que el principio de especialidad debería llevar a considerar tipo especial el del artículo 184.2 al contemplarse específicamente en el mismo la relación docente. Para el Tribunal Supremo "este tipo de relación también se encuentra implícita en el tipo previsto en el artículo 443 del Código penal, ya que éste contempla cualquier tipo de relación, siendo lo esencial que la víctima se encuentre pendiente de una toma de decisión por parte de un funcionario"<sup>53</sup>.

En un segundo nivel: profesor universitario/discípula académica<sup>54</sup>, nivel que presenta algunas particularidades que lo hacen incluso más propenso a este tipo de conductas<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Solución a la que también llega la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 8 de noviembre de 2011, que condena en base al artículo 443 del Código penal a un Profesor del Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Málaga que le dice a una alumna que "si quería aprobar tendría que darle sexo", al concurrir los tres requisitos exigidos para entender cometido el delito tipificado en el artículo 443.1 del Código penal. En primer lugar, el agente del delito es funcionario público; en este caso, el acusado, al tiempo de producirse los hechos declarados probados tenía la condición de profesor de la Facultad de Ciencias de la Educación, en concreto de la asignatura de Psicología Evolutiva y de la Educación habiendo sido posteriormente cesado en su cargo. En segundo lugar, el acusado propuso a la denunciante, alumna de su asignatura, prevaliéndose de su condición de profesor, tener sexo como condición para aprobar la asignatura, sin que se llegara a su efectiva realización. Y, en tercer lugar, directamente relacionado con el anterior, del acusado dependía de que la denunciante pudiera aprobar la asignatura que tenía pendiente y con ello finalizar su carrera universitaria, o bien suspender la asignatura y, estando en la creencia que se encontraba en la última convocatoria, tener que marcharse a otra Universidad a fin de poder finalizar su carrera, causándole un importante perjuicio no ya solo académico sino laboral. El acosador fue condenado a la pena de un año de prisión, a seis años de inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, a abonar en concepto de indemnización por daños morales el importe de dos mil euros a la alumna; y como autor de una falta de vejaciones injusta, a la pena de multa veinte días con cuota diaria de veinte euros, imponiéndole el pago de las costas procesales.

<sup>53</sup> España Tribunal Supremo, *Sentencia de 10 de julio de 2019*, Boletín Oficial del Estado, 10 de julio de 2019.

<sup>54</sup> El libro de Ángela Bernardo Álvarez, *Acoso. #MeToo en la ciencia española*, Next Door Publishers, Pamplona, 2021, desvela el acoso sexual en la ciencia española con testimonios de víctimas y datos sobre el acoso que sufren las científicas en universidades y centros de investigación españoles propiciado por la estructura de poder y el grado de precariedad que hacen muy difícil que las investigadoras identifiquen si son víctimas de un acoso sexual o de un acoso por razón de sexo, lo denuncien y encuentren apoyo.

<sup>55</sup> Véase el resultado del proyecto de investigación de Esperanza Bosch Fiol, profesora de Psicología y directora de la Unidad de Igualdad de la Universidad de las Islas Baleares, financiado por el Instituto de la Mujer, *El acoso sexual en el*

También en este nivel la jurisprudencia ha sido clara, pues se trata en definitiva del profesor universitario que se aprovecha de su *status* para acosar sexualmente a quien está por debajo en el escalafón académico. En el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 27 de mayo de 2005, en la que se imputaban abusos sexuales y acoso sexual a una doctoranda por parte del director de la tesis, la Audiencia Provincial de Ciudad Real finalmente absolvió al profesor por falta de pruebas dada la declaración imprecisa y relaciones problemáticas existentes entre la denunciante y el acusado.

Llega a parecida solución el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, de 3 de marzo de 2016, al entender el Tribunal que de las declaraciones de la víctima no se deducen indicios suficientes del trato vejatorio recibido de parte del acusado como docente de la Universidad.

Asimismo, no deja de ser sorprendente la resolución de la Audiencia Provincial de Murcia, de 24 de noviembre de 2008. Según consta en los hechos probados, un catedrático de la Universidad de Murcia guiado por el ánimo lúbrico de satisfacer la atracción meramente sexual que experimentaba hacia la profesora contratada, realizó contactos físicos de sentido inequívocamente sexual, le dirigió observaciones y comentarios de contenido carnal y le propuso, en diversas ocasiones, tener trato sexual con ella, a lo que la profesora contratada se negó desde el principio. El catedrático le efectuó entonces ofrecimientos relacionados con previos requerimientos sexuales, así como reproches por el rechazo y la actitud evasiva de aquélla. El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Murcia, en sentencia de 4 de julio de 2008, conforme a los hechos probados, condenó al catedrático como autor de un delito de acoso sexual. Presentado recurso ante la Audiencia Provincial de Murcia, la sentencia dictada por la Sala de 24 de noviembre de 2008 le absolvió porque el acusado si bien interesó atenciones sexuales, puntuales durante la

*ámbito universitario. Elementos para mejorar la implementación de medidas de prevención, detección e intervención*, 2009. Este estudio es uno de los primeros sobre acoso sexual en el ámbito universitario español y denuncia que en la universidad existe la naturalización absoluta de determinados comportamientos que ni siquiera son percibidos como acoso y la impunidad absoluta entre el profesorado.

primera parte y más intensas tras el verano de 2002.

nunca perjudicó la carrera profesional de su patrocinada ni estaba entre sus designios hacerlo, no prevaliéndose significativamente de su superior posición; que solo en una ocasión y ausente de cualquier propósito, la humilló objetivamente al amenazarla con remitirla a otro profesional; y que durante todo ese tiempo y con excepción de este último incidente, ella no le trasladó la tribulación que la embargaba ni el agravamiento de sus dolencias psiquiátricas. Se trata, en suma, [prosigue la sentencia] de comportamientos éticamente reprobables, pero que no alcanzan el grado de desvalor que el tipo penal exige.<sup>56</sup>

Es una sentencia que también podría pasar a los anales de las sentencias históricas por el mensaje tan penoso que transmite a las víctimas y a la sociedad en general.

Distinta fue la solución en el caso del decano de una Facultad que abusó durante cuatro años de tres profesoras de su departamento. Según los hechos probados.

el acusado vino realizando ostentación de su poder académico desde un primer momento, dejando claro a las mismas que él era quien mandaba en el Departamento de Educación Física de la Facultad de Ciencias de la Educación, que fuese o no el Director del Departamento y formase o no parte de las comisiones era él quien tomaba las decisiones relevantes en cuanto a docencia, investigación, contratación etc., de modo que habían de seguirse sus indicaciones tales como la de nombrarle director de las tesis doctorales, hacer constar su participación en las publicaciones que cada profesora realizara o participar en las votaciones internas del Consejo de Departamento o de las diferentes comisiones conforme a sus deseos, criterios u opiniones viniendo a transmitir que aquellos que no accedían a sus pretensiones podían tener problemas para mantener sus plazas. Del mismo modo, y contando para ello con la cooperación de otros miembros del personal docente y PAS de la Facultad el acusado señalaba a las personas que consideraba que no se comportaban conforme a lo que él entendía correcto de manera que quedaban desde el punto de vista docente, aisladas del resto de las personas próximas al acusado.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> España Juzgado de lo Penal de Murcia, *Sentencia de 4 de julio de 2008*, Boletín Oficial del Estado, 4 de julio de 2008.

<sup>57</sup> Ana Delgado y Brais Cedeira, "Así actuaba el catedrático

<sup>51</sup> España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 443.

Además, el decano aprovechaba las visitas a su despacho por parte de las profesoras para realizarles insinuaciones de tipo sexual y tocamientos con evidente ánimo libidinoso. Ante estos hechos, el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Sevilla, en sentencia de 29 de diciembre de 2016, condenó al decano como autor de tres delitos continuados de abusos sexuales y un delito de lesiones. Una de las profesoras solicitó que el acusado fuera condenado, además, por delitos de acoso laboral y acoso sexual. Pero, no solamente no fue atendida su pretensión, sino que la Audiencia Provincial de Sevilla, en sentencia de 20 de diciembre de 2019, redujo la pena impuesta por el Juzgado de siete años y nueve meses a dos años y nueve meses de prisión por abuso sexual y absolvió por el delito de lesiones<sup>58</sup>. La sentencia estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Sevilla, de 29 de diciembre de 2016, y revoca la referida resolución en el sentido de apreciar en los tres delitos continuados de abusos sexuales la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, imponiendo al mismo la pena de un año de prisión por el delito continuado de abusos sexuales cometido en la persona de una de las profesoras, y a la pena de diez meses de prisión, por cada uno de los otros dos delitos continuados de abusos sexuales cometidos respectivamente en las otras dos profesoras,

que abusaba de sus ayudantes y así lo denunciaron", *El Español*, 14 de enero de 2017, [https://www.elespanol.com/reportajes/grandes-historias/20170113/185732314\\_0.html](https://www.elespanol.com/reportajes/grandes-historias/20170113/185732314_0.html).

<sup>58</sup> La absolución por el delito de lesiones se basa, como expone la sentencia del Tribunal Supremo de 7 noviembre de 2003 en un Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: "La Sala, reunida en Junta General para la unificación de criterios, celebrada el pasado día 10 de octubre de 2003, trató el tema de las consecuencias punitivas ocasionadas en delitos relacionados contra la libertad sexual, cuando la víctima de los mismos sufre, además del ataque contra su indemnidad sexual, una lesión psíquica, que podría integrar un delito autónomo, que se penalizaría en concurso delictivo, o bien podría ser considerado una consecuencia directa de la acción del autor, en tanto que un ataque de esas características conlleva ya de ordinario una lesión etiológicamente inmersa en el mismo que quedaría englobado en el propio desvalor de la acción, no siendo sus consecuencias más que indemnizables por la vía de responsabilidad civil". Esta última posición fue la dominante en la citada Sala General que acordó que "las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del artículo 8.3º del Código Penal, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil".

con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena en los tres delitos, y absuelve al acusado del delito de lesiones por el que fue condenado.

En una institución como es la universidad no se deberían jamás dar estos casos de acoso sexual, pero, desgraciadamente, se han dado, se dan y seguramente se seguirán dando mientras no se cambie el machismo imperante dentro de la misma y se ponga fin a una universidad feudal, todavía existente en pleno siglo XXI, que permite situaciones de acoso y abuso de poder por parte de algunos de sus miembros con más poder.

## 5.2. El anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas: acoso sexual causal

Junto al acoso por prevalimiento, se regula también en el apartado 2 del artículo 148 el acoso sexual causal, esto es, si se hubiere cometido el hecho con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas. En esta modalidad de acoso sexual la situación objetiva de poder del sujeto activo no deriva de una superioridad jerárquica, sino de la posibilidad real de condicionar el acceso de la víctima a situaciones más ventajosas o favorables que las que disfruta y a las que puede aspirar legítimamente.

Anunciar es advertir, avisar de un mal cuya realización depende no del azar sino de la voluntad del anunciante. Este requisito convierte al delito de acoso sexual en un delito de amenazas condicionales de un mal no constitutivo de delito previsto en el artículo 171.1 del Código Penal. Si bien la pena prevista en el delito de acoso (prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses) era inferior a la del delito de amenazas condicionales (prisión de 3 meses a 1 año o multa de 6 a 24 meses), lo que planteaba un concurso de leyes a resolver conforme a las reglas de alternatividad (artículo 8.4 del Código penal) si no se quería privilegiar absurdamente el acoso sexual, tras la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre,

de garantía integral de la libertad sexual la situación ha cambiado al suprimir el legislador en el delito de acoso la pena alternativa de multa, elevar la pena de prisión, que ahora pasa a ser de uno a dos años, e introducir la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses.

El anuncio puede ser expreso o tácito. El anuncio expreso no supone problema alguno, por ejemplo, el anuncio de despido, de ser trasladado a otro puesto, etc., lo que conlleva la frustración de las legítimas expectativas laborales, docentes, etc. de la víctima. Más difícil es averiguar cuando se está ante un anuncio tácito, pues como sostiene la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 9 de febrero de 1999.

El anuncio de causar a la víctima que no accede a los requerimientos del acusador un mal relacionado con las expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación -expectativa de duración de la relación laboral- no tiene que ser expreso sino que el referido precepto recoge que el mismo puede ser tácito, lo que en el caso que nos ocupa es indiscutible existió, al menos, esta forma.<sup>59</sup>

Según los hechos probados el dueño de la casa anuncia tácitamente a la empleada del hogar que, si no accede a sus deseos sexuales, la despedirá.

No se ha definido cuál es la delimitación del mal anunciado, por lo que se deberá atender a una afectación negativa a la esfera del sujeto pasivo. El anuncio debe ser injusto, futuro, determinado y posible. El mal ha de tener una cierta gravedad, ser verosímil, cierto, si bien no tiene por qué ser ilícito, y debe estar relacionado con el ámbito de relación típico, sea este docente, laboral o de prestación de servicios. Ha de tratarse de un mal que suponga una frustración de las legítimas expectativas de la víctima. El mal puede causarse por acción u omisión como, por ejemplo, degradar, o no promocionar, perjudicar o no beneficiar, resolver injustamente, pero siempre teniendo en cuenta que las legítimas expectativas de una persona en el marco de una relación pueden tener componentes objetivos de

<sup>59</sup> España Audiencia Provincial de Teruel, *Sentencia de 9 de febrero de 1999*, Boletín Oficial del Estado, 9 de febrero de 1999.

merecimiento, capacidades, trabajo, valía y esfuerzo, baremables con criterios comunes y acuñados por una praxis que lo avale, y componentes subjetivos de autoestima, modestia, o ambición de quien espera, y también respecto a quien resuelve o concede puede existir un recto juicio, arbitrio, voluntad o capricho de actuar dentro de márgenes de competencia y discrecionalidad más o menos flexibles.

La palabra "expectativas" permite una importante amplitud en la interpretación del tipo pues constituirá delito, aunque el mal anunciado no afecte a los derechos sino a simples opciones y fundadas esperanzas que tenga la víctima, siempre que sean legítimas. Para el Tribunal Supremo se cumple este tipo penal cuando se amenaza al trabajador con negarle el ascenso o la renovación del contrato temporal (sentencia de 23 de junio de 2000).

## 5.3. El acoso sexual por el lugar de comisión: acoso locativo

El artículo 184, en su nuevo apartado 3, dispone:

Asimismo, si el culpable de acoso sexual lo hubiera cometido en centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, custodia o acogida, incluso de estancia temporal, la pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 443.2.<sup>60</sup>

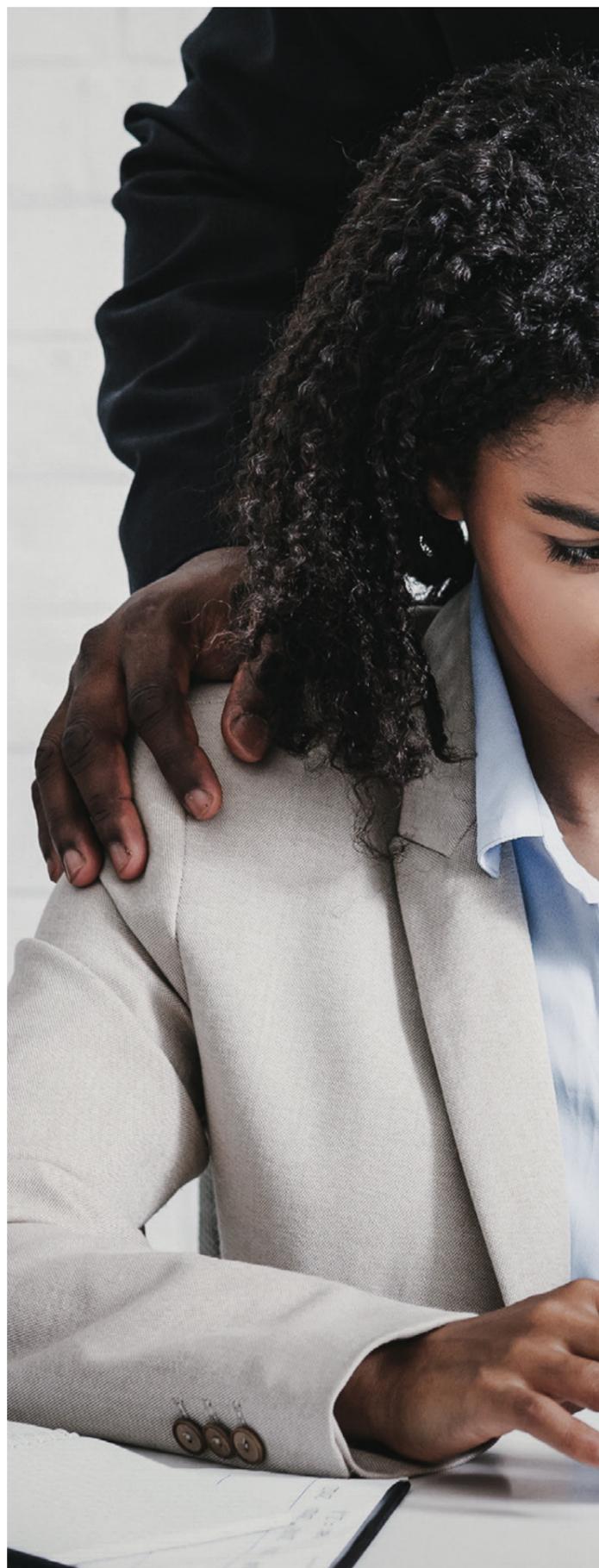
A partir de la reforma el acoso sexual también puede tener lugar en centros de protección o reforma de menores, en los denominados centros CIE o en cualquier otro centro de detención, custodia o acogida. La agravación se justifica por el lugar donde se lleva a cabo el acoso: centro de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras o cualquier otro centro de detención, custodia o acogida, lugares o centros donde la víctima se halla con menor libertad de decisión por la propia situación de encierro. El legislador ha previsto que la estancia

<sup>60</sup> España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 184, apartado 3.

en el centro puede ser incluso temporal, lo que facilitará la aplicación del tipo penal.

Este tipo agravado es paralelo al delito del artículo 443.2, que si bien limitaba la sanción al funcionario de Instituciones Penitenciarias<sup>61</sup> o centros de protección o corrección de menores, a partir de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, ya no restringe el ámbito de los sujetos activos a los funcionarios de prisiones o de centros de protección o corrección, sino que amplía su ámbito al establecer:

El funcionario de Instituciones Penitenciarias, de centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, o custodia, incluso de estancia temporal, que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.<sup>62</sup>



<sup>61</sup> Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2010, "Caso Funcionario de Nanclares": "El reproche penal y social deben ser incuestionables, ya que no sólo ha perjudicado el crédito de una Institución, sino que se ha prevalido y abusado hasta límites inaceptables conminándola con perjudicar y agravar la situación carcelaria de la recurrente y su marido".

<sup>62</sup> España, Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

## 6. El tipo hiperagravado: el acoso sexual por la especial vulnerabilidad de la víctima

El apartado 4 del artículo 184, introducido por la reforma penal de 1999, tipifica el tipo hiperagravado de acoso sexual en función del sujeto pasivo o víctima. El legislador de 2022 en primer lugar ha suprimido el término "situación" y, en su lugar, ha introducido el término "discapacidad" y, en segundo lugar, ha eliminado la pena concreta al disponer que "la pena se impondrá en su mitad superior"<sup>63</sup> en atención a la especial vulnerabilidad de la víctima sobre la que recae la acción.

El apartado 4 del artículo 184 queda como sigue: "4. Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, la pena se impondrá en su mitad superior"<sup>64</sup>.

La especial vulnerabilidad de la víctima puede ser debida a su edad, enfermedad o discapacidad. En cuanto a la edad, la misma puede ser muy temprana como muy avanzada ya que en ambas se aumenta la vulnerabilidad de la víctima. En cuanto a la enfermedad habrá de producir una incapacidad para resistir, por lo que habrá que rechazar aquélla que no tenga ese efecto, bien por ser objetivamente de poca gravedad, o bien porque, aun siendo grave, no debilita especialmente a la víctima. La especial vulnerabilidad por razón de discapacidad es la que limita o impide la participación plena y efectiva de la persona con discapacidad en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

La supresión del término "situación" no parece acertada al dejar sin cobertura legal algunos casos como el relatado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 26 de marzo de 2001, que apreció el tipo hiperagravado por la "situación" de la víctima:

esta Sala estima que también es de aplicación el subtipo agravado del núm. 3 en relación con el 2 y 1 en cuanto atendiendo ahora a la situación de la víctima, ésta no es una trabajadora en condiciones normales, en cuyo caso bastaría con el núm. 2, sino, que además, entendemos que Clementina era una persona especialmente vulnerable en atención a su grave situación familiar y económica, que le haría muy difícil – como así sucedió– decir no, oponer resistencia, o denunciar los hechos, ante el fundado temor de perder su trabajo y dejar en absoluto desamparo a su familia.<sup>65</sup>

## 7. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

Cierra el artículo 184 un novedoso apartado 5 que dispone:

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.<sup>66</sup>

A partir de la reforma penal de 2022, también las personas jurídicas pueden ser responsables penalmente del delito de acoso sexual. Obviamente, este supuesto solo será aplicable en los casos en los que el delito sea cometido en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su beneficio directo o indirecto, por las personas físicas que se mencionan en los apartados a) –representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un

<sup>63</sup> El texto anterior a la reforma penal de 2022 incluía la pena de "prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo".

<sup>64</sup> España, Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, art. 184 apartado 4.

<sup>65</sup> España Audiencia Provincial de Cantabria, Sentencia de 26 de marzo de 2001, Boletín Oficial del Estado, 26 de marzo de 2001.

<sup>66</sup> España, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, art. 184, apartado 5.

órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la misma o bien ostentan facultades de organización y control dentro de la persona jurídica- y b) – quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en la letra a), han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad- del artículo 31 bis.1, y de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 66 bis.

Advierte Lascurain que este apartado 5 carece de sentido porque prácticamente nunca va a tratarse de delitos "por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica", rasgos ambos imprescindibles para la imputación del delito a esta. Carece, afirma el autor citado, de sentido jurídico porque carece de sentido criminológico: no son delitos que impulsa la competitividad propia de la actividad empresarial y que deban, por ello, ser desalentados con la sanción a los titulares económicos del patrimonio personificado<sup>67</sup>.

No obstante, como ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia 154/2016, de 29 de febrero:

convendría dejar claro desde ahora que ese término de "provecho" (o "beneficio") hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete.<sup>68</sup>

Aquello, puesto que,

una interpretación distinta a la expuesta conduciría a la práctica imposibilidad de aplicación del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, con el incumplimiento que ello pudiera suponer respecto de las finalidades preventivas del sistema, en relación con un gran número de figuras delictivas, en la que en muchas ocasiones podrá resultar difícil imaginar la obtención de una ventaja directa para aquel ente que desarrolla una actividad, especialmente si fuera lícita, como consecuencia de la comisión de un ilícito contra la salud pública. Lo que obligaría a los Tribunales, en cada supuesto concreto, a matizar sus decisiones en esta materia, buscando la existencia de una verdadera relación entre el delito cometido y la obtención de la ventaja, provecho o beneficio, directo o indirecto, y huyendo de posiciones maximalistas e igualmente rechazables, tanto las que sostienen que siempre existirá un provecho para la persona jurídica, aunque solo fuere por el del ahorro económico que le supone la inexistencia de adecuados mecanismos de control, como de aquellas otras, por el perjuicio que en definitiva un posible daño reputacional y el cumplimiento último de las penas, pecuniarias e interdictivas, a la postre impuestas, como consecuencia de los actos delictivos cometidos por las personas físicas que la integran, causan a la propia persona jurídica.<sup>69</sup>

Por tanto, si bien no debería tener este nuevo apartado un gran impacto, ello no significa que no puedan existir casos en los que el acoso se pueda llevar a cabo por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, piénsese en una empresa donde el director solicita favores de naturaleza sexual a una empleada para un tercero –un cliente poderoso- que beneficiaría a la empresa si la empleada mantiene relaciones sexuales con él. La empleada actuaría "en nombre y por cuenta" de la empresa y "en beneficio directo o indirecto" de la misma<sup>70</sup>.

La introducción de este nuevo apartado 5 supone, además, una ampliación del catálogo de delitos *numerus clausus* establecidos en el Código Penal, que pueden conllevar responsabilidad penal para la persona jurídica<sup>71</sup> y tiene una afectación directa en materia de *compliance*, por lo que los sistemas de *compliance* deberán adecuarse para asegurar el cumplimiento de esta nueva disposición.

A partir del nuevo apartado 5º del artículo 184 aquellas empresas que cuenten con sistemas de *compliance* penal deben revisar, por tanto, el impacto de esta reforma en su modelo de prevención, cuyo objetivo es lograr que las empresas sean también un lugar seguro para los colectivos más vulnerables. Es cierto que el cumplimiento de la mayor parte de las obligaciones de prevención de los riesgos en materia de acoso laboral y de acoso sexual en las empresas ya se encontraba contemplado en los protocolos específicos de prevención de acoso laboral de los que deben disponer las empresas por imperativo legal, o de protocolos de prevención de acoso laboral en el marco de la evaluación y prevención de riesgos laborales, si bien, como señala Acuña Suárez, la actual incorporación de estas áreas de prevención de riesgos a la órbita específica de *compliance* penal comporta obligaciones concretas para el órgano de cumplimiento en la materia. Todo ello supone que, pese a que en los hechos puedan no visualizarse grandes movimientos aparente dentro de las empresas, se produce un gran cambio en el plano conceptual, porque es una constatación más de un fenómeno que viene produciéndose desde larga data<sup>72</sup>.

La pena que se prevé en el apartado 5 del artículo 184 es la de multa de seis meses a dos años. No obstante, también se puede imponer a las mismas las penas del artículo 33 en su apartado 7, letras b) a g), esto es: la disolución de la persona jurídica; la suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años y, finalmente, la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. En este sentido, la persona jurídica puede eludir su responsabilidad penal incluyendo en sus programas de *compliance* la prevención ante el acoso sexual, lo que cual representa una oportunidad para actualizar y reforzar sus modelos de organización y control de riesgos.

<sup>67</sup> Juan Antonio Lascurain, "Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve", *Almacén D Derecho*, 9 de marzo de 2022, <https://almacenederecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>. En parecido sentido se manifiesta Enrique Muñoz Blanco, "A vueltas con el beneficio de las organizaciones en los nuevos delitos de trato degradante y acoso sexual", *Diario La Ley*, de 28 de septiembre de 2022, para quien genera ciertas dudas la compatibilidad que la comisión del delito pueda tener con el beneficio exigido a las organizaciones; también Beatriz Goena Vives, Raquel Montaner Fernández y Anna Nuñez Miró, "Más ley penal, más espacios para la responsabilidad penal de la persona jurídica", en *La Ley Compliance penal*, n.º 10 (2022), consideran que resulta difícil imaginar escenarios en los que se cumplan con los hechos de conexión del artículo 31 bis del Código penal.

<sup>68</sup> España Tribunal Supremo, Sentencia 154/2016, Boletín Oficial del Estado, 29 de febrero de 2016, 29, <https://personasjuridicas.es/wp-content/uploads/2019/08/STS-2016.154.pdf>.

<sup>69</sup> España Tribunal Supremo, Sentencia 154/2016, 30.

<sup>70</sup> En el mismo sentido, Ana Pérez Machío, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y delitos de tratos degradantes, acoso laboral, acoso inmobiliario y acoso sexual: ¿un paso más hacia el sistema de incriminación de *numerus apertus*?", en *La Ley compliance penal*, n.º 12 (2023), para quien aunque resulte difícil imaginar supuestos en los que un delito de acoso sexual, cometido

-en nombre, por cuenta de la persona jurídica o en el ejercicio de actividades sociales- por alguna de las personas mencionadas en la doble vía de imputación del artículo 31 bis, pueda llegar a reportar a la corporación algún tipo de beneficio directo o indirecto, si se puede pensar en supuestos en los que concurrieran todos los elementos y pone, como ejemplo, acosar a una trabajadora para que mantenga relaciones sexuales con un cliente, con la finalidad de que la empresa pueda obtener algún beneficio de todo ello.

<sup>71</sup> La reforma también ha modificado el delito contra la integridad moral regulado en el artículo 173.1, al introducir la posibilidad de condenar a las personas jurídicas si estas infligen a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral.

<sup>72</sup> Andrea Acuña Suárez, "Combatiendo la desigualdad en la empresa con compliance de elevada calidad", en *La Ley Compliance penal*, n.º 11 (2022).

## Bibliografía

Acale Sánchez, María. "Universidad y Derecho penal". En *Estudios jurídico-penales y criminológicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*. Madrid: Dykinson, 2018.

———. "Acercamiento jurisprudencial al acoso generado en la Universidad", *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

Accuosto Suárez, Andrea. "Combatiendo la desigualdad en la empresa con *compliance* de elevada calidad". En *La Ley Compliance penal*, n.º 11 (2022).

Colombia Juzgado de lo Penal de Cartagena. *Sentencia de 3 de marzo de 1998*. Boletín Oficial del Estado, 3 de marzo de 1998.

Cugat Mauri, Miriam. "La tipificación del acoso a abortistas como antiejeplmo de técnico jurídica". En *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2023.

De Vicente Martínez, Rosario. "El acoso inmobiliario: un nuevo delito más al cesto del Derecho penal". En *El Derecho Penal Económico y Empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*. Madrid: Colex, 2010.

———. "Análisis del delito de acoso sexual, su futura reforma y el debate en torno a su ubicación sistemática". En *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: Propuestas de reforma*. Madrid: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022.

Delgado, Ana y Brais Cedeira. "Así actuaba el catedrático que abusaba de sus ayudantes y así lo denunciaron". *El Español*, 14 de enero de 2017. [https://www.elespanol.com/reportajes/grandes-historias/20170113/185732314\\_0.html](https://www.elespanol.com/reportajes/grandes-historias/20170113/185732314_0.html).

España. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

———. *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*. Boletín Oficial del Estado, 1 de mayo de 1999. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-9744>.

———. *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres*. Boletín Oficial del Estado, 23 de marzo de 2007.

———. *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 23 de junio de 2010. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>.

———. *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 31 de marzo de 2015. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>.

———. *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*. Boletín Oficial del Estado, 7 de octubre de 2022. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630#:~:text=La%20presente%20ley%20org%C3%A1nica%20pretende,consentida%20y%20la%20extorsi%C3%B3n%20sexual>.

España Audiencia Provincial de Cantabria. *Sentencia de 26 de marzo de 2001*. Boletín Oficial del Estado, 26 de marzo de 2001.

España Audiencia Provincial de Teruel. *Sentencia de 9 de febrero de 1999*. Boletín Oficial del Estado, 9 de febrero de 1999.

España Audiencia Provincial de Valladolid. *Sentencia de 7 de junio de 2021*. Boletín Oficial del Estado, 7 de junio de 2021.

España Comisión de las Comunidades Europeas. *Recomendación de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo*. Madrid: Comisión de las Comunidades Europeas, 1992. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1992-80204>.

———. *Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo*. Madrid: Comisión de las Comunidades Europeas, 2002. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2002-81758>.

España Consejo General del Poder Judicial. *Anteproyecto de Ley Orgánica para la garantía integral de la libertad sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2021. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2021-393>.

España Fiscalía General del Estado. *Memoria de la Fiscalía General del Estado*. Madrid: Fiscalía General del Estado, 2022.

España Jefatura del Estado. *Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019*. Madrid: Jefatura del Estado, 2022. <https://www.boe.es/boe/dias/2022/06/16/pdfs/BOE-A-2022-9978.pdf>.

España Juzgado de lo Penal de Murcia. *Sentencia de 4 de julio de 2008*. Boletín Oficial del Estado, 4 de julio de 2008.

España Juzgado de lo Penal de Puerto del Rosario. *Sentencia de 4 de julio de 2022*. Boletín Oficial del Estado, 4 de julio de 2022.

España Tribunal Constitucional. *Sentencia 224/1999*. Boletín Oficial del Estado 17, 13 de diciembre de 1999. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3966>.

España Tribunal Superior de Justicia de Galicia. *Sentencia 3141/94*. Boletín Oficial del Estado, 23 de agosto de 1994.

España Tribunal Supremo. *Sentencia 1135/2000*. Boletín Oficial del Estado, 23 de junio de 2000. <https://vlex.es/vid/delito-acoso-sexual-an-15200328>.

———. *Sentencia 1460/2003*. Boletín Oficial del Estado, 7 de noviembre de 2003. <https://vlex.es/vid/delito-acoso-sexual-16206507>.

———. *Sentencia 830/2014*. Boletín Oficial del Estado, 28 de noviembre de 2014. <https://vlex.es/vid/551913378>.

———. *Sentencia 154/2016*. Boletín Oficial del Estado, 29 de febrero de 2016. <https://personasjuridicas.es/wp-content/uploads/2019/08/STS-2016.154.pdf>.

———. *Sentencia de 10 de julio de 2019*. Boletín Oficial del Estado, 10 de julio de 2019.

Dolz Lago, Manuel Jesús. "El acoso ante el derecho: fronteras interdisciplinares". En *Diario La Ley*, n.º 9112 (2018).

Goena Vives, Beatriz, Raquel Montaner Fernández y Anna Nuñez Miró. "Más ley penal, más espacios para la responsabilidad penal de la persona jurídica". En *La Ley Compliance penal*, n.º 10 (2022).

Gómez Tomillo, Manuel. "Artículo 184", en *Comentarios Prácticos al Código penal*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2015.

Lascuraín, Juan Antonio. "Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve". *Almacén D Derecho*, 9 de marzo de 2022. <https://almacenederecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>.

Magro Servet, Vicente. "Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía de la libertad sexual". En *Diario La Ley*, n.º 10133 (2022).

Muñoz Blanco, Enrique. "A vueltas con el beneficio de las organizaciones en los nuevos delitos de trato degradante y acoso sexual". *Diario La Ley*, de 28 de septiembre de 2022.

Muñoz Conde, Francisco. "Diversas modalidades de acoso punible en el Código penal". En *El acoso: tratamiento penal y procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

Olaizola Nogales, Inés. "La relación entre el delito de acoso sexual y el delito de acoso laboral". En *Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2020.

Orts Berenguer, Enrique y Carlos Suárez Mira Rodríguez. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

Pérez Machío, Ana. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y delitos de tratos degradantes, acoso laboral, acoso inmobiliario y acoso sexual: ¿un paso más hacia el sistema de incriminación de *numerus apertus*?". En *La Ley compliance penal*, n.º 12 (2023).

Pomares Cinta, Esther. "Caso práctico 2. Acoso sexual". En *Casos reales de violencia y acoso en el trabajo. Análisis interdisciplinar de las sentencias más relevantes*. Bilbao: Lettera Publicaciones SL, 2010.

EL DEBATE SOBRE LA  
RELEVANCIA DE LA  
CLÁUSULA DEL ART.  
183 QUATER CP EN EL

# CASO DE "LA ARANDINA"

*Pastora García Álvarez<sup>1</sup>*

## 1. Introducción: el caso "La Arandina"

En este caso se juzgó a tres jóvenes<sup>3</sup> integrantes del club de fútbol "La Arandina" —de ahí el nombre por el que es conocido— por unos actos de carácter sexual realizados con una joven que, en el momento de los hechos (noviembre de 2017), tenía quince años. La cuestión a dilucidar era si las relaciones sexuales mantenidas por ese grupo (consistentes en masturbaciones y felaciones a los tres acusados y relaciones sexuales completas con uno de ellos), fueron consentidas por la menor o, por el contrario, fueron conseguidas mediante el empleo de violencia o intimidación y, por tanto, constitutivas de agresiones sexuales. Interrogante al que se le sumaba como cuestión de suma trascendencia el que el sujeto pasivo fuera una menor de dieciséis años. El consentimiento de los menores de esa edad a los actos de carácter sexual era (y es) --conforme al sistema normativo español vigente-- en principio irrelevante.

---

<sup>1</sup> Profesora Titular del Área de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Correo electrónico: prgaralv@upo.es.

<sup>2</sup> Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo Interuniversitario e Interdisciplinario de Investigaciones sobre la Criminalidad (SEJ678) y del Proyecto Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos. N.º PID2020-117403RB-100.

<sup>3</sup> Que tenían en el momento de los hechos diecinueve, veintidós y veinticuatro años, respectivamente. Hago referencia a este dato porque, como comprobaremos en el desarrollo de este trabajo, la edad de los implicados resulta clave para la determinación de la responsabilidad penal a los mismos exigible.

En efecto, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo<sup>4</sup>, reformó en profundidad diversos aspectos del Código penal<sup>5</sup> (Cp), repercutiendo también en el ámbito de los que en aquel momento se denominaban “delitos contra la libertad e indemnidad sexual”<sup>6</sup> del Título VIII de este cuerpo normativo. La novedad más destacable que introdujo esta ley en esta sede consistió en que el entonces vigente Capítulo II bis, relativo a “los abusos y agresiones sexuales”<sup>7</sup>, pasaba de ser aplicable a los menores de trece años, a englobar a los menores de hasta dieciséis años, con lo que se ampliaba la edad de los menores protegidos de forma específica en este capítulo.

Este incremento de edad de los sujetos pasivos de los delitos contenidos en este capítulo obedeció a una sugerencia del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, para adecuar –según palabras textuales– “la regulación penal española en este ámbito a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia”<sup>8</sup>, y mejorar con ello –también textualmente– “la protección que España ofrece a los menores”<sup>9</sup>. Por su parte, el que la edad hasta la que se pasaba a proteger más intensamente a los menores fueran concreta y específicamente los dieciséis años respondía a que, en consideración del legislador español, lo que la Directiva 2011/93/UE denomina la “edad de consentimiento sexual” (como la “edad por debajo de la cual está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor”), era en el Código penal español, hasta la fecha, muy inferior a la prevista en los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años–; y una de las más bajas del mundo.

Sin embargo, este aumento de la edad de los menores a proteger en el Capítulo II bis no tenía causa en nuestra realidad criminológica (ya que en España la tasa de infracciones en materia sexual es más baja que la que presentan otros países europeos<sup>10</sup>); ni la Directiva citada imponía que la edad por debajo de la cual tenía que estar prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor tuvieran que ser los dieciséis años. De hecho, advertía que tal edad debía ser establecida de conformidad con el ordenamiento nacional de que se tratase, cosa que con esta reforma no se respetó<sup>11</sup>. Pero lo que es aún peor, este incremento de la edad de los sujetos pasivos a los que se protege en este ámbito a los dieciséis años chocaba (y choca) con la realidad social actual de nuestro país, ya que los adolescentes se inician sexualmente con menos de esa edad<sup>12</sup>.

Por ello, el legislador tras elevar a la categoría de delito los “actos de carácter sexual con menores de dieciséis años”, incorporó una cláusula en virtud de la cual se contempla la posibilidad de que el

4 España, *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Boletín Oficial del Estado, 31 de marzo de 2015, <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>.

5 España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Boletín Oficial del Estado, 23 de noviembre de 1995, <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>.

6 Esta rúbrica ha sido modificada posteriormente por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, y ya no alude a indemnidad sexual (a partir de ahora LO 10/2022). España, *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*, Boletín Oficial del Estado, 07 de septiembre de 2022, <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con>.

7 Capítulo que ha sido suprimido por la LO 10/2022. En virtud de esta Ley los actos de carácter sexual realizados con un menor de dieciséis años se recogen ahora en el Capítulo II del Título VIII (arts. 181 y ss.) bajo la rúbrica “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”.

8 España, *Ley Orgánica 10/2022*.

9 España, *Ley Orgánica 10/2022*.

10 Como lo advierte, por ejemplo, José Luis González Cussac, “Prefacio”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 10.

11 Ya que en España era posible en aquellos momentos, aunque fuera de manera excepcional, contraer matrimonio a los catorce años de edad (compárese con el art. 48 Cc). Por lo que, si esto era posible, se estaba reconociendo que los menores de dieciséis años podían hacer vida marital y mantener relaciones sexuales sin que hubiera que exigir por ello responsabilidad penal. Posibilidad eliminada por la Disposición final 1.1. de la Ley 15/2015, de 2 de julio.

12 Carmen Moreno et al., *Resultados del Estudio HBSC 2018 en España sobre Conducta Sexual. Análisis de tendencias 2002-2006-2010-2014-2018* (Madrid: Ministerio de Sanidad, 2020), [https://www.sanidad.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/HBSC2018\\_ConductaSexual.pdf](https://www.sanidad.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/HBSC2018_ConductaSexual.pdf).

consentimiento que preste un menor de esta edad pueda tener relevancia a efectos de exonerar de responsabilidad penal al sujeto activo del delito, exigiendo para ello, eso sí, ciertos requisitos. Esta cláusula, inicialmente prevista en el que era el art. 183 quater Cp<sup>13</sup> (ahora suprimido), tras la LO 10/2022 se encuentra ubicada, si bien con cambios, en el vigente art. 183 bis Cp<sup>14</sup>.

Ahora bien, la cláusula en virtud de la cual se le otorga relevancia al consentimiento del menor de dieciséis años en el ámbito de los delitos sexuales no ha estado exenta de polémica<sup>15</sup>, tanto por su concreta redacción<sup>16</sup> como por la intensidad de su relevancia como circunstancia eximente. Cuestión esta última que se evidencia de forma significativa en la tramitación judicial del caso objeto de estudio de este trabajo. Veámoslo con más detalle.

## 2. “La Arandina”: tramitación judicial

El Ministerio Fiscal, la acusación particular, así como la popular, calificaron los actos realizados por los acusados de veintidós y veinticuatro años como sendos delitos de agresión sexual del entonces vigente art. 183.2.3 y 4b) Cp<sup>17</sup>; y los realizados por el acusado de diecinueve años, como un delito continuado de agresión sexual del mismo artículo. De hecho, estimaron que cada uno de ellos debía responder, por un lado, como autor de su agresión sexual y, por otro, como cooperador necesario en las agresiones sexuales de los otros dos acusados.

Por su parte, las defensas de los acusados, en sus conclusiones definitivas, solicitaron la libre absolución de sus patrocinados modificando las provisionales en el sentido de entender que, alternativamente, en el acusado de diecinueve años concurría un error invencible del art. 14 Cp de prohibición o de tipicidad (sobre la edad), o la eximente del entonces vigente art. 183 quater Cp. En el mismo sentido, la representación del acusado de veintidós años alegó error invencible del art. 14 Cp, y la representación del de veinticuatro años, la concurrencia de error invencible de tipo y de prohibición y, subsidiariamente, la cláusula de exención de responsabilidad del referido art. 183 quater Cp.

En este caso hubo una primera condena de la Audiencia Provincial de Burgos por sentencia 379/2019, de 11 de diciembre; y una segunda por sentencia 14/2020, de 18 de marzo, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que fue recurrida en casación por la Fiscalía a mediados de 2020 ante el Tribunal Supremo. Recurso este resuelto por la STS 930/2022, de 30 de noviembre.

A continuación se sintetizará los hechos probados, para a continuación analizar el contenido de cada una de estas resoluciones.

13 Artículo 183 quater que disponía lo siguiente: “El consentimiento libre del menor de dieciséis años, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”.

14 Artículo 183 bis cuyo tenor literal es el siguiente: “Salvo en los casos en que concorra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”.

15 En sentido muy crítico puede verse, por ejemplo, a José Antonio Ramos Vázquez, “El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: art. 183 quater Cp”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 602 y ss.

16 Ya que el Legislador, para conferir eficacia al consentimiento del menor de dieciséis años, ha optado por un criterio mixto fundado en dos parámetros: uno cronológico (edad similar) y otro biopsicosocial (semejante grado de desarrollo o madurez). Parámetros ambos que tendrán que ser valorados en el caso concreto, por lo que no se puede decir que se trate de una fórmula que ofrezca demasiada seguridad jurídica.

17 Preceptos reformados por la LO 10/2022.

## 2.1. Hechos probados

Expuestos de forma sintética y siguiendo la exposición que de los mismos se hace en la sentencia 379/2019, de 11 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Burgos, los hechos probados fueron los siguientes:

La denunciante tenía en el momento de los hechos la edad de quince años. Al club de fútbol local (La Arandina Club de Fútbol) se habían incorporado nuevos jugadores, entre ellos, uno de los acusados (el de veinticuatro años), que a ella le gustaba, y con el que a través de Instagram había mantenido numerosas conversaciones, intercambiado publicaciones y fotografías en ropa interior. El 24 de noviembre de 2017, tras haber realizado dieciocho llamadas a este acusado sin que este le respondiese, la denunciante se encontró con él en un bar y este la invitó a subir a su domicilio con el pretexto de realizar un vídeo musical mediante una aplicación. Una vez en el interior de la vivienda llegaron otros dos compañeros de piso, el acusado de diecinueve años y el de veintidós; así como un tercero que abandonó el piso después de cambiarse de ropa y al que, por tanto, no se imputaría delito alguno. Estando la denunciante y los tres acusados en el salón de ese domicilio, uno de ellos apagó todas las luces de la estancia y los tres se desnudaron. La denunciante fue al baño y, al regresar, se sentó en una esquina del sofá. Los acusados procedieron a desnudarla quitándole la ropa, salvo las bragas, ella se cruzó los brazos y no supo cómo reaccionar, quedándose paralizada, procediendo los acusados a cogerle las manos para que les masturbase. Posteriormente, le sujetaron la cabeza para que les hiciera una felación a cada uno de ellos, llegando uno (sin determinar) a eyacular en la boca de la menor, tras lo cual y al sentir asco, fue al baño que se encontraba la final del pasillo para escupir. El acusado de diecinueve años de edad fue detrás de la menor cuando esta salió del baño, le indicó cuál era su habitación y la denunciante entró en la misma y se reclinó sobre la cama, sin resultar probado que se cayese accidentalmente o lo hiciese previo empujón del mismo, quien, tras ponerse un preservativo, la penetró vaginalmente. No quedó acreditado que la denunciante mostrase su oposición, expresa o tácita a dicha relación. Quedó acreditado que conforme al informe psicológico la madurez del acusado de diecinueve años era similar a la de la denunciante.

## 2.2. Sentencia 379/2019, de 11 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Burgos

Como el testimonio de la víctima se erigió en prueba de cargo, debía valorarse la ausencia de incredibilidad, la verosimilitud de su testimonio y la persistencia que tuvo en la incriminación.

La Audiencia Provincial consideró que la denunciante había sido persistente en su declaración, que carecía de móviles espurios para perjudicar a los denunciados y que había sido congruente en las cuestiones esenciales. Y ello a pesar de que la denunciante había contado a algunos de los testigos (aquellos con los que tenía una relación menos cercana) que los hechos habían sucedido voluntariamente, comportamiento que la Audiencia atribuyó a su inmadurez y al sentimiento de culpabilidad tras lo acontecido (FD Tercero). Ahora bien, no entendió corroborada la versión de la denunciante de que había sido penetrada en contra de su voluntad por el acusado de diecinueve años; por lo que, tras quedar acreditado que la madurez de ambos, denunciante y acusado, eran similares y entender que la diferencia de edad entre ambos carecía de relevancia, apreció la causa de exención de responsabilidad criminal prevista en el art. 183 quater Cp. Por ello, la Audiencia absolvió a este acusado de responsabilidad penal por esta relación sexual completa y, en consecuencia, por el delito continuado de agresión sexual que se le imputaba (FD Cuarto). Sin embargo, no entendió que este precepto fuera aplicable, tal y como solicitaban subsidiariamente las defensas de los acusados de veintidós y veinticuatro años, a las relaciones sexuales mantenidas con estos, ya que no estimó acreditado que dichas relaciones fueran consentidas por la denunciante (FD Quinto).

Por el contrario, la Audiencia dio por probado que los actos sexuales realizados por los tres acusados, consistentes en felaciones y masturbaciones se habían mantenido en una situación de "intimidación ambiental"<sup>18</sup>. De hecho, la Audiencia entendió que se trataba de una agresión sexual (o violación) grupal y que, aunque cada uno de los acusados tuviese responsabilidad individual por el delito cometido, este había sido posible por la contribución de los tres; por lo tanto, cada uno de ellos tenía también responsabilidad subsidiaria como cooperadores necesarios en la agresión sexual cometida por los otros dos (FD Octavo). No se entendió probado que los acusados estuvieran incurso ni en un error de tipo invencible (ya que entendió acreditado que conocían la edad de la denunciante) ni en un error de prohibición invencible, al tratarse de españoles de un nivel cultural medio y que habían tenido la posibilidad de conocer la reciente condena de un grupo de personas por un delito contra la libertad sexual, refiriéndose al caso de "La Manada"<sup>19</sup> (FD Décimo). Por lo que condenó a los tres acusados como autores de un delito de agresión sexual a la pena de catorce años de prisión y como cooperadores necesarios a las agresiones sexuales de los otros dos, a doce años de prisión por cada uno de los delitos cometidos; es decir, a un total de treinta y ocho años de prisión con la aplicación del máximo de cumplimiento previsto en el art. 76 Cp de veinte años.

## 2.3. Sentencia 14/2020, de 18 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Civil y Penal)

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial fue recurrida en apelación por los tres condenados, que solicitaban la absolución en relación con los delitos de agresión sexual por los que habían sido condenados en concepto de autores directos, así como de cooperadores necesarios; alternativamente solicitaban la anulación de la sentencia y la celebración de un nuevo juicio. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León aceptó la declaración de hechos probados de la Sentencia anterior, con un par de salvedades<sup>20</sup>.

Como ni el fiscal, ni la acusación particular, ni la acción pública impugnaron la absolución del acusado de diecinueve años en relación a los hechos ocurridos en su habitación, el Tribunal Superior de Justicia consideró tal pronunciamiento como firme a todos los efectos, lo que tendría, a su vez, transcendencia a la hora de valorar la entidad de los hechos ocurridos con anterioridad en el salón<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> En los siguientes términos: "Entendemos que el hecho de que la menor se encontrase en un domicilio ajeno, con la luz apagada y rodeada por tres varones de superior complejión y edad, los cuales se habían desnudado, y quitándole a ella también la ropa (...), cogiéndole de las manos y la cabeza (...) constituye una situación de intimidación ambiental, y por ello resulta creíble que la menor, por su falta de madurez y sorpresa, no supiese reaccionar, quedándose bloqueada, y paralizada, temiendo que, si se negaba, los tres acusados pudieran reaccionar en forma violenta".

<sup>19</sup> Hecho de gran trascendencia mediática en España en el que se juzgó a cinco varones por unas relaciones sexuales mantenidas en grupo con una joven de diecinueve años. Un análisis del mismo puede verse en Pastora García Álvarez, "El precio de una reforma penal fruto de la presión social", en *La perspectiva de género en la ley del "solo sí es sí". Claves de la polémica* (A Coruña: Colex, 2023), 17-55.

<sup>20</sup> En primer lugar, en relación a los hechos sucedidos en el salón de la vivienda de los tres acusados recogidos en el apartado Tercero, de cuyo párrafo segundo se elimina la referencia siguiente: "ella se cruzó los brazos y no supo cómo reaccionar, quedándose paralizada"; así como el dato de que fueran los acusados los que cogieran las manos de la denunciante para que les masturbara o los que le sujetaran la cabeza para que les hiciera una felación. En segundo lugar, añade un apartado Sexto en el que se hace constar que ninguno de los acusados había superado la etapa de educación secundaria obligatoria y que el acusado de diecinueve años tenía una madurez psicológica próxima a la de la menor, y el de veintidós, ligeramente superior a la de esta. También se dio por acreditado que el acusado de veinticuatro años había padecido un trastorno de déficit de atención/hiperactividad en su infancia que le provocó que su madurez cerebral fuera inferior a su edad cronológica.

<sup>21</sup> De hecho, el que la relación sexual completa mantenida con este acusado hubiera sido consentida contribuyó a que el Tribunal Superior de Justicia aceptara, tal y como apuntaban los recurrentes, que carecía de lógica el que realmente en el salón la denunciante se encontrara en situación de bloqueo por el miedo y que esto fuera lo que le forzó a masturbarles y a realizarles las felaciones en el salón; sobre todo si a eso se añadía que, una vez que se apagaron las luces, ella regresó al salón y se quedó allí a pesar de detectar que los tres condenados estaban desnudos cuando, además, ninguno hizo nada por impedirle abandonar el piso en ningún momento (FD Sexto).

A diferencia del criterio mantenido por la Audiencia, el Tribunal Superior de Justicia entendió que el análisis de la prueba pericial psicológica de la denunciante no permitía darle credibilidad a su testimonio desde un punto de vista subjetivo, y que el temor de esta al escándalo una vez que los hechos llegaron a conocimiento de las personas cercanas a ella y su familia, no permitían descartar el móvil espurio (FD Séptimo). La falta de credibilidad subjetiva y la dificultad para encontrar una relación lógica entre los distintos comportamientos de la denunciante (subir al piso voluntariamente, permanecer junto a los acusados en una habitación a oscuras estando estos desnudos, sin que nadie le impidiera marcharse, que, a continuación, mantuviera una relación sexual completa con uno de ellos consintiéndola libre y voluntariamente) llevó al Tribunal a descartar la intimidación como el factor desencadenante de las masturbaciones y felaciones a los tres acusados (FD Octavo). En consecuencia, estos hechos ya no podían ser calificados de agresión sexual, sino de abuso sexual con menor de dieciséis años del entonces vigente art. 183.1 Cp (FD Noveno). Eso sí, el Tribunal no entendió acreditado ni error de tipo en relación a la edad de la denunciante ni el error de prohibición alegado por los acusados de forma subsidiaria (FD Décimo).

Una vez calificada la acción de los recurrentes como un delito de abuso sexual tipificado en el art. 183.1 Cp, el Tribunal Superior de Justicia procedió a analizar la eventual aplicación del art. 183 quater Cp, bien como eximente de la responsabilidad criminal o, en su caso, como atenuante simple o cualificada. Llegado a este punto, en el caso del acusado de diecinueve años entendió que esta exención que se admitió para absolverle de responsabilidad penal por la relación sexual completa había de extenderse también al delito de abuso sexual integrado por los hechos ocurridos en el salón (FD Duodécimo). En relación a los acusados de veintidós y veinticuatro años, si bien no admitió la apreciación de este precepto con carácter de eximente de la responsabilidad por la falta de simetría en desarrollo y madurez con la menor, sí admitió su apreciación como atenuante analógica en armonía con el criterio mantenido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater Cp (a partir de ahora Circular 1/2017)<sup>22</sup>. Por lo que, teniendo en cuenta la relativa proximidad de las edades cronológicas y la proximidad en el grado de desarrollo y madurez de los implicados en lo que a relaciones sexuales se refiere<sup>23</sup>, apreció "una atenuante analógica del artículo 21.7º del Código Penal con el carácter de muy cualificada en relación con el tantas veces citado artículo 183 quater del Código Penal" (FD Decimotercero).

Por tanto, este Tribunal absolvió a uno de los acusados (el de diecinueve años) de todos los delitos —violación y cooperación necesaria para cometer la agresión sexual grupal—, y rebajó las penas de los otros al modificar la calificación de los hechos a abuso sexual, delito tipificado en el Cp, evidentemente, con penas más bajas que el de agresión sexual<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> España Fiscalía General del Estado, *Consulta 1/2017, de 14 de junio, sobre las acciones típicas en el delito de atentado* (Madrid: Fiscalía General del Estado, 2017), [https://www.boe.es/buscar/abrir\\_fiscalia.php?id=FIS-Q-2017-00001.pdf](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-Q-2017-00001.pdf).

<sup>23</sup> Al entender que: "examinando el medio social en el que se desenvuelven tanto la menor como los recurrentes, se comprueba, vistas las comunicaciones cruzadas entre ambos y con amigos de edades similares, las declaraciones de todos ellos y el lenguaje soez que emplean al tratar temas de contenido sexual, que hay un contexto común a la hora de banalizar las relaciones sexuales convirtiéndolas en un simple divertimento o juego sin trascendencia" (FD Decimotercero).

<sup>24</sup> Más concretamente, condenó al acusado de veintidós años a tres años de prisión y al de veinticuatro, a cuatro años de prisión. Esta diferencia en la pena (por el mismo delito, abuso sexual) obedeció, precisamente, a la diferencia de edad. Tal y como lo explicita la sentencia, la condena de un año más al acusado de veinticuatro años se debe "a su mayor edad" y a que fue quien ejerció "una suerte de liderazgo sobre los demás, manifestado en las especiales relaciones mantenidas a través de las redes sociales con la menor" (FD Decimocuarto).

## 2.4. Sentencia 930/2022, de 30 de noviembre, del Tribunal Supremo

La Sentencia 14/2020, de 18 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Civil y Penal), fue recurrida en casación por el Ministerio Fiscal, así como por las representaciones de los dos condenados, por la Acusación particular y por la Acusación popular ante el Tribunal Supremo, que resuelve el 30 de noviembre de 2022.

Por lo que se refiere a los motivos del recurso interpuesto por la representación del condenado de veinticuatro años, el Tribunal Supremo entendió que la realidad de los actos de contenido sexual de los condenados con la víctima fueron incontestables (FD segundo); desestimó la pretensión de que debería haberse apreciado un error de prohibición vencible al considerar inadmisibles "la ignorancia del conocimiento de la ilicitud de estas conductas con menores" (FD Cuarto); así como que fuera apreciable la cláusula del art. 183 quater ya que el recurrente tenía veinticuatro años en el momento de los hechos y la víctima tan solo quince (FD Quinto). También desestimó el recurso de casación interpuesto por el representante del condenado de veintidós años, entendiendo que no había habido quiebra del principio de presunción de inocencia ni error en la valoración de la prueba, remitiéndose a las argumentaciones desarrolladas en el FD Segundo ya referido (FD Decimoprimer).

En relación a los recursos planteados por las Acusaciones (particular y popular), el Tribunal Supremo descartó que hubiera habido error en la valoración probatoria que permitiera regresar, tal y como se le solicitaba, a la aceptación de la intimidación ambiental que fue reconocida por la Audiencia Provincial y rechazada por el Tribunal Superior de Justicia (FD Sexto y Noveno). También desestimó la pretensión de la primera de las acusaciones de declarar la improcedencia de la exclusión de la responsabilidad penal en el caso del imputado de diecinueve años de edad, al considerar acreditado que no había habido intimidación ni, por tanto, agresión sexual y que el acusado tenía una edad y una madurez próxima a la de la víctima (FD Séptimo).

Sin embargo, sí otorgó la razón a las dos Acusaciones y al Ministerio Fiscal al rechazar que procediera apreciarles la previsión contenida en el art. 183 quater Cp como atenuante analógica muy cualificada a los imputados de veintidós y veinticuatro años. El Tribunal Supremo consideró que el criterio sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de entenderla admisible como tal en los supuestos "en los que, sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez", carecía —según palabras textuales— de "anclaje legal"<sup>25</sup>. Desde su punto de vista: el art. 183 bis Cp tan solo avala la exclusión de responsabilidad penal y la citada Circular no constituye un marco legal que sirva de soporte para aplicar una atenuante donde esta no se puede aplicar *ex lege*<sup>26</sup> (FD Séptimo, Noveno y Décimo).

Por lo que, el Tribunal Supremo, tras declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, con estimación de su motivo único, y, parcialmente, del interpuesto por las representaciones de la Acusación particular y de la Acusación popular procedió a casar y anular la

<sup>25</sup> El Tribunal Supremo argumenta esta cuestión en los siguientes términos: "(...) el problema con el que nos encontramos en este caso es que no es posible una creación jurisprudencial *ex novo* de una atenuante analógica que no permite 'anclarla' en otra precedente sobre la que construir la 'analogía', ya que en el art. 21.7 CP se permite una construcción referida a las precedentes cuando se dé cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores"; no refiriéndose dicho artículo 21.7 Cp al art. 183 bis (anteriormente art. 183 quater) Cp. Artículo 183 bis Cp que, por su parte, solo avala la exclusión de responsabilidad penal en los casos que cita, pero no una atenuación, ni simple ni muy cualificada".

<sup>26</sup> A lo que añade: "También hay que destacar que, en su caso, esa atenuante analógica, no podría aplicarse tampoco a un escenario como el que se describe en los hechos probados de acceso carnal sexual entre los jóvenes y la menor en un marco de una orgia sexual. Podría llegar a plantearse en otros escenarios como relaciones entre jóvenes concretas en edades límites, y/o fruto de una relación de pareja, pero no en un escenario cercano a una relación sexual grupal como fue este supuesto ajeno a una situación de aplicación de circunstancias modificativas de responsabilidad penal". Matización que considero fuera de lugar. Una vez que se descartó el que los hechos tuvieran lugar en una situación de intimidación ambiental, el que sean dos o más los implicados en el acto de carácter sexual no es algo que tuviera que excluir la posibilidad de apreciar la previsión del art. 183 quater Cp como eximente incompleta.

sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, fijando en esta nueva sentencia la pena para los dos condenados<sup>27</sup> en nueve años y un día de prisión, en vez de las impuestas en la sentencia recurrida (tres años de prisión para el acusado de veintidós años y cuatro años de prisión para el de veinticuatro)<sup>28</sup>. Diferencia de pena que evidencia la trascendencia crucial que tiene el que sea realmente admisible o no que la previsión del art. 183 quater Cp (vigente 183 bis) pueda operar más allá de como eximente completa. Cuestión que se procede a analizar a continuación.

### 3. ¿Puede operar la cláusula del artículo 183 quater Cp (vigente 183 bis) como atenuante analógica?

Si se acude a la Circular 1/2017 invocada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su sentencia 14/2020, se comprueba que llega a la admisibilidad de esta posibilidad partiendo de la razón de ser del art. 183 quater Cp. En ella se argumenta que la esencia del art. 183 quater Cp radica en saber si, en el caso concreto y dentro de las amplias franjas de edad orientadoras que en ella se detallan<sup>29</sup>, las diferencias entre autor y víctima entrañan una explotación de la vulnerabilidad de esta última, que implique una clara situación de abuso. Para que, de no ser así, se tenga en consideración como eximente completa o como atenuante, pudiendo esta llegar a ser apreciada como muy cualificada. Precisa que la exención total requerirá, además del consentimiento libre, la concurrencia cumulativa de los dos presupuestos que incorpora la cláusula: proximidad en edad y proximidad en el grado de desarrollo y madurez. Y admite la posibilidad de construir una atenuante por analogía (art. 21.7ª Cp) en tanto que la concurrencia parcial de dichos presupuestos puede excluir la idea de abuso en forma relativa.

A tal efecto se remite a las sentencias en las que el Tribunal Supremo sostiene que pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes por analogía "las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la *ratio* de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido (SSTS 516/2013, de 20 de junio y 945/2013, de 16 de diciembre, entre otras)"; por entender que la propia rúbrica del Capítulo II bis, al referirse al "abuso" indica con claridad que nos encontramos en este supuesto. Así sostiene que: "La ausencia de abuso excluye la posible responsabilidad penal, pero el caso concreto puede dar lugar a que, sin llegar a este punto, haya lugar a una modulación"<sup>30</sup>. Aclara que, para ello, habrá de atenderse al caso concreto y que la situación deberá abarcar necesariamente la proximidad por edad dispuesta en el precepto, siendo graduable el grado de desarrollo o madurez al objeto de establecer el alcance de la atenuación. A lo que añade que "Idlebe admitirse la posibilidad de apreciar la atenuante analógica como muy cualificada", para los supuestos en los que sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea muy cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez.

<sup>27</sup> Por el actual delito del art. 181.1, 3 y 4 a) Cp [anterior art. 183.1, 3 y 4 b), vigente a la fecha de los hechos].

<sup>28</sup> Se trata en cualquier caso de una pena inferior a la que hubiera correspondido a esos mismos hechos conforme a la regulación de los delitos sexuales vigente hasta la aprobación de la LO 10/2022. Ya que la LO 10/2022, al ser más favorable, fue aplicada retroactivamente.

<sup>29</sup> Señala como pautas, por ejemplo, el que la diferencia de edad entre los implicados en el acto sexual puede ir más allá de los tres años, ya que el legislador se planteó la predeterminación de la proximidad entre ambos a esa cifra y expresamente la rechazó. Así mismo propone la previsión contenida en el artículo 69 del Código penal de tratar como menores a los jóvenes mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, como un parámetro especialmente adecuado para interpretar el art. 183 quater Cp. Y admite que la cláusula en él contenida pueda ser aplicable a los jóvenes adultos de entre veintiuno y veinticuatro años, si bien advierte que en como en este tramo las diferencias de edad son ostensibles, las exigencias de comprobación de la similitud de desarrollo y madurez habrán de ser evidentemente mayores, de forma que la aplicación de la excepción en tales supuestos devendrá excepcional.

<sup>30</sup> España Fiscalía General del Estado, *Consulta 1/2017, de 14 de junio, sobre las acciones típicas en el delito de atentado*, 9.

Los términos de la Circular sobre esta cuestión son claros y contundentes. Ahora bien, tiene razón el Tribunal Supremo en su sentencia 930/2022 cuando puntualiza que como una Circular no es una ley, no puede crearse Derecho penal a través de ella. Pero lo que las Circulares sí pueden hacer es ofrecer una interpretación de las normas ya existentes. De hecho, las circulares son uno de los instrumentos a través de los cuales se concretan las directrices generales que el Fiscal General del Estado dirige a los miembros de la carrera fiscal (con soporte en la previsión contenida en el artículo 25 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal<sup>31</sup>), para mantener el principio de unidad de actuación al contener criterios generales de actuación e interpretación de las normas. Aquello conduce a la siguiente interrogante: ¿hay en el ordenamiento jurídico penal español argumentos que permitan sustentar la apreciación de la cláusula del art. 183 quater Cp (vigente art. 183 bis) como atenuante analógica susceptible de ser apreciada, incluso, como muy cualificada? Entiendo que la respuesta es que sí por las siguientes razones<sup>32</sup>:

En primer lugar, por el propio tenor literal del artículo 183 quater Cp que, disponiendo que el consentimiento libre del menor de dieciséis años "excluirá la responsabilidad penal", no especifica que dicha exención tenga que ser ni total ni parcial, poniéndola sencillamente en relación con los factores de proximidad en edad y desarrollo o madurez entre quienes mantienen la relación sexual. Factores que habrán de ser valorados y modulados en atención a las circunstancias del caso concreto.

En segundo lugar, porque, aunque la previsión contenida en el apartado 7 del artículo 21 Cp (atenuante análoga) haga referencia exclusivamente a cualquier otra circunstancia de análoga significación "a las anteriores", negar que esta pueda extenderse al art. 183 quater Cp, es negar la operatividad de la analogía a favor de reo en el ámbito penal; cuando la analogía que es inadmisibles por chocar con los principios limitadores del Derecho penal es exclusivamente la que le perjudica<sup>33</sup>.

En tercer lugar y nuevamente desde la premisa de que la analogía que beneficia al reo no es contraria a los principios limitadores del Derecho penal: si cualquiera de las circunstancias eximentes (completas) de la responsabilidad penal previstas en el art. 20 Cp, pueden operar como eximentes incompletas cuando no se den todos sus requisitos (por previsión expresa del art. 21.1ª Cp), ¿por qué no ha de regir la misma regla para la cláusula prevista en el art. 183 quater Cp?

Y, en cuarto lugar, porque si la admisibilidad de la exención de responsabilidad que se prevé en el art. 183 quater se ha hecho pivotar (pudiendo el legislador haber optado por criterios fijos), sobre dos parámetros modulables, reconociéndose que pueden darse situaciones intermedias en las que la madurez y la edad de los implicados en los actos sexuales sean más o menos próximas, pero no tanto como para llegar a eximir de responsabilidad penal, no es razonable que a esta se les dé la respuesta penal más extrema negándosele toda relevancia penal. No cuando en virtud del principio de proporcionalidad la pena a imponer ha de estar vinculada a la gravedad de los hechos tutelados por la norma penal.

Luego, y con esto concluyo, discrepo del rechazo mostrado por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en el caso "La Arandina" a que la cláusula prevista en el art. 183 quater Cp pueda operar también como atenuante analógica e, incluso, como eximente incompleta. Ambas

<sup>31</sup> España, *Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, Boletín Oficial del Estado, 13 de enero de 1982.

<sup>32</sup> En términos muy similares se manifiesta el magistrado, el Excmo. Sr. Ángel Luis Hurtado Adrián en el voto particular que formula a la STS 930/2022, de 30 de noviembre. Voto particular al que me remito. Un interesante comentario sobre el mismo puede verse en Javier Parrilla Vergara, "¿Atenuar o no atenuar las penas? reflexiones en torno al 'caso Arandina'", *Revista General de Derecho Penal* 39, (2023).

<sup>33</sup> En este sentido, por ejemplo, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 454-5.

posibilidades son defendibles partiendo del tenor literal de los propios preceptos penales con apoyo en la admisibilidad de la analogía que beneficia al reo y en el más estricto respeto, por tanto, de los principios limitadores del Derecho penal<sup>34</sup>.

## Bibliografía

España. *Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*. Boletín Oficial del Estado, 13 de enero de 1982.

———. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 23 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>.

———. *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*. Boletín Oficial del Estado, 07 de septiembre de 2022. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con>.

———. *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 31 de marzo de 2015. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>.

España Fiscalía General del Estado. *Consulta 1/2017, de 14 de junio, sobre las acciones típicas en el delito de atentado*. Madrid: Fiscalía General del Estado, 2017. [https://www.boe.es/buscar/abrir\\_fiscalia.php?id=FIS-Q-2017-00001.pdf](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-Q-2017-00001.pdf).

García Álvarez, Pastora. "El precio de una reforma penal fruto de la presión social". En *La perspectiva de género en la ley del "solo sí es sí"*. Claves de la polémica. A Coruña: Colex, 2023.

González Cussac, José Luis. "Prefacio". En *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Moreno, Carmen, Pilar Ramos, Francisco Rivera, Inmaculada Sánchez-Queija, Antonia Jiménez-Iglesias, Irene García-Moya, Concepción Moreno-Maldonado, Carmen Paniagua, Ana Villafuerte-Díaz, Esther Ciria-Barreiro, Antony Morgan y Eva Leal-López. *Resultados del Estudio HBSC 2018 en España sobre Conducta Sexual. Análisis de tendencias 2002-2006-2010-2014-2018*. Madrid: Ministerio de Sanidad, 2020. [https://www.sanidad.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/HBSC2018\\_ConductaSexual.pdf](https://www.sanidad.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/HBSC2018_ConductaSexual.pdf).

Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. *Derecho penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

Parrilla Vergara, Javier. "¿Atenuar o no atenuar las penas? reflexiones en torno al caso Arandina". *Revista General de Derecho Penal* 39, (2023).

Ramos Vazquez, José Antonio. "El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: art. 183 quater Cp". En *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

<sup>34</sup> De hecho, ambas posibilidades han sido reconocidas sin problema en otras resoluciones dictadas por este mismo órgano judicial en los que se resolvían casos de similar entidad. A tal efecto, puede consultarse cómo fue apreciada como atenuante muy cualificada en relación con el 21.7ª Cp, por ejemplo, en la STS 699/2020, de 16 de diciembre y en la STS 672/2022, de 1 de julio (en un caso en el que el acusado tenía veinticinco años recién cumplidos y la sujeto pasivo algo más de trece).

EL DELITO DE

# GROOMING

EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

*Sofia Andrea Curatolo<sup>1</sup>*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Desarrollo. 2.1. Acción típica 2.2. Elementos del delito 2.3. Sujetos activo y pasivo 2.4. Medios comisivos 2.5. Tipo subjetivo 2.6. Consumación 2.7. Tipo de acción y prescripción de la acción penal 2.8. Prevención del delito de *grooming* 2.9. Sentencias por *grooming*. 3. Conclusiones. 4. Referencias bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Abogada, Diploma de Honor, Especialista en Derecho Penal, Doctoranda y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Se desarrolla profesionalmente cumpliendo funciones en el Poder Judicial de la Nación. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal y de la Asociación Argentina de Profesoras/es de Derecho Penal. Contacto: soficuratolo@gmail.com.

## 1. Introducción

A modo introductorio, se analizará el bien jurídico lesionado en los delitos contra la integridad sexual. Previo a eso, cabe señalar la definición que hacen Zaffaroni, Alagia y Slokar respecto del bien jurídico. Así, para ellos, "es la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto"<sup>2</sup>.

Contextualizando históricamente, el 14 de abril del año 1999 el Congreso de la Nación Argentina sancionó la ley nro. 25.087, la cual fue promulgada el 7 de mayo del mismo año y publicada en el Boletín Oficial el 14 de mayo. Aquella modificó el Código Penal de la Nación en lo relativo a los delitos contra la integridad sexual. En el Título III del mentado código se modificó la estructura y se suprimieron las rúbricas de los capítulos, lo cual quitó una vía más de interpretación. De este modo, se produjo un cambio en la denominación del título "delitos contra la honestidad", por el actual "delitos contra la integridad sexual". Así ocurrió en España con la sanción de la LO 3/1989 que mutó el título "delitos contra la honestidad" por el de "delitos contra la integridad sexual" y nuevamente se sustituyó, mediante la LO 11/1999, por el de "delitos contra la libertad e indemnidad sexuales".

Sin embargo, lo que debe destacarse es que la modificación nuclear es de carácter ideológico, como se puede observar en ambas legislaciones. Prueba de ello es la eliminación del concepto de "mujer honesta". La ley 25.087 importa un cambio de paradigma del bien jurídico afectado por estos delitos. Tal es así, que De Luca y López Casariego señalan que la honestidad era el objeto jurídico comprometido en el sistema anterior, que había sido interpretada en un sentido religioso como el acto sexual fuera del matrimonio y, desde un punto de vista moral o de las costumbres sociales, como la inexperiencia sexual. La doctrina, entre quienes se encuentran, Soler, González Roura, Fontán Balestra, Pandolfi, Donna y Creus, criticaron que este concepto pudiera ser omnicomprensivo de todas las infracciones previstas en el Título, así como por el sentido primitivo de la expresión. La aplicación de una acepción literal del término llevó a considerar que las personas expertas sexualmente no podían ser sujetos pasivos de algunos de estos delitos.

Si bien tanto en la jurisprudencia como en la doctrina no hay un pensamiento uniforme, la mayoría de los autores y autoras sostienen que el interés comprometido en estos delitos es la libertad, integridad y dignidad físico-sexual<sup>3</sup>, la reserva sexual, la libertad sexual entendida como el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de la sexualidad y la libertad sexual de la persona mayor de dieciocho años y el libre desarrollo sexual de los menores de esa edad<sup>4</sup>. Esta postura es la que abarca tanto la libertad sexual de los individuos adultos, así como la indemnidad sexual. Otros autores y autoras consideran que el bien jurídico protegido es más amplio, como lo es la libertad de autodeterminación sexual que poseen todos los individuos. Esta última postura refuerza no sólo la libertad sexual, sino los derechos inherentes a la dignidad de la persona. En definitiva, el bien jurídico protegido<sup>5</sup> es la integridad sexual de las personas.

La reforma del Título III, del libro Segundo, constituía una obligación

<sup>2</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia, *Manual de Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2006).

<sup>3</sup> Jorge Luis Villada, *Delitos contra la Integridad Sexual* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000).

<sup>4</sup> Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la Integridad Sexual* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2000).

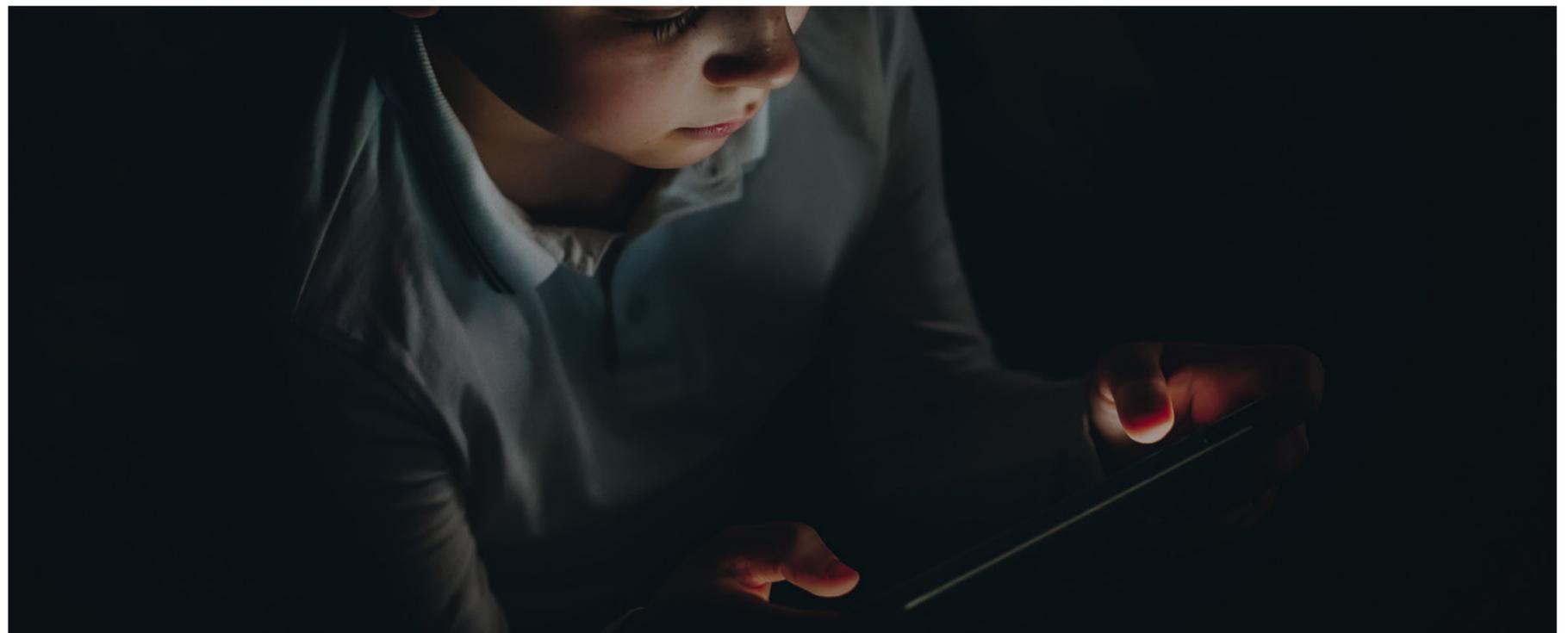
<sup>5</sup> Todos los bienes jurídicos son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad: no los crea el ordenamiento jurídico sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico. Al respecto, véase Enrique Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal Parte General* (Santa Fe: EDITORIAL TEMIS S. A., 1996).

para la República Argentina, toda vez que el Estado ha ratificado tratados internacionales de Derechos Humanos y les ha otorgado jerarquía constitucional en el artículo 75 inciso 22. Dentro de aquellos cabe poner de relieve a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará, adoptada en 1994 y aprobada en nuestro país mediante ley 24.632, que propuso el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres contra el fenómeno de la violencia contra su integridad física, sexual y psicológica. Las modificaciones legislativas al Código Penal, tanto la eliminación de capítulos y artículos, así como la sustitución de otros, era necesario toda vez que la terminología se encontraba desactualizada con los parámetros del momento, pudiendo generar responsabilidad internacional.

Otro de los principales motivos que suscitaron esta reforma fue el reclamo social ante la escasa respuesta estatal frente a los hechos delictivos de carácter sexual que se cometían contra mujeres, niñas, niños y adolescentes. La falta de prueba en estos tipos de delitos, sumado a la creación de un principio de co-responsabilidad conforme al cual es la víctima quien debe responder de su conducta, evitando por todos los medios posibles que se lleve a cabo el hecho punible, conllevaron a las modificaciones en el Título. En resumen, se modificó el Título III, del Libro Segundo, de la parte Especial del Código Penal generando una reconceptualización general que tuviera en cuenta las conductas consideradas ilícitas, la perspectiva de la víctima al momento de definir el bien jurídico protegido, independientemente de cualquier otra consideración moral y partiendo de un concepto más amplio.

La reforma resultó una respuesta legislativa que intentó resolver los conflictos que presentaba la antigua legislación. Sin embargo, consideramos que debería reformularse nuevamente y denominarse "delitos contra la autodeterminación sexual", ya que hace alusión a la libertad de la persona y no pone en tela de juicio determinados valores de consideración moral.

A modo de síntesis, se introdujo el concepto del bien jurídico lesionado. Ahora, el presente trabajo se abocará al análisis específico del delito de *grooming* en el Código Penal Argentino.



## 2. Desarrollo

En el artículo 131 del CP<sup>6</sup> se encuentra tipificado el acoso sexual a menores de edad por vía digital –*grooming*–, que fue incorporado mediante ley N° 26.904 del año 2013 de la siguiente manera:

Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.<sup>7</sup>

Esta conducta delictiva es llevada a cabo mediante el uso de internet, como también de cualquier otro sistema electrónico de transmisión de datos, en los que se encuentran vinculados menores de edad. No es un delito informático, sino un delito que tiene naturaleza sexual habida cuenta que la finalidad ilícita es de tal carácter. Como señala Buompadre, el bien jurídico lesionado por esta figura es la libertad sexual del menor, por eso se hace hincapié en hablar de autodeterminación sexual y no de integridad.

### 2.1. Acción típica

La conducta consiste en contactar, esto implica comunicarse, relacionarse, conectarse, con una persona menor de edad por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o "cualquier otra tecnología de transmisión de datos"<sup>8</sup>. De esta manera, el comportamiento consiste en ponerse en contacto o entablar comunicación por cualquier medio informático o telemático con un fin específico que es cometer un delito contra la autodeterminación sexual.

De la misma forma lo define Alejandro Tazza, el verbo "contactar" debe entenderse de esta manera:

hacer contacto, entablar una conexión

<sup>6</sup> Argentina, *Código Penal de la Nación Argentina*, Boletín Nacional, 29 de octubre de 1921.

<sup>7</sup> Argentina, *Ley N° 26.904*, Boletín Nacional, 11 de diciembre de 2013, art. 1.

<sup>8</sup> Nicolás Ramírez, *Curso de Derecho Penal Parte Especial* (Buenos Aires: Editorial B de F, 2023).

personal a través de cualquier medio de comunicación; descarta el contacto directo o corporal. Este contacto o conexión debe hacerse –a los fines de la concreción ilícita–, por un medio de comunicación electrónica, o de telecomunicación o de cualquier otra tecnología que utilice la transmisión de datos.<sup>9</sup>

Es un delito de peligro abstracto habida cuenta que la acción se encuentra tipificada solamente por ponerse en contacto, sin requerir la acreditación de un peligro concreto o real sobre el bien jurídico lesionado. De esta forma, el comunicarse ya constituye una conducta típica que los y las legisladoras han decidido tipificar en función de que las y los niños son sujetos de especial protección por parte del Estado. En definitiva, al ser de peligro abstracto lo que conlleva es un adelantamiento de la punibilidad, en tanto tipifica la conducta de contactar a la persona que tiene la voluntad de cometer un delito que aún no cometió y que, en caso de no estar previsto en el CP, consistiría en un mero acto preparatorio. Además, es una comunicación por medios digitales el que exige el tipo penal, porque a través de aquel se entiende que se logra la confianza necesaria para, luego, poder concretar un ataque contra la autodeterminación sexual de la persona menor de edad.

### 2.2. Elementos del delito

- Contactar a una persona menor de edad.
- Recepción de la comunicación por parte del o la menor.
- Uso de internet, teléfono, computadora o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación (TIC).
- Finalidad de cometer un delito sexual, de los previstos en los artículos 119 a 130 del CP.

<sup>9</sup> Alejandro Tazza, *El Delito de Grooming - Art. 131 Código Penal* (Mar del Plata: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, 2014), citado en Juan Ignacio Díaz, "El delito de grooming. Consideraciones desde los límites de la responsabilidad penal", *Revista Pensamiento Penal*, n.° 459 (2023): 1-14.

### 2.3. Sujetos activo y pasivo

Respecto de los sujetos del delito, se trata de un delito que puede ser cometido por cualquier persona, sin que se requiera en el autor/a una cualidad o condición especial, por lo tanto, es *delicta comunia*. Con relación al sujeto pasivo, esta persona debe ser menor de edad (en Argentina, 18 años).

En atención a una interpretación sistemática del CP, la persona mayor de 13 años que preste su consentimiento, aun cuando fuera contactado por medios tecnológicos, quedará fuera de este tipo penal, en tanto desde esa edad los y las legisladoras han entendido que se puede dar un consentimiento válido. De esta forma, quien mantiene un contacto sexual libremente consentido no encuadrará en la conducta típica, porque no se estaría ante un contacto para cometer un delito contra la integridad sexual, pues esto último no se acredita en el supuesto de que haya un consentimiento válido<sup>10</sup>.

### 2.4. Medios comisivos

Son las comunicaciones electrónicas, de telecomunicaciones y/o cualquier otra tecnología de transmisión de datos. No quedan abarcados por la norma otros medios de comunicación que también pueden ser usados para la captación de las víctimas, como por ejemplo, cartas, contactos personales cara a cara, entre otros<sup>11</sup>. Por lo general, los sujetos activos utilizan falsas identidades en redes sociales a los efectos de engañar a sus víctimas. Este es el principal problema, dado que no siempre los niños, niñas y adolescentes son capaces de distinguir las identidades falsas de las reales y pueden ser engañados con facilidad. En este sentido, es frecuente que hagan uso de la información que los niños, niñas o adolescentes compartan sobre sus gustos y preferencias en las redes sociales o servicios de mensajería instantánea. De este modo, acercarse desde los intereses similares es más sencillo porque logran generar empatía y, de algún modo, el o la menor siente que conoce a quien está del otro lado de la pantalla del dispositivo que sea.

<sup>10</sup> Nicolás Ramírez, *Curso de Derecho Penal Parte Especial*.

<sup>11</sup> Jorge Buompadre, *Derecho Penal Parte Especial* (Resistencia: Con Texto Libros, 2021).

### 2.5. Tipo subjetivo

El *grooming* es un delito doloso que requiere dolo directo, es decir, como señala Zaffaroni, Alagia y Slokar:

dolo es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración. En el dolo, este conocimiento es siempre efectivo (no es una posibilidad de conocimiento sino un conocimiento real) y recae sobre los elementos del tipo objetivo sistemático (incluyendo los elementos normativos de recorte), como también sobre los imputativos del tipo conglobante (pues no exige el conocimiento de los componentes que hacen a la ofensividad).<sup>12</sup>

Asimismo, para que esté completo el elemento subjetivo del tipo también debe estar presente una ultraintencionalidad que acompaña al dolo: la finalidad de cometer un delito sexual en perjuicio de la persona menor de edad. Esto quiere decir que, para que se configure el aspecto subjetivo de la tipicidad, es necesario que el sujeto activo conozca que el sujeto pasivo es una persona menor de edad y que se contacte con fines sexuales, independientemente de cuál sea el delito concreto que quiera llevar a cabo.

### 2.6. Consumación

Se consuma con el contacto con la persona menor de edad, es decir, su recepción por parte del sujeto pasivo para la perfección del tipo penal. Dado que es un delito de mera actividad no se exige que alcance a concretar algún otro delito contra la integridad sexual del/a menor. Es posible la tentativa en caso de que alguien tenga a cargo al/a menor o alguna institución advierta el intento de contacto por parte del sujeto activo.

### 2.7. Tipo de acción y prescripción de la acción penal

El ejercicio de la acción penal es pública, conforme el artículo 71 del CP que establece: "Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación

<sup>12</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia, *Manual de Derecho Penal Parte General*.

procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1) Las que dependieren de instancia privada; 2) Las acciones privadas". Por lo tanto, puede ser promovida de oficio por el Ministerio Público Fiscal.

Respecto de la prescripción de la acción penal se produce a los cuatro años, en los términos establecidos en el artículo 62 inciso 2 del CP, no siendo aplicable el párrafo incorporado por la ley N° 26.705 al artículo 63 del CP, por cuanto es anterior a la incorporación del *grooming* al Código Penal<sup>13</sup>.

## 2.8. Prevención del delito de *grooming*

Para prevenir este delito penal, a través de la ley N° 27.590 "Mica Ortega" se creó Clic Derechos, Programa Nacional de Prevención y Concientización del *Grooming* o ciberacoso contra niñas, niños y adolescentes. La Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF), como el órgano de aplicación de esta ley, genera estrategias para acompañar a las infancias y adolescencias en el uso de las pantallas, prevenir las violencias digitales y construir junto a toda la comunidad entornos seguros para el desarrollo de su ciudadanía digital<sup>14</sup>.

## 2.9. Sentencias por *grooming*

La Sala del Tribunal en lo Criminal N° 2 de San Salvador de Jujuy condenó a tres años de prisión de cumplimiento condicional a un profesor de catequesis por el delito de *grooming* hacia una de sus alumnas, de 14 años. De acuerdo a los hechos reconocidos por el acusado en la causa, "E. P. O.", él comenzó a mandarle mensajes de *WhatsApp* a su alumna V. M. G, intentando en un primer momento ganar su confianza, para luego en fecha 14 de septiembre de 2019 enviarle mensajes diciéndole: "Hola... muero por tener sexo contigo V., que decís vamos [...] avísame", invitándola en varias oportunidades a un encuentro, pero sin poder lograrlo. En este caso, de acuerdo a los jueces,

quedó acreditado que el imputado, mediante *WhatsApp*, envió mensajes a la víctima con claras intenciones de abusar sexualmente de la misma, aprovechando el estado de catequista del cual se hallaba investido, quedando de esta manera cumplida dicha exigencia legal, dando pábulo así a la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 131 en función del artículo 45 del Código Penal.<sup>15</sup>

Por otro lado, en la causa "Canario, José Antonio s/ Incidente de juicio abreviado s/ Hostigamiento sexual contra menores o *grooming* y Abuso sexual con acceso carnal en perjuicio de R.S.L. y M.E.S", de fecha 23 de Diciembre de 2014, del registro del Tribunal de Juicio de Salta, Sala 4, en el marco de un juicio abreviado:

[...] corresponde condenar a la pena de siete años de prisión en orden a los delitos de hostigamiento sexual contra menores y abuso sexual con acceso carnal, por haber hostigado sexualmente a una menor de 14 años que padecía retraso madurativo por medio de la utilización de una red social y también accedido carnalmente a otra menor de doce años con la que mantenía relaciones sexuales y cuya relación se inició también por una red social.<sup>16</sup>

Finalmente, en la causa "Faraoni, José María s/ Corrupción mediante *Grooming*", de fecha 1 de Septiembre de 2015, del registro del Juzgado En Lo Correccional Nro 1. Bahía Blanca, Buenos Aires:

Corresponde condenar al imputado en orden al delito de acoso sexual tecnológico de menores, cometido en perjuicio de dos adolescentes varones de 14 y 15 años de edad, mediante la utilización de una red social, pues al tomar contacto con las víctimas les preguntó expresamente su edad, con el propósito de generar un encuentro personal con los mismos, para lo cual se trasladó hasta la ciudad en que residían los menores - a 200km de distancia de su domicilio- después de insistentes anuncios y de manifestar su intención de pasar el mejor

<sup>15</sup> Editorial Erreius, "'Grooming': condenan a un hombre a la pena de 36 meses de prisión por contactar a una menor de 14 años", *Erreius*, 26 de mayo de 2021.

<sup>16</sup> Argentina Tribunal de Juicio de Salta, "Sentencia de 23 de diciembre de 2014", *Canario, José Antonio s/ Incidente de juicio abreviado s/ Hostigamiento sexual contra menores o *grooming* y Abuso sexual con acceso carnal en perjuicio de R.S.L. y M.E.S*, 23 de diciembre de 2014.

fin de semana de su vida. La finalidad de afectar la integridad sexual de los niños se infiere de sus comentarios de contenido sexual, al hablarles de masturbación, expresarles que dormía desnudo, preguntar sobre la virginidad y si dormían con ropas, prometerles entregas de dinero, regalos e invitaciones a comer y a trasladarse a su lugar de residencia.<sup>17</sup>

## 3. Conclusiones

A modo de corolario, por un lado, queremos destacar los cambios determinados en la legislación, puesto que entendemos que son fundamentales a la hora de que los jueces y las juezas resuelvan la interpretación que se realiza del bien jurídico lesionado. Si bien la modificación legislativa respecto de delitos contra la honestidad hacia delitos contra la integridad sexual fue un avance en su momento, consideramos que continúa teniendo vestigios de aquel entonces, con consideraciones morales, por lo que resultaría mejor una nueva reforma que modifique el título y pase a denominarse "delitos contra la autodeterminación sexual". Aquello puesto que en todos los delitos contenidos en el título lo que principalmente se vulnera es la libertad sexual de la persona, ya sea menor o mayor de edad.

En lo que atañe al delito de *grooming*, se entiende que pese a que sea un delito de peligro abstracto, es positivo que se haya tipificado la conducta. Aunque se cree que, además, es necesaria una campaña mayor de prevención dirigida a madres, padres, instituciones educativas, a los efectos de que tengan las herramientas suficientes para detectar un caso de ciberacoso a tiempo, antes de que se cometa otro delito contra la integridad sexual.

<sup>13</sup> Jorge Buompadre, *Derecho Penal Parte Especial*.

<sup>14</sup> Ministerio de Desarrollo Social, "Grooming", *Ministerio de Desarrollo Social*, accedido 26 de octubre de 2023.

<sup>17</sup> Argentina Juzgado en lo Correccional de Bahía Blanca, "Sentencia de 1 de septiembre de 2013", *Faraoni, José María s/ Corrupción mediante *Grooming**, 1 de septiembre de 2013.

## Referencias bibliográficas

Argentina. Código Penal de la Nación Argentina. Boletín Nacional, 29 de octubre de 1921.

Argentina. Ley N° 26.904. Boletín Nacional, 11 de diciembre de 2013.

Argentina Juzgado en lo Correccional de Bahía Blanca. "Sentencia de 1 de septiembre de 2013". Faraoni, José María s/ Corrupción mediante Grooming. 1 de septiembre de 2013.

Argentina Tribunal de Juicio de Salta. "Sentencia de 23 de diciembre de 2014". Canario, José Antonio s/ Incidente de juicio abreviado s/Hostigamiento sexual contra menores o grooming y Abuso sexual con acceso carnal en perjuicio de R.S.L. y M.E.S. 23 de diciembre de 2014.

Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Santa Fe: EDITORIAL TEMIS S. A., 1996.

Buompadre, Jorge. *Derecho Penal Parte Especial*. Resistencia: Con Texto Libros, 2021.

Díaz, Juan Ignacio. "El delito de grooming. Consideraciones desde los límites de la responsabilidad penal". *Revista Pensamiento Penal*, n.° 459 (2023): 1-14. [https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/Documento\\_Editado1009.pdf](https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/Documento_Editado1009.pdf) Ministerio de Desarrollo Social. "Grooming". *Ministerio de Desarrollo Social*. Accedido 26 de octubre de 2023.

Donna, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Integridad Sexual*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2000.

Editorial Erreius. "'Grooming': condenan a un hombre a la pena de 36 meses de prisión por contactar a una menor de 14 años". *Erreius*. 26 de mayo de 2021.

Ramírez, Nicolás. *Curso de Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2023.

Villada, Jorge Luis. *Delitos contra la Integridad Sexual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2006.



# DELITOS PENALES

# FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

Número de edición 034

ISSN: 2661-6920

Dirección: Juan León Mera N19-36 y Av. Patria  
Edificio Fiscalía General del Estado. Piso 6

Teléfono: (02) 3985 800 Ext. 173037

Mail: estudiospenales@fiscalia.gob.ec

**Fiscalía General del Estado**  
Dirección de Estudios Penales  
Quito - Ecuador