

Las últimas reformas de los delitos contra la libertad sexual en el código penal español

The latest reforms of sexual crimes in the Spanish penal code

Carmen Requejo Conde*

Recibido: 23-12-2023

Aceptado: 03-06-2024

Resumen

La entrada en vigor en España el 7 de octubre de 2022 de la denominada ley del solo sí es sí trajo importantes novedades en los delitos contra la libertad sexual. Estas fueron la definición del consentimiento, entendido en sentido positivo, proactivo, y una inicial indiferenciación del delito de agresión y del de abuso sexual. Ambos delitos quedaron unificados en una sola tipología y castigados con la misma pena. Esta reforma convirtió la ley en una norma más favorable que la anterior, con el indeseable efecto de la excarcelación de multitud de delincuentes sexuales o la reducción de sus condenas. Ello

debió corregirse solo seis meses después, promulgándose la Ley Orgánica 4/2023, que volvió a distinguir unos medios comisivos de otros en la agresión sexual, convirtiendo en subtipo agravado la agresión sexual con violencia o intimidación, y en agravante de segundo grado la sumisión química.

Palabras clave: *Consentimiento, agresión sexual, abuso sexual, acoso sexual*

Abstract

The entry into force in Spain on October 7, 2022 of the law of the “only yes is yes” brought important innovations in crimes against sexual freedom. These were such the definition of consent, understood in a positive, proactive sense, and an initial lack of differentiation of the crime of assault and sexual abuse. Both crimes were unified in a single typology and punished with the same penalty. This reform became the law in a more favorable norm than the previous one, with the undesirable effect of the release of a multitude of sexual offenders or the reduction

Cómo citar

Requejo Conde, C. The latest reforms of sexual crimes in the Spanish penal code. *Constructos Criminológicos*, 4(7). <https://doi.org/10.29105/cc4.7-83>

*<https://orcid.org/0000-0003-4222-5526>
Universidad de Valencia, España

of their sentences. This had to be corrected only six months later with an organic law 4/2023, which again distinguished according to the commissive means used, converting sexual assault with violence or intimidation into an aggravated subtype, and chemical submission into hyper-aggravation.

Keywords: *Consent, sexual assault, sexual abuse, sexual harassment*

1. INTRODUCCIÓN

La promulgación en España de la Ley orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, conocida como ley del *solo sí es sí* (en vigor desde el 7 de octubre de 2022)¹, trajo consigo una gran polémica en relación a la reducción de marcos penales mínimos y máximos de las penas previstas inicialmente, y que había motivado la revisión de multitud de sentencias, con disminución de condenas o liberación de delincuentes encarcelados, en virtud del principio de retroactividad penal favorable al reo (art. 2 del código penal español), en una línea contraria a lo que había sido el espíritu de la norma y, por tanto, a un replanteamiento de su necesidad de reforma. Ello tuvo lugar solo seis meses después mediante una Ley orgánica 4/2023, de 27 de abril, para

1 Sobre el título de la rúbrica, no inclusivo ya de la indemnidad sexual sino solo de la libertad sexual, véase ESQUINAS VALVERDE (2022: 216). Para algunos autores, los menores y discapacitados sí son titulares de una libertad sexual “en potencia o formación”, DÍEZ RIPOLLÉS (2019: 5) y LÓPEZ LORCA (2022: 135), o libertad sexual parcial, MORILLAS FERNÁNDEZ (2022: 64).

intentar corregir estos efectos indeseados, advirtiendo de la necesidad de “mantener la íntegra definición del consentimiento y, por tanto, la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual”. Algunos de sus aspectos más controvertidos, que modificaron el código penal español, como la definición normativizada del consentimiento sexual, la desacertada inicial indiferenciación de medios comisivos en el delito de agresión sexual (absorbiendo al abuso), la necesidad de regresar a la distinción anterior, y con ello, a las penas existentes vigentes antes de su entrada en vigor, o los cambios legislativos en el delito de acoso, serán tratados en las siguientes páginas.

2. LA DEFINICIÓN LEGAL DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL, ¿ALGO NO NECESARIO PERO SÍ CONVENIENTE?

Procedente del clamor popular durante juicios mediáticos acaecidos en España (como el de la “manada”²) del lema “yo sí te creo, solo sí es sí”, el art. 178.1 del código penal español, modificado con la ley orgánica 10/2022, centró el núcleo de los delitos sexuales en la definición

2 Sentencia de la Audiencia Provincial –en adelante SAP- de Navarra 58/2018, de 20 de marzo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –en adelante STS- de Navarra 8/2018, de 30 de noviembre, y Sentencia del Tribunal Supremo –en adelante STS- 344/2019, de 4 de julio, Repertorio de jurisprudencia, en adelante RJ, 2019\3382, condenatorias las primeras por un delito continuado de abuso sexual de prevalimiento (con un voto particular que entendía que los hechos carecían de tipicidad delictiva), y por agresión sexual continuada, la última, en un contexto para la víctima de “intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad”.

del consentimiento y en la no necesidad de existencia de violencia o intimidación para que se constituyera el delito de agresión sexual, que absorbió al abuso, comprendiendo también los medios que con anterioridad habían formado parte del delito de abuso sexual de prevalimiento o del abuso sexual común, en tanto lo será toda relación sexual in consentida, con independencia del medio empleado, o al menos de los medios que fueron especificados en la norma³.

Un Proyecto de ley de 2021 de modificación de los delitos sexuales, partiendo del Convenio de Estambul (art. 36)⁴, introdujo la necesidad de un consentimiento sexual expreso, proactivo, afirmativo. Convertido en ley orgánica, y modificada a finales de abril de 2023, se definió el consentimiento con una fórmula más abierta que la existente durante la tramitación parlamentaria de la norma (*manifestación libre mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*), sin hacerse mención a actos exteriores, concluyentes e inequívocos, que se decía en la inicial redacción. Este consentimiento afirmativo, expreso o tácito (sentencia del Tribunal Supremo –STS– núm. 10/2023, de 19 de enero)⁵ (pero no presunto),

no necesitaría ser verbalizado (no es usual que se haga en parejas estables ni en la mayoría de relaciones entre adultos) ni formalizado, sino que puede ser gestual o de actitud. Se entendía, de este modo, que ya no debería haber problema en su interpretación por silencio, bloqueo o duda de uno los miembros de la pareja sexual, como sucedía cuando se interpretaba que si no había negación es que podía haber afirmación. Enfocado de manera positiva y en la aquiescencia del sí, se fundamentaba que *“los supuestos conflictivos se resuelven ipso iure y no porque se establezca una presunción de la culpabilidad del autor, sino porque lo que se está haciendo es blindar el bien jurídico ante posibles zonas grises en las que se confiere mayor relevancia a la actitud de la víctima que al ataque sexual en sentido estricto”*⁶, término este que recalzó seis meses después de la entrada en vigor de la ley del solo sí es sí la ley orgánica 4/2023, cuando afirma en el preámbulo que *“es importante blindar la ley en favor de las víctimas”*. Se hace descansar la ilicitud de la conducta en el sujeto pasivo (ausencia de consentimiento), más que

la clave del texto, de las “circunstancias del caso” (STS núm. 10/2023, de 19 de enero, RJ 2023\522).

6 LÓPEZ LORCA (2022: 108 y 131), consentimiento enfocado a la perspectiva de género, ya no como elemento negativo del tipo, tácito en las agresiones y expreso en el abuso, sino como elemento específico del tipo penal; PICADO VALVERDE (2022: 66): una denominada *“cultura del consentimiento”* hace de él un fenómeno variable, dinámico y cambiante; MARTÍNEZ PERZA (2021: 16); AGUSTINA y PANYELLA-CARBÓ (2020: 557 y 563), en relación a casos en que la víctima pudo consentir en el momento o con anterioridad a su grado de vulnerabilidad por intoxicación etílica (*actio liberae in causa*).

3 Violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, abuso de privación de sentido o de su situación mental, o los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

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

5 *“No se exige en estas situaciones un consentimiento expreso, sino que puede ser tácito, y dependiendo, y aquí está*

en el comportamiento del sujeto activo, sobre todo en la primera versión de la norma donde no se diferenciaban los medios comisivos de la agresión sexual, aunque ello no fue compartido por una amplia mayoría de la doctrina, lo que dio lugar a una reforma de vuelta a lo anterior, diferenciando unos de otros en la pena aplicable.

Una de las críticas a la reforma 10/2022 fue la visión paternalista que ofrecía de la mujer ante la exigencia de un consentimiento explícito y reduccionista, que podría obviarse, según algunos, con la previsión de un tipo penal de agresión sexual imprudente para supuestos de error sobre la prestación del consentimiento, que evitara la impunidad de hechos delictivos o que terminara castigando como dolosa la conducta imprudente, en quiebra del principio de culpabilidad⁷, y que la ley orgánica 4/2023

7 LASCURAÍN SÁNCHEZ (2022: epígrafe "El delito imprudente", y 2023: 53 y 59 s.): la norma echaba por tierra una laboriosa regulación aquilatada de muchos años diferenciadora entre agresión y abuso, si bien, a su juicio, debiera tipificarse una modalidad imprudente por error en la prestación del consentimiento o en la edad de la víctima (al estilo del ordenamiento sueco). La exigencia de un sexo explicitado muestra una postura patriarcal y paternalista de la mujer como un ser vulnerable y frágil, indicaba este autor, citando a HOVEN / DYER (2020: 250 ss.). También sobre ello, DEL PRADO ESCODA MERINO (2021: 37-38); LÓPEZ LORCA (2022, 109 y 123); VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (2018: 225), contrario a un tipo penal de género: "desde el Derecho penal debe intentarse otro discurso alejado del de la victimización, que no profundice en el estigma de las mujeres como sujetos incapaces de agencia"; GIL GIL y NÚÑEZ FERNÁNDEZ (2018: epígrafe 3.2); TORRES FERNÁNDEZ (2023: 34); PÉREZ DEL VALLE (2023: 65 s.), en relación al error sobre la edad de la víctima, y su acercamiento más bien a un dolo por

no modificó, resguardando el consentimiento de cualquier reforma que se hiciese de ello en contra de la mujer.

Como ya han puesto de manifiesto algunos autores (RAMÍREZ ORTIZ, 2021: 501 s.)⁸, la dificultad del consentimiento sexual es que se manifiesta en varios planos: el asentimiento interno de un miembro de la pareja al acto sexual, con motivaciones muy diversas; un comportamiento o manifestación externa de ese asentimiento, sometido a numerosos elementos contextuales y reflejando en algunos casos contradicciones internas; la interpretación de ese estado interno por parte del otro miembro de la pareja, influenciado por creencias, prejuicios o convenciones sociales; y la valoración del comportamiento externo de ambos por un observador imparcial, como es el juzgador. Así, no siempre la jurisprudencia interpretó la pasividad como equivalente a consentimiento, sino como una situación de violencia permanente (doméstica o de género) o emocional, como tampoco el silencio o la ausencia de resistencia, aunque pueda haber casos (como el de la "La Manada") en los que sí se interpretara como consentimiento tácito o coartado (abuso), o incluso como aceptación de la relación sexual, lo que, en su caso, podía corregirse por vía de recurso, y así se hizo (cambiando la calificación a agresión). La complejidad de las relaciones

desinterés del autor en adoptar medidas que disipen sus dudas.

Otras opiniones en ALVÁREZ GARCÍA (2022: 300 ss.) e IGLESIAS CANLE (2022; 265 ss.); AGUSTINA y PANYELLA-CARBÓ (2020: 560) o CARUSO FONTÁN (2023: 107), sobre la diferencia en el medio comisivo entre el abuso de superioridad y la violencia o intimidación.

8 Citando a Agustín Malón.

sexuales y sus zonas de penumbra en sus manifestaciones hacía difícil reducirlas a una única forma de comunicación, corriendo el riesgo de una sobre- o bien una infra-inclusión⁹.

Por ello, con la ley del *solo sí es sí*, frente a un consentimiento en sentido negativo o estático, el consentimiento afirmativo, positivo o dinámico no se presume¹⁰. Desde este punto de vista, la agresión comenzaría donde no hay consentimiento, no siendo la agresión la que revelaría la falta de consentimiento, sino la falta de consentimiento la que definiría la relación sexual como agresión¹¹. Frente a una concepción tradicional del consentimiento basado en una percepción más unilateral de las relaciones entre hombres y mujeres, que no permitía saber con claridad si los casos de silencio de la víctima por bloqueo, miedo o pasividad, suponían actos sexuales lícitos o ilícitos, o agresiones o abusos sexuales, la exigencia del consentimiento afirmativo hará ilícito el acto donde la voluntad de la persona libre y capaz no haya sido manifestada, intentado cumplir en este caso una función de pedagogía social¹². De este modo, ha indicado la Fiscalía general del Estado español, que deben considerarse no consentidos aquellos actos de carácter sexual realizados por quien a pesar de no obtener previamente indicios objetivamente razonables del consentimiento de la otra persona, actúa de todos modos pretendiendo comprobar a

través de la reacción suscitada de contrario (de la conformidad u oposición que despierta) si existe o no el consentimiento¹³.

En el Derecho comparado no son muchos los Estados que exigen un consentimiento expreso a la relación sexual¹⁴, siendo más común el modelo que requiere que la víctima haya expresado su voluntad contraria para perseguir la conducta como delito¹⁵, como sucede en las legislaciones de Alemania¹⁶, Dinamarca¹⁷, o con el Derecho inglés¹⁸, y otros que requieren

9 VARELA CASTEJÓN (2021: 24).

10 Frente al “no es no” (si no hay un no, hay un sí), se alza el “solo sí es sí” (si no hay un sí, hay un no).

11 (PITCH, en ESTEVE MALLENT (2021: 50).

12 RAMÓN RIBAS y FARALDO CABANA (2023: 92); RAMÓN RIBAS (2023: 387 ss.), “quien calla, no otorga”.

13 Circular 1/2023, de 29 de marzo, Boletín oficial del Estado español de 5 de abril de 2023, p. 23, epígrafe 5.

14 Como ejemplo el Estado de California, PÉREZ HERNÁNDEZ (2017: 114 ss.).

15 Citados por ESTEVE MALLENT (2021: 40 s.), quien manifiesta que son escasos los países europeos que reconocen que una relación sexual sin consentimiento constituye violación, y que no encuentra en el Derecho de nuestro entorno la distinción entre realizar actos de esta naturaleza sin consentimiento y contra la voluntad de la víctima.

16 El que en contra de la voluntad de una persona realice actos sexuales o haga que esta realice actos sexuales sobre sí misma o con un tercero. El que se aproveche de las especiales circunstancias de la víctima si esta no puede formar o expresar una voluntad contraria, si aprovecha el hecho de que la persona esté significativamente disminuida, use la sorpresa, se aproveche de una situación en que la víctima se ve amenazada por un daño grave en caso de ofrecer resistencia, o si el agresor ha coaccionado a la persona para que realice o consienta los actos sexuales amenazándola con causarle un daño grave (§ 177 StGB).

17 §§ 216 ss.

18 Sexual Offences Act 2003: Una persona comete violación si realiza un acceso carnal intencionadamente con otra que no consiente a ello, siempre que no crea razonablemente que consiente. La creencia razonable se determinará según las circunstancias, incluido lo realizado para verificar el consenti-

de un medio comisivo para doblegar la voluntad del sujeto pasivo¹⁹.

Entre los primeros se cuenta el Estado de California, cuando en 2014, Jerry Brown, su gobernador, aprobó una ley para agregar la sección 67386 al Código de Educación, que incluía la primera definición de “consentimiento afirmativo” en Estados Unidos. Para ser válido, la aquiescencia debe ser explícita, afirmativa, consciente, voluntaria, sin que la existencia de una relación de confianza (noviazgo, matrimonio) deba asumirse como indicador implícito de consentimiento²⁰. También países como Bulgaria²¹, Filipinas²², México²³ o Argentina²⁴.

En el Derecho español, con la promulgación de la ley del *solo si es sí*, no es libre el acto en el que “en todo caso” hay violencia, intimidación, abuso de superioridad, vulnerabilidad, privación de sentido, en las formas establecidas en la ley, que parece dejar abierta la posibilidad a otras (sorpresa, engaño)²⁵, a las que sí se refirieron en España antecedentes legislativos como la Proposición de Ley de protección integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales, que se inició en el año 2018, presentada por un Grupo Parlamentario y admitida a trámite por la Mesa de la Cámara de los Diputados²⁶.

Como ya han puesto de manifiesto algunos autores²⁷, el consentimiento expreso es un elemento exigido también en otros delitos tipificados en el código penal español con el fin de atenuar o eximir la responsabilidad penal del autor. Así ocurre en el delito de participación en el suicidio y eutanasia²⁸, si bien en los casos

miento, en CARUSO FONTÁN (2023: 121).

19 Francia o Italia: *agresion sexuelle* como aquella cometida con violencia, coerción, amenaza o sorpresa (art. 222-22); *violenza sessuale* a cualquiera que por violencia o amenaza o por abuso de autoridad obligue a otro a realizar o sufrir actos sexuales (art. 609 bis).

20 GARCÍA (2020: 128); PÉREZ HERNÁNDEZ (2017: 125), quien diferencia el consentimiento del deseo; hay relaciones sexuales no consentidas, que suponen una cuota de violencia física (fuerzan el cuerpo y no la voluntad), y relaciones sexuales consentidas pero no deseadas, que obedecen a mecanismos más profundos de dominación.

21 Corte Europea de Derechos Humanos, mediante una evaluación que tiene en cuenta el contexto de la evidencia en relaciones asimétricas, GARCÍA (2020: 129).

22 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 22 de septiembre de 2010.

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Fernández Ortega vs. México*, de 30 de agosto de 2010.

24 Art. 119: “(...) *aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción*”.

25 Considero que fuera de estas circunstancias, si no se emite consentimiento, es que este tampoco existe, en contra ACALE SÁNCHEZ (2021: 475).

26 () “*A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima o actuando de manera sorpresiva, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada su voluntad por haber ingerido previamente fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto*”.

27 ALVÁREZ GARCÍA (2022: 306); ACALE SÁNCHEZ (2022: 78).

28 Art. 143, en especial párrafos 4 y 5 (petición expresa, seria e inequívoca del enfermo), y art. 5 de la ley orgáni-

que exige debe estar debidamente formalizado a través de un procedimiento y emitido con anterioridad al acto, como sucede también en el delito de tráfico de órganos²⁹, el delito de aborto³⁰, o las intervenciones médicas³¹. También es exigencia expresa en el delito de lesiones para atenuar la pena³², en la prostitución para determinar su cualidad de coactiva³³, siendo en la trata de personas irrelevante por

indisponibilidad del bien jurídico³⁴.

En los delitos sexuales, el consentimiento, no formalizado, sino expresado como “sentir conjuntamente o junto a otro”, responde más bien a la voluntad, condescendencia o permisividad del titular del bien jurídico, o bien a la tolerancia o acomodo a las injerencias del otro, sin que ello implique ningún vínculo fáctico o jurídico ni que sea sinónimo de deseo o apetencia. Adoptó en España antes de la reforma de la Ley orgánica 10/2022, del *solo sí es sí*, la forma de elemento negativo del tipo en el antiguo delito de abuso sexual³⁵, y tras dicha reforma, como elemento positivo del tipo en el delito de agresión sexual³⁶. En

ca 3/2021 (consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda a morir. Dicho consentimiento se incorporará a la historia clínica del paciente).

29 Art. 156 bis: consentimiento libre, informado y expreso del donante en la forma y con los requisitos previstos legalmente.

30 Arts. 145 y 145 bis y 13 y 13 bis de la Ley orgánica 2/2010 (reforma 1/2023): consentimiento expreso informado y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto de urgencia vital. En caso de mujeres con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se atenderá a lo dispuesto en la misma ley.

31 Art. 156: consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido, y art. 3 de la ley 4/2002: conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación clínica que afecte a su salud.

32 Art. 155: consentimiento válido, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido.

33 Art. 187: se entenderá que hay explotación cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica. b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.

34 Art. 177 bis 3: el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en la norma (violencia, intimidación, engaño o abuso de superioridad, vulnerabilidad o necesidad).

35 Tipificado en el art. 181.1 del código penal español, cuya redacción fue esta: El que, sin violencia o intimidación y **sin que medie consentimiento**, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

Y en el anterior art. 181.2, en que el propio precepto daba una definición ex lege: a los efectos del apartado anterior, **se consideran abusos sexuales no consentidos** los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

36 Art. 178.1: 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

este sentido, la libertad sexual adquiere más que una faceta negativa o estática (rechazar un comportamiento sexual), una positiva o dinámica (acceder a él) (STS 227/2021, de 11 de marzo, RJ 2021\2386).

Por otro lado, el consentimiento adquirirá plena validez cuando sea formado e informado, esto es, cuando además de la capacidad de quien lo otorga se conozca el alcance de la acción a realizar (ausencia de error o engaño). Deberá ser previo o simultáneo a la concreta acción sexual (y no necesariamente a otros comportamientos concomitantes, como ser fotografiada desnuda o grabada en vídeo³⁷), o emitido de modo general a actos sexuales que se han consentido durante un período de tiempo en determinadas circunstancias, “*construido lentamente día a día*” (parejas estables)³⁸, pero que, aun así, puede ser revocado y no renovado en cualquier momento³⁹ dejando clara la voluntad contraria (por ejemplo, ante determinadas prácticas o comportamientos sexuales o incluso, a veces, por no uso de un

otra persona **sin su consentimiento**. 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. Art. 183 bis: salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del art. 178 (violencia, intimidación, abuso, anulación de voluntad), 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.

37 STS 128/2023, de 27 de febrero, RJ 2023\1243.

38 RAMÓN RIBAS (2023: 386).

39 STS núm. 10/2023, de 19 de enero, RJ 2023\522.

preservativo exigido). No puede tampoco, en ningún caso, ser posterior al hecho en forma de convalidación equivalente al perdón, al ser irrelevante en estos delitos⁴⁰.

El art. 178 del código penal español contó también durante su tramitación parlamentaria con otras propuestas de veto⁴¹, en el sentido de que definir el consentimiento sexual podría suponer desplazar la carga de la prueba de la acusación a la defensa, a fin de poder desvirtuar la tipicidad del delito, acreditando que existió un consentimiento expreso a la relación sexual⁴². Ello podría atentar contra el principio constitucional de presunción de inocencia y hacer muy difícil que el varón pudiera desbaratar el testimonio de la mujer de que no hubo un consentimiento expreso, pudiéndosele llegar a castigar ante casos de consentimiento tácito, indicaba un sector doctrinal⁴³. Sin embargo,

40 Pues, según el art. 191, para proceder por los delitos de agresiones sexuales y acoso sexual será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase.

41 Grupo Partido Popular, 20 de junio de 2022.

42 TORRES ROSSELL (2023: 318).

43 LASCURAÍN SÁNCHEZ (2018: epígrafe 5, y 2023: 56-57): donde la perspectiva de género debe aportar justicia es en la determinación de que (inequívocamente) no hubo consentimiento, cosa que debe interpretarse teniendo en cuenta las circunstancias de quien se dice víctima de una agresión sexual. Lo que la presunción de inocencia exige para la condena no es que habrá un delito de agresión sexual si no consta un

demostrada la relación sexual entre sujeto activo y pasivo, a la falta de consentimiento probada por la acusación y ante una presunción de culpabilidad de un acto delictivo, el sujeto activo podría enervarla acreditando que el sujeto pasivo habría realizado una manifestación libre o de no rechazo, y la no infracción del deber de diligencia de su parte en la exploración de este consentimiento, que erróneamente pudo interpretarse como afirmativo, pudiendo en caso de duda razonable dictarse un pronunciamiento absolutorio por error o, en caso contrario, fundamentar un juicio de culpabilidad. En cualquier caso, sobre ello ya se había pronunciado con anterioridad el Tribunal Supremo español en Sentencia 145/2020, de 14 de mayo⁴⁴, cuando estableció lo siguiente (la negrita es mía):

consentimiento inequívoco, sino que solo habrá agresión si era inequívoca la falta de consentimiento de uno de los participantes en la relación; RAMÍREZ ORTIZ (2021: 503); CAMARENA GRAU (2021: 44); también ACALE SÁNCHEZ (2021: 477), cita la STS 565/2007, de 21 de junio, sobre la carga de la prueba; DEL PRADO ESCODA MERINO (2021: 37); GIL GIL y NÚÑEZ FERNÁNDEZ (2018: epígrafe 3.3), refiriéndose a una prueba diabólica para desvirtuar la presunción de culpabilidad; AGUSTINA (2023: 49), pareja que acostumbra a mantener relaciones sexuales en grado de elevada intoxicación etílica aunque el grado de conciencia esté ausente, citando la *Sexual Offences Act* británica de 2003, con una definición de consentimiento y presunciones *iuris tantum e iuris et de iure*; RAMÓN RIBAS y FARALDO CABANA (2023: 83), citando a Álvarez García. También sobre la innecesariedad de una definición legal del consentimiento por no aportar nada nuevo, véase la opinión de DEL MORAL GARCÍA (2023: 107); MUÑOZ CONDE (2022:238); RAMÓN RIBAS (2023: 388 ss.), a favor de la no necesidad pero sí conveniencia de la definición.

44 RJ 2020\1020.

«1. La decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quién 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**. 2. Si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está **por encima de las interpretaciones subjetivas** que pueda llevar a cabo el agresor, ya que “no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer”, **sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales** y no forzarle directamente a tenerlas. (...) 3. Las **interpretaciones subjetivas** del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de esta última».

Y, más actualmente, lo recordo de nuevo el TS en sentencia núm. 10/2023, de 19 de enero, RJ 2023\522:

«**No existe el subjetivismo del autor** de que la mujer consiente el acto sexual. Debe quedar evidenciado atendidas las circunstancias del caso (...) No existe una presunción de consentimiento perpetuo de la mujer en los actos sexuales, sino que cada uno de ellos debe ser “renovado” atendidas las circunstancias del caso (...). No se exige en estas situaciones un consentimiento expreso, sino que puede ser tácito, y dependiendo, y aquí **está la clave del texto, de las “circunstancias del caso”** (...) que si una mujer consiente a un acto sexual no quiere

decir que consienta más veces, incluso con la misma persona, o con otros».

De este modo, con la ley de garantía integral de la libertad sexual, la cuestión de la prestación del consentimiento pasó de constituir una doctrina jurisprudencial a una cuestión normativa establecida por el legislador⁴⁵. Y a pesar de que se propuso suprimir o modificar la definición del consentimiento y de agresión sexual del código penal español, finalmente, y así lo advertía la Proposición de ley de febrero de 2023, no estaba previsto que se llevara a cabo, ni así lo hizo la Ley orgánica 4/2023, *“blindando el bien jurídico ante determinadas zonas grises”*. Por ello, y como ya hizo el legislador en otras ocasiones (violencia de género), aunque no necesaria, sí al menos fue conveniente realizar una labor de pedagogía social del Derecho penal dejando claro que en materia sexual *“quien calla, no otorga”*⁴⁶.

3. LA NECESIDAD DE DIFERENCIAR LOS MEDIOS COMISIVOS EN EL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

Consecuencia del lema popular de que *“no es abuso, es violación”* a propósito de la sentencia del juicio en España de *“la manada”* que impregnó toda la reforma de la ley del *“solo sí es sí”*, el apartado segundo del art. 178

del código penal español añadió una serie de circunstancias que definieron el tipo básico del delito de agresión sexual, suprimiendo la Ley orgánica 4/2023 la expresión *“a los efectos del apartado anterior”* y sustituyéndola por la más amplia de *“se consideran en todo caso”*⁴⁷, lo que, a mi modo de ver, avala aún más la posible inclusión de otros medios no mencionados en la norma que puedan calificar la relación sexual como no consentida. Comprende de este modo el medio comisivo del antiguo delito de abuso de prevalimiento (superioridad manifiesta), del abuso sexual común (privación de sentido, abuso de trastorno mental -hoy situación mental-), así como algunas de las anteriores agravantes de este (abusar de víctima vulnerable), además de la violencia o intimidación, que con la Ley orgánica 4/2023 quedarían mayormente penadas a través de un subtipo agravado (junto a la anulación de la voluntad de la víctima por cualquier causa)⁴⁸.

En España, el código penal de 1995 había supuesto un vuelco respecto de lo que dispuso su antecesor de 1973 (en su art. 429), de que se cometía violación *“yaciendo con una mujer (...) cuando se usare fuerza o intimidación, cuando*

45 STS 23/2023, de 20 de enero, RJ 2023\996. La prueba de la falta de consentimiento por la acusación y la no enervación por la defensa permitirá la condena con certeza de culpabilidad, y no la absolución por falta de ella más allá de toda duda razonable, lo que no equivale a prueba de inocencia (STS núm. 487/2022, de 18 de mayo. RJ 2022\2694).

46 RAMÓN RIBAS (2023: 392).

47 *“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”*.

48 Art. 178.3: *“si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión”*.

la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa o cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriese ninguna de las circunstancias anteriores", tipificándose también el delito de abuso deshonesto con independencia del sexo de la víctima, y castigándose con penas de reclusión menor (prisión de 12 a 20 años) y prisión menor (6 meses a 6 años), respectivamente⁴⁹. Los códigos penales del siglo XX sostuvieron que la privación de los sentidos podía ser producida por el culpable con el fin de realizar el delito o bien haber sido provocada por causas ajenas a él que lo aprovechaba para su satisfacción sexual, pero en este segundo caso un sector doctrinal entendía que "la perversidad subjetiva disminuía", lo que justificaba una penalidad atenuada. Esta posición daría lugar pasados

49 FACIO / FRIES (2005, 267 ss.); también, sobre la evolución del concepto de honra al reconocimiento de la mujer como individuo, FERRERO ROMERO y LAMUEDRA GRAVÁN (2018: 13 ss.), la violación lo fue contra la honra de la mujer y como daño al marido o a la familia, en tanto aquella era un objeto de posesión de estos, para pasar después a ser un delito contra la honestidad de la mujer como sujeto pasivo (código penal de 1973), y más tarde como un atentado contra su libertad sexual (tras la promulgación del código penal de la democracia de 1995). Se dejaría de culpabilizar a la víctima (mujer provocadora), para proteger su libertad sexual evitando su silencio y favoreciendo su denuncia; VARELA CASTEJÓN (2021: 20); ESTEVE MALLENT (2021: 42); GARCÍA (2020: 122-123), quien indica que los estereotipos que produce el patriarcado imprimen en la socialización de mujeres y varones pautas asimétricas de elección muy difíciles de reformular individualmente, pudiendo existir normas jurídicas que han promovido un modelo de sexualidad femenina caracterizado por la "monogamia, la heterosexualidad y la pasividad"; PÉREZ DEL VALLE (2023: 74 s.), sobre el modelo del consentimiento en los últimos años.

los años a que se separasen de las agresiones los abusos sexuales, castigándose con pena menor⁵⁰.

El código penal español de 1995 (de la democracia) distinguiría ya propiamente entre abuso sexual (mencionando aquí el consentimiento en sentido negativo) y agresión sexual (y como forma agravada la violación). Se asimilaba, además, la intimidación (grave) a la violencia para justificar la calificación como agresión, entendida como amenaza de un mal grave constitutivo de un delito que se castigara al menos con la misma pena del delito de violación, salvo que el mal fuera el de causar una lesión corporal, en cuyo caso bastaba con que fuese equiparable a la fuerza⁵¹. Una reforma de 1999 había también completado la rúbrica del título de los delitos contra la libertad sexual con la indemnidad sexual (en esa fecha de menores de trece años e incapaces), que se suprimiría veintitrés años después, dejando solo la libertad sexual como bien jurídico de todos, incluidos los menores de edad y los discapacitados.

En el año 2010, el código penal español llegaría a definir el abuso sexual, incluyendo el uso de drogas o fármacos para privar de sentido o razón al sujeto pasivo, equiparando la vulnerabilidad previa de la víctima con la premeditadamente buscada por el autor (luego llamada sumisión química), quizás para evitar reticencias y contradicciones en

50 FARALDO CABANA (2018: 43).

51 Gimbernat Ordeig, en FARALDO CABANA (2018: 46)

la jurisprudencia⁵², o quizás por estereotipos que se tenían entonces sobre la mujer cuya privación de sentido por consumo de drogas o alcohol ella misma se provocaba mostrando su disponibilidad sexual⁵³.

A lo largo de los años surgirían las expresiones “intimidación ambiental” y “contextos intimidatorios difusos”, concebidos para amedrentar a la víctima, frente al abuso de prevalimiento o al aprovechamiento de circunstancias, que hizo difícil la separación entre agresión y abuso sexual, como se puso de manifiesto con algunos casos de agresiones sexuales grupales, pero que era necesario dada la mayor penalidad de la agresión respecto al abuso.

A pesar de la ampliación que experimentaron las horquillas punitivas de algunas tipologías para englobar el delito de agresión y el de abuso, tanto la conducta como el medio utilizado podían, con la primera versión de la Ley orgánica 10/2022, del *solo sí es sí, seguir*

teniendo su reflejo en la pena, agravando o atenuando la responsabilidad penal, pero sin duda aún más tras la reforma de la Ley orgánica 4/2023: se diferenció así el acceso carnal de las conductas de extrema gravedad o de los tocamientos obscenos, pero también el medio debía continuar siendo tenido en cuenta al establecer la pena el juzgador, lo que no conformó finalmente a un buen sector doctrinal hasta el punto de provocar la reforma 4/2023, con idea de hacer de ello una obligación también del legislador. De este modo, se haría distinción en función de si la agresión lo es sobre el propio cuerpo de la víctima (violencia), si es con voluntad viciada o anulada totalmente (intimidación), o por abuso de superioridad o vulnerabilidad. Unas veces será directamente la libertad y la propia integridad sexual lo atacado o puesto en peligro, y, otras, la autonomía de la voluntad, que estará viciada en mayor o menor medida.

El delito de agresión sexual quedó castigado con una pena de prisión entre uno a cinco años (pena que tenía antes de la reforma de 2022 pero que esta redujo, a uno a cuatro, en su primera versión). Este marco penal fue inicialmente único para todos los casos de violencia o intimidación, abuso de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, privación de sentido, abuso de su situación mental, o anulación de la voluntad por cualquier causa, incluso la sumisión química provocada, que pasó a configurarse como una agravante de segundo grado, pero que seis meses después la reforma 4/2023 elevó de rango punitivo agravando los casos de concurrencia de violencia, intimidación o anulación de la voluntad del sujeto pasivo respecto de los otros medios.

52 Mientras que la citada STS 584/2007, de 27 de junio, condenaba por abuso sexual la penetración vaginal por sujeto que había dejado a su víctima inconsciente en el forcejeo violento, con el argumento de que la actuación violenta del acusado precedente al acto sexual no fue proyectada a la realización de este, lo hacía por agresión sexual continuada la SAP Baleares 47/2006, de 7 de junio, ARP 2006\59, a quien drogaba a chicos menores echando un sedante en la bebida para satisfacer sus instintos lúbricos.

53 No prosperando una enmienda al Proyecto de 2010 de introducir un pfo. 4 al art. 181 con un tipo cualificado cuando el autor “para cometer el abuso sexual utilizara fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química que anule o disminuya la voluntad de la víctima”.

La anulación de la voluntad por cualquier causa está aún pendiente de delimitar de la privación de sentido. Ambas pueden referirse a una situación de inconsciencia, bien permanente, accidental o circunstancial (por estado comatoso, sedación, somnolencia, desmayo), o a situaciones de afectación del estado de vigilancia, grado de conciencia o capacidad de juicio de la víctima (por cansancio, narcolepsia) que impidan en cualquier caso a la persona conducirse con normalidad⁵⁴. Las dos, anulación de voluntad y privación de sentido, pueden ser graduables, pero mientras la primera haría alusión a la incapacidad de la víctima de formar o manifestar su decisión a la relación sexual (voluntad anulada), en la segunda destaca la incapacidad de sentir (ver, oír, reaccionar)⁵⁵.

54 TORRES FERNÁNDEZ (2023: 50).

55 El sentido es la capacidad para percibir estímulos externos o internos mediante determinados órganos, vista, oído, tacto, sentido del equilibrio, de reconocer la realidad circundante y de relacionarse con ella, o de entender, apreciar o juzgar algo, de ordenar la propia conducta. La voluntad va referida al acto con que la persona admite o rehúye algo, queriéndolo, aborreciéndolo o repugnándolo. Es el libre albedrío o libre determinación, la elección de algo sin precepto o impulso externo que la obligue. Desde este punto de vista, una privación de sentido impide manifestar la voluntad al afectar a la cognición, mientras que la voluntad anulada no tiene por qué suponer una privación de sentido, incidiendo en el querer. Con anterioridad a la reforma de 2010 que introdujo la anulación de la voluntad, puede verse la STS núm. 833/2009, de 28 de julio, RJ 2010\1458, refiriéndose a la privación de sentido como que *“no es un proceso sin ausencia total de conciencia, sino de pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas, en grado de intensidad suficiente para desconocer o desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañen los impulsos sexuales trascendentes”*.

La Ley orgánica 10/2022 había incluido todas juntas en el tipo básico, sin diferenciar, pero convirtió la vulnerabilidad provocada (sumisión química) en una hiperagravante, a la que se acercaría la vulnerabilidad voluntaria de la víctima con la reforma 4/2023 (arts. 178.3 y 179.2), al quedar las dos excluidas de la facultad atenuatoria expresamente prevista, y castigadas con penas distintas a la privación de sentido, vulnerabilidad voluntaria que resultaría así en una situación intermedia entre la privación de sentido (arts. 178.2 y 179.1) y la sumisión química (art. 180.1.7).

La facultad judicial atenuatoria, que permitió inicialmente diferenciar los medios comisivos unificados en un solo precepto y apartado y transformar la prisión en una multa o aplicar su mitad inferior⁵⁶, quedó excluida en caso de concurrencia de agravantes de 2º grado (art. 180), pero también con la reforma 4/2023 de los casos de violencia, intimidación o anulación de voluntad. Con anterioridad, la Fiscalía general del Estado español 1/2023 no

56 Curiosamente de modo distinto a lo que sucede con los menores de dieciséis años, en que el tipo atenuado permite la reducción incluso en grado de la pena. Conductas como manosear, toquetear, rozar, besar, obligar a la víctima a desnudarse, a hacer un relato oral de contenido sexual, o presenciar actos sexuales cometidos por terceros, entre otros, LÓPEZ LORCA (2022: 117-118). Si se llevan a cabo en el ámbito de la pareja, estos actos (besar, abrazar) realizados en estado de somnolencia de la víctima o por sorpresa gastando una broma, difícilmente podrán ser considerados típicos por ausencia de consentimiento expreso, o por no tratarse de actos sexuales propiamente dichos en otras ocasiones. En contra, ALVÁREZ GARCÍA (2022: 305).

la estimaba aplicable tampoco al tipo agravado de acceso carnal, sobre todo contra menores, con independencia del medio empleado⁵⁷.

Así las cosas, la indiferenciación de medios comisivos prevista en la redacción inicial de la ley española del *solo sí es sí* no había terminado de convencer a cierto sector doctrinal, y fue, además, objeto de enmiendas y vetos durante la tramitación parlamentaria de la norma: castigar con el mismo marco penal una violación a punta de navaja que con abuso de prevalimiento podía contravenir criterios de justicia y de prevención, debiendo no solo la edad de la víctima o el tipo de relación sexual impuesta, sino también el medio empleado, suponer marcos penales diferentes y no el mismo para todos, pues la propia violencia o intimidación sí que jugaba un rol en las agresiones sexuales a menores de dieciséis años (art. 181.2)⁵⁸, como así terminaría corrigiendo la reforma 4/2023.

En este sentido, la doctrina ya había puesto de manifiesto el desigual tratamiento de los delitos sexuales en relación a los patrimoniales en cuanto al medio comisivo, en especial con la primera versión de la ley del *solo sí es sí*: estos medios son distintos en los atentados contra el patrimonio, donde se diferencia el hurto del robo o de la estafa, no

solo con marcos penales diferentes⁵⁹, también con *nomen iuris* y tipos penales diversos⁶⁰. No obstante, la conducta típica de un delito patrimonial no siempre puede asemejarse a la de un delito sexual, aun cuando puedan encontrarse puntos en común, como que un hurto grupal por acorralamiento de la víctima pueda llegar a conformar un robo con intimidación (como la intimidación ambiental en el delito sexual), o, si procede, poder dicho robo atenuarse (art. 241.4). Pero hay claras diferencias entre ambos, como el concepto de fuerza en las cosas en el robo, de carácter normativo, incluso de circunstancias que no requieren fuerza física (sino el uso de una llave falsa o inutilización de un sistema de alarma o guarda que alberga las cosas a sustraer), o en el delito de hurto, que permite asimismo una agravación por inutilización, neutralización o eliminación de estas⁶¹. Sin embargo, otros delitos más afines a los delitos sexuales, como la trata de

57 Epígrafes 6 y 11.

58 Quedando, por ejemplo, en todo caso excluidas de la facultad atenuatoria. También en los delitos relativos a la prostitución de menores de dieciséis años (art. 188.2), por lo que en relación a los menores seguía (y sigue) siendo necesario diferenciar entre agresión y abuso, aunque formalmente esa diferencia desapareciera.

59 En los tipos básicos, prisión de seis a dieciocho meses el hurto, de uno a tres años el robo con fuerza en las cosas, de dos a cinco si es con violencia o intimidación en las personas, y prisión de seis meses a tres años la estafa; en los tipos agravados, hasta tres años el hurto, seis el robo con fuerza, cinco el robo con violencia o intimidación, y hasta ocho años y multa la estafa; en el hurto y la estafa existen además tipos atenuados castigados con pena de multa.

60 Una analogía entre los delitos sexuales y los delitos contra la propiedad puede verse en PÉREZ DEL VALLE (2023: 72 ss.), víctima despersonalizada, deshumanizada, tratada como mero objeto. Sobre la importancia del *nomen iuris*, agresión y abuso sexual, RAMÓN RIBAS (2023: 384).

61 ESQUINAS VALVERDE (2022: 212 s.), en contra de la reagrupación en los delitos sexuales y de la unificación de agresiones y abusos.

personas o el delito relativo a la prostitución de mayores de edad, no diferencian la violencia e intimidación del abuso de necesidad, superioridad o vulnerabilidad o del engaño al tipificar la conducta y prever la pena (arts. 177 bis, 183 y 187). Y en otros delitos puede observarse igualmente desde hace años una “volatilización” de los medios comisivos asimilándose la violencia a otros métodos de control o alteración de la personalidad, en pro de una concepción normativo-social y no naturalística de la violencia, como sucedió con el delito de coacciones y la interpretación extensiva de la violencia que hicieron los jueces españoles, lo que luego confirmó la reforma de 2010 con la introducción en sede de coacciones de algunas formas de acosos⁶².

La no diferenciación de medios y la indeterminación punitiva conllevaban, además, un perjuicio al principio de igualdad. Esta fue otra de las críticas a la ley española del *solo sí es sí*. A juicio de AGUSTINA⁶³, poner el

62 En el delito de coacciones (violencia interpretada ampliamente por la jurisprudencia, cfr. STS núm. 305/2006, de 15 de marzo, RJ 2006\2309), en el maltrato (violencia física o psíquica), en el delito de desórdenes públicos (violencia o intimidación sobre personas y cosas), en los delitos contra los sentimientos religiosos (violencia, intimidación, fuerza u otro apremio ilegítimo), o en el delito de asociación ilícita (secta) (violencia u otros medios de control o alteración de la personalidad). Igualmente, en otros muchos delitos del código penal español de muy distinta naturaleza se utiliza la expresión por cualquier medio o procedimiento (arts. 147, 159, 153, 157, 197 bis, 234, etc.).

63 (2023, 41-42), citando a Díez-Ripollés, a favor de una modalidad agravada (mitad superior) cuando se empleara vio-

lencia, intimidación o sumisión química en la agresión sexual. acento en el consentimiento de la víctima en vez de en los medios comisivos utilizados por el autor ignoraba el desvalor de acción y de resultado: a partir de la verificación de la falta de consentimiento (elemento negativo del tipo), lo relevante debiera ser la conducta del autor, y si este empleó violencia o intimidación, la propia ley debiera marcar la diferencia respecto a los abusos, al tratarse de comportamientos cualitativamente más graves que ponen en riesgo la vida e integridad del sujeto pasivo, y no solo dejarlo a la discrecionalidad judicial para que cuantitativamente fije la plena aplicable dentro del marco penal único que englobaba agresiones y abusos. Según ello, solo así se diferencia legalmente los casos de vencimiento de la voluntad de la víctima de los casos de consentimiento inválido, viciado, ausente o incompleto, o si la vulnerabilidad es provocada o imputable a la víctima, con la correspondiente incidencia en la pena y en el *quantum* indemnizatorio, cuestión que sí corrigió la reforma 4/2023.

Nada se dice en la ley del *solo sí es sí* del engaño, ni de lo que fuera antes de la reforma el delito de abuso sexual fraudulento, desaparecido como tal tipo penal y como medio comisivo, aunque el término “en todo caso” del art. 178,2 parece no excluir otros no mencionados *ex lege*, como el engaño o la sorpresa⁶⁴. No obstante, el engaño por no

lencia, intimidación o sumisión química en la agresión sexual.

64 A diferencia del primero de los códigos penales españoles, de 1822, que mencionaba el engaño en los delitos sexuales (arts. 664 ss.). De esta opinión también la Circular de la FGE 1/2023, “el empleo por el apartado segundo del precepto de la locución «en todo caso» evidencia que el listado de medios comi-

utilización de un preservativo como condición primordial exigida por un miembro de la pareja que el otro incumple o ignora, puede asimismo, a criterio de alguna jurisprudencia, anular el consentimiento inicialmente prestado a la relación sexual. El denominado *stealth* (sigilo) como conducta engañosa de no llevar a cabo una condición esencial y no meramente secundaria o accesoria para el mantenimiento de una relación sexual, como circunstancia de anulación del consentimiento, fue puesto ya de manifiesto en España por sentencias como la del TSJ de Andalucía núm. 186/2021, de 1 de julio (JUR 2021\391841)⁶⁵ o, anteriormente, por la del Juzgado nº 2 de Salamanca 155/2019, de 15 de abril, así como por la Circular de la Fiscalía general del Estado español 1/2023⁶⁶, apartándose de criterios opuestos hasta el momento seguidos por otros Tribunales como la Audiencia de Madrid. Sí existen precedentes de acusaciones o condenas en el Derecho comparado⁶⁷, como Suecia, en el caso de Julián

Assange v. Swedish Prosecution Authority⁶⁸, Canadá (R vs. Hutchinson)⁶⁹, Alemania⁷⁰, Suiza⁷¹, Inglaterra⁷², o Argentina⁷³.

sivos a que hace referencia es meramente enunciativo”, citando el descuido o la desprevenición de la víctima, que aprovecha el autor para dar un beso, STS 702/2022, de 11 de julio, RJ 2022\3720, y STS 165/2022 de 24 de febrero, RJ 2022\1335. Indica además la Circular que tendría cabida en el art. 178 el antiguo delito de abuso sexual fraudulento, de menor coerción que el antiguo abuso sexual de prevalimiento (epígrafe 7). En contra de la inclusión del engaño en cualesquiera de sus formas AGUSTINA, citando a Coca Vila (2023: 43). También por una interpretación restrictiva de la norma, MUÑOZ CONDE (2023: 235).

65 Para evitar contagio de enfermedades de transmisión sexual.

66 Epígrafe 7, a favor de su inclusión en la norma.

67 GARCÍA (2020: 124-127), mencionado algunas casos de condenas.

68 Con solicitud de extradición a Reino Unido por parte de la Fiscalía de Suecia por acusación por un delito de violación en 2011, en base a un “consentimiento condicional”, que requiere que las condiciones bajo las cuales se otorgó originalmente se mantengan durante todo el acto sexual, de modo que “el consentimiento no estaba únicamente vinculado con la naturaleza general de la actividad sexual, sino también con las condiciones materiales que hacen a dicha actividad y en base a las cuales se otorgó el consentimiento en un comienzo”.

69 Condena por agresión sexual agravada en 2014 con el argumento del riesgo al daño físico para justificar el engaño que vició el consentimiento brindado en un principio.

70 Condena en 2018 por agresión sexual (no violación) a unos meses de cárcel y multa: el reproche solo debe recaer sobre la conducta de quitarse el preservativo, y no sobre la penetración en sí misma, que había sido consentida oportunamente por la mujer.

71 Condena en 2017 a doce meses de prisión por un delito contra la integridad sexual cuando el autor (art. 191) “conociendo su condición, abusa de una persona incapaz de discernimiento o incapaz de resistir para tener relaciones sexuales, para realizar un acto similar al sexo o para realizar otro acto sexual”, BURGARD-ARP (2018) y BUCHBINDER (2017).

72 Caso Hogben, donde se condena por violación en 2019, cuando el Tribunal Bournemouth –Dorset consideró que se habían transgredido los límites del acuerdo sexual previo formalizado a través de una página web, en virtud de lo cual castiga a doce años de prisión por violación. El engaño intencionado del ofensor respecto a la naturaleza del acto sexual es un supuesto claro de falta de consentimiento que no admite prueba en contrario en la Section 76 de la Sexual Offences Act 2003 (conclusive presumptions of non-consent, presunción iuris et de iure), AGUSTINA (2023: 48).

73 Caso C. F. D, condena en 2018 por abuso sexual contra una trabajadora sexual cuando estaba dormida, aplicándose

En España, la intención del legislador fue incluir estos supuestos de engaño como agresión sexual con la reforma de la ley orgánica del “*solo sí es sí*” a raíz del caso Naim Darrechi⁷⁴. Cuál sea el grado de concreción que deba definir al acto sexual (con o sin preservativo, con o sin uso de anticonceptivos orales, con una determinada persona o con otra, en el marco de una relación estable o fuera de ella, retirándose antes de la eyaculación, etc.) es el *quid* de la cuestión para delimitar la subsunción o no de este tipo de comportamientos en el delito de agresión sexual. Y, según algunos autores⁷⁵, lo fundamental es el contacto físico involucrado (qué se consiente), y no su razón o motivo (por qué se consiente), para considerar el hecho delictivo por no consentido mediando engaño o, por el contrario, fuera del tipo penal por irrelevante si de todos modos el acto del contacto sexual hubiese sido

el art. 119 del código penal. Según la Cámara de Apelaciones “*para que sea eficaz [el consentimiento], la persona debe conocer y aceptar todas las circunstancias que rodean al hecho y el imputado ignoró una fundamental: la denunciante no hubiera tenido relaciones sexuales sin protección y él lo sabía*”. Ello evita embarazos no deseados y transmisión de enfermedades. La libertad sexual es así entendida “*en su aspecto negativo o de reserva, como el derecho a decir ‘no’ a diversas expresiones de contenido sexual*”, y “*el consentimiento no solo es preciso para tener acceso carnal sino también para la determinación del modo de su ejecución y desarrollo*”, GARCÍA (2020: 131).

74 Examinado por RAMOS VÁZQUEZ (2023: 167 ss.): Darrechi, *tiktok* con millones de seguidores en el mundo, anunciaba en sus redes sociales que mantenía relaciones sexuales completas con mujeres sin usar el preservativo engañando con que era estéril; GÓMEZ NAVAJAS (2023: 188), a favor de su inclusión como agresión sexual.

75 RAMOS VÁZQUEZ (2023: 170), citando a Castellví Montserrat y Mínguez Rosique.

el mismo. En este sentido, el contacto sexual con preservativo o sin él *per se* sería el mismo, en el primer caso acorde a la voluntad de la persona que lo ha solicitado, en el segundo caso con engaño si se ha realizado sorteando su consentimiento. A este contacto sexual, en su caso, in consentido, se refiere el código penal español de forma genérica con “atentado contra la libertad sexual”, diferenciando en el tipo agravado el acceso carnal por vía vaginal, rectal o bucal, o con empleo de miembros u objetos por las dos primeras vías. En estos supuestos, el consentimiento a una relación sexual en una de estas formas u otras, o con una persona determinada y no con otra (o, en su caso, con más de una conjuntamente⁷⁶) debe ser prestado para cada caso concreto, de modo que otorgado para uno no implica necesariamente para los otros actos o para las otras personas. Igualmente, un contacto sexual durante una exploración ginecológica incide en la naturaleza o contenido esencial mismo del contacto físico, variando según fuese una finalidad terapéutica, acto atípico, o lascivo, acto delictivo (STS 652/2022, de 27 de junio, RJ 2022\3690).

Por otro lado, el hecho de que en algunos delitos el legislador español sí haya incluido el engaño expresamente como medio comisivo

76 Consentimiento a la relación sexual con la pareja y no con otro u otros que esta hace participar estando la víctima con los ojos vendados durante un juego erótico o broma en una despedida de soltero. Sobre otros casos de error en el consentimiento, cfr. SAP de Madrid 669/2021, de 15 de diciembre (error sobre la prestación del consentimiento), y SAP de Cáceres núm. 209/2020, de 24 de septiembre (error de la víctima sobre la identidad de la pareja).

(aborto, matrimonio forzado, trata de seres humanos, prostitución), y no lo hiciera en el delito de agresión sexual (art. 178), y la derogación del antiguo delito de abuso sexual fraudulento contra menor de dieciséis o diecisiete años, avala, para otros autores⁷⁷, su exclusión como delito de agresión sexual contra mayores de dieciséis, salvo que aparte del engaño pueda existir un abuso de autoridad o influencia que pueda permitir la condena por agresión sexual si se apreciara abuso de superioridad o vulnerabilidad de la víctima⁷⁸. Para algunas personas puede constituir un atentado contra su autonomía sexual y su dignidad engañar sobre cualquier información que pueda ser relevante para prestar o no ese consentimiento sexual (ser soltero o casado, buscar relación estable o no, etc.), si se quiere asimilar en este sentido a un contrato cuyo incumplimiento genere responsabilidad para quien empleó el engaño que pudo viciar el consentimiento del otro, o para ambos si se engañaron mutuamente. Pero esto no sería fácilmente trasladable a las relaciones sexuales, imbuidas de emociones e incertidumbres, en un mercado libre, indefinido y a menudo caótico, ni mucho menos al Derecho penal, informado por el principio de *ultima ratio*. Por tanto, aunque el no uso del preservativo en la relación sexual exigido por uno de los miembros de la pareja pueda entenderse incluido en la norma del art. 178, debiera quedar fuera del tipo penal de

agresión sexual y encontrar cabida, en su caso, en las normas penales del delito de lesiones por contagio o infección de enfermedad sexual⁷⁹, o en las normas civiles sobre maternidad o paternidad no deseadas.

En segundo lugar, otra de las objeciones contra la indiferenciación del delito de agresión y de abuso sexual llevada a cabo por la ley española del *solo sí es sí* fue la desvirtuación del principio de proporcionalidad y la vulneración de la seguridad jurídica, desde dos puntos de vista: por un lado, una prohibición por defecto de protección (infra-protección), unificando –como se hizo hasta abril de 2023– los comportamientos sexuales no consentidos, ya sea con violencia, intimidación, abuso, privación de sentido, sin diferenciar unos de otros (ni en el *nomen iuris* ni en la pena); y por otro lado, una prohibición por exceso de protección (sobrepotección), castigando con severidad conductas de menor lesividad. Las penas se vieron reducidas con la reforma de 2022 en sus límites inferiores, precisamente para dar cabida a un mayor número de supuestos no especialmente graves, lo que a la postre fue en detrimento de los más graves, al unificarse las distintas conductas. Sancionar todas las conductas bajo el mismo marco penal podía incentivar al delincuente el recurso a los medios más graves que asegurasen en mayor medida el resultado y no implicaran plus-punición, comprometiendo la función preventiva de la pena, aunque incluso, en su caso, se aplicaran las reglas del concurso de delitos (expresamente previsto en el art. 194 bis)⁸⁰.

77 RAMOS VÁZQUEZ (2023: 170 y 172), citando a Cugat Mauri.

78 Pues incluso en una reforma del año 2015 los límites entre el abuso fraudulento y de prevalimiento se habían difuminado.

79 Que en el código penal de Nicaragua o Argentina, por ejemplo, puede constituir agravante del delito de violación.

80 RAMÍREZ ORTIZ (2021: 509); ACALE SÁNCHEZ

Tampoco había quedado claro para la doctrina si la unificación de las agresiones y abusos sexuales en una sola figura delictiva evitaría la revictimización que sufren muchas víctimas que interponen la denuncia y que comprueban cómo durante los distintos interrogatorios se invade su privacidad hasta el punto de tener que contar detalles del acto sexual impuesto⁸¹, y cuya necesidad de protección viene determinada por el Estatuto de la víctima⁸². Asimismo, quedó confuso con la reforma 10/2022 si ello garantizaría la discrecionalidad judicial de forma dinámica, buscando, más allá de la aplicación de la ley, hacer justicia a través de los tipos atenuados por una “menor entidad del hecho” de un abuso respecto a una agresión cuando estaban unificados en el mismo tipo penal y castigados con la misma pena (arts. 178.4 y 181.3⁸³).

(2021: 479); LASCURAÍN SÁNCHEZ (2023: 53- 54), para quien hubiese sido mejor distinguir más y no menos; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN (2023: 167).

81 A favor de que la ley evitará la revictimización, ACALE SÁNCHEZ (2021: 483). A favor de la unificación ESTEVE MALLENT (2021: 45). En contra de ello, LASCURAÍN SÁNCHEZ (2023: 57).

82 Ley 4/2015, de 27 de abril, art. 25.2c), en relación a “medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima”. También en la protección de su intimidad, arts. 19, 22.y 34. Sobre ello TORRES ROSSELL (2023: 288 ss.).

83 VARELA CASTEJÓN (2021: 30 y 32), señalando cómo la pena de multa que permite este tipo atenuado es lo único que puede asemejarlo a la antigua pena de multa que tenía

Normas atenuatorias que parecían adolecer de gran imprecisión y falta de taxatividad, al no precisar entonces si se refería al tipo de acto sexual, al medio comisivo o al tipo subjetivo de injusto, dejando un amplísimo margen interpretativo al aplicador judicial que podía comprometer la observancia del principio de legalidad y la función preventiva de la ley. Más aún, cuando en algún supuesto se da la opción de elegir entre una pena de prisión y otra de multa, a pesar de que sí aporte la norma atenuatoria algunos criterios de determinación, como la menor entidad del hecho, las circunstancias personales del autor, la exclusión de violencia o intimidación para los menores de dieciséis años, y la no existencia de agravantes de 2º grado, a los que se sumó con la reforma 4/2023 la existencia de violencia, intimidación o anulación de la voluntad de la víctima en las agresiones a mayores de dieciséis.

La tipificación de tipos atenuados se previó, además, con anterioridad, en muchos otros delitos del código penal español, siendo una opción muy frecuentemente utilizada por el legislador para mitigar la pena, como sucede en los delitos de lesiones, detención ilegal, coacciones y amenazas, robo con violencia e intimidación, tráfico de drogas, o delitos contra la seguridad vial. Trasladando

antes de la ley del solo sí es sí el antiguo delito de abuso de prevalimiento y abuso sexual común, pero que con la ley del solo sí es sí se castigan con una pena de prisión, salvo que se aplique el tipo atenuado; DEL PRADO ESCODA MERINO (2021: 35); DEL MORAL GARCÍA (2023: 113), sobre la eventual disparidad en la discrecionalidad judicial por delegación del legislador con la primera versión de la ley del *solo sí es sí*.

los criterios aplicables al subtipo atenuado del delito de tráfico de droga y de robo con violencia e intimidación al de agresión sexual, la Circular de la Fiscalía española 1/2023⁸⁴ ha dado prioridad a la menor entidad del hecho (elemento objetivo) sobre las circunstancias personales del autor (elemento subjetivo), incluyendo tocamientos sorprendidos y fugaces por encima de la ropa, “beso robado” u otros comportamientos de similar naturaleza, si además no es desfavorable el elemento relativo a las circunstancias personales del autor, como los antecedentes, padecimiento de adicciones, edad, grado de formación, madurez psicológica, entorno familiar, comportamiento posterior a los hechos delictivos o posibilidades de integración social.

Por consiguiente, y a resultas de estas objeciones a la primera versión de la Ley orgánica 10/2022 por indiferenciación de medios comisivos, el gobierno presentó la Proposición de ley de febrero de 2023⁸⁵, que culminó en breve tiempo en la Ley orgánica 4/2023, para establecer penas distintas y más graves para las agresiones sexuales cuando se realizan con violencia o intimidación o sobre una víctima con voluntad anulada, con una gravedad esta última que la mantendría, en cambio, como agravante de segundo grado, y por ello, en un desmesurado ascenso valorativo, equiparada a los casos de extrema gravedad por violencia o intimidación o actuación sexual grupal. Por su mayor gravedad, se trataría no de meras circunstancias agravantes

que rodean el delito, sino de elementos que están en la conducta misma y evidencian una mayor antijuridicidad y precisan de una respuesta normativa diferenciada. Esto tendría su reflejo también en los marcos penales de las agravantes de 1º y 2º grado, distinguiéndose unos supuestos de otros y volviendo a los que estaban vigentes antes de la reforma de la ley del *solo sí es sí*, dando así por finalizada la revisión de sentencias que favoreció al delincuente ya condenado por un crimen sexual.

4. LOS CAMBIOS EN EL DELITO DE ACOSO

Uno de los cambios más significativos de la ley del *solo sí es sí* fue modificar el delito de acoso sexual (consistente en una solicitud de favores sexuales en un contexto determinado, laboral, docente o de prestación de servicios), introduciendo como novedades las siguientes: se agravaron las penas, de prisión o multa, se amplió el ámbito de aplicación a relaciones docentes, laborales, de prestaciones de servicios o “análogas”, y a víctimas sujetas a guarda o custodia, con una agravante de lugar cuando el delito se comete en centros de acogida de menores, internamiento de extranjeros, u otros, del modo a como ya venía indicando alguna jurisprudencia española en el sentido de que *“la superioridad laboral” no tiene que ajustarse a una relación jurídica estricta y formalizada*⁸⁶,

84 Epígrafe 6.

85 Boletín Oficial del Congreso de Diputados de 17 de febrero de 2023 nº 318-1.

86 SAP de Castellón 296/2020, de 1 de octubre (ARP 2021\245), pues *“hay que analizar las circunstancias de los protagonistas y en este caso no hay la menor duda de la ascendencia”* del sujeto activo sobre el pasivo, DE VICENTE MARTÍNEZ (2022: 526).

Cfr. el primer caso de acoso sexual condenado en España, ha-

previéndose, además, la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio o incluso actividad. Se salvó, asimismo, el concurso con el delito consistente en solicitar favores sexuales en un contexto funcional (art. 443), para el que la Ley orgánica del *solo sí es sí* también amplió el sujeto activo incluyendo los relativos a centros de internamiento de personas extranjeras o cualquier otro de detención o custodia, y no solo penitenciarios o de corrección de menores, siempre que exista la relación de sujeción o guarda del funcionario público, o la necesidad de evacuar el informe o consulta que exige el precepto⁸⁷. Se trata ahora de un posible concurso de delitos entre ambos, el del art. 433 y el acoso sexual. La postura jurisprudencial venía absorbiendo el delito del art. 443 en el delito sexual, al que se le aplicaba una agravante genérica de prevalimiento de la cualidad pública, pues configuraba a aquel como un delito de peligro⁸⁸

cia una concejala (Nevenca Fernández) en un Ayuntamiento por parte de un alcalde (STSJ de Castilla León de 2002 y STS de 7 de noviembre de 2003, RJ 2003\7573), y la dificultad de interpretar la agravante de superioridad en la relación entre ambos, con votos particulares.

87 Absolviendo por ello la SAP de Almería 410/2013, de 19 de diciembre (ARP 2014/870), pues la mujer del detenido a disposición del juez de turno solicitada por un guardia civil no estaba bajo su sujeción.

88 Solicitud de favores sexuales por funcionario o Autoridad a persona que tuviera pretensiones pendientes de emitir resolución, informe o consulta como delito de peligro, de modo que si se llegara a materializar el abuso o agresión sexual, bastaría con las penas de estos con la agravante genérica de prevalimiento de la función pública, ESQUINAS VALVERDE (2033: 191).

o de mera actividad⁸⁹, frente a otras sentencias que permitían el concurso entre ambos o que caracterizaban a aquel como un delito de lesión que prevalecería por ser más especial⁹⁰. En la mayoría de los casos condenados en España por este delito y por esta modalidad lo fueron por conducta delictiva realizada en un centro penitenciario respecto de internas, aunque algunos también en centro de extranjería o hacia persona extranjera por parte del funcionario⁹¹.

89 Circular de la Fiscalía general del Estado cit., epígrafe 15, si la acción fuera simultáneamente susceptible de ser subsumida en ambos preceptos (arts. 184.3 y 443.2) se apreciará un concurso de normas a resolver con arreglo al art. 8.4 en favor del delito de sollicitación sexual por funcionario.

90 STS 354/2019, de 10 de julio, RJ 2019/2974 (aplica el art. 443), y SAP de Sevilla de 18 de mayo de 2019, ARP 2020/218 (aplica un concurso del art. 443, abuso sexual y delito contra la integridad moral), en relación, respectivamente, al funcionario, profesor de Universidad, hacia una alumna, prestaciones sexuales solicitadas a cambio de aprobar la asignatura o subir nota, y de un funcionario de prisiones hacia tres internas. Planteando su posible naturaleza de delito de lesión, la SAP de Alicante 142/2012, de 20 de marzo, ARP 2012/1142, excluyendo el delito de abuso sexual (relaciones consentidas devenidas posteriormente en el contexto de una relación sentimental) y manteniendo el delito del art. 443 (función pública), siendo sujeto activo también un funcionario de prisiones respecto de una interna. También a favor de este por ser más especial y grave, ROMERO ROA, *Jornadas sobre acoso laboral*, Colegio de abogados de Lucena (Córdoba, España), 29 de junio de 2023.

91 SAP de Huelva 62/2014, de 6 de marzo, ARP 2014/719, STS 1187/2004, de 18 de octubre, RJ 2004/7146, SAP de Sevilla 268/2003, de 21 de mayo, ARP 2003/474. También respecto a mujeres de un prostíbulo y un agente policial, la SAP de Málaga 268/2013, de 6 de mayo, ARP 2014/110.

Fue novedad, además, de la ley del *solo sí es sí*, la tipificación de la persona jurídica en el delito de acoso sexual (pensemos de forma muy clara cuando el jefe de la empresa sugiriera a la empleada que fuera “cariñosa” con un cliente⁹²), como también sucedió en España doce años antes con el delito de acoso laboral, funcional e inmobiliario, contra la integridad moral de la víctima (art. 173.1). La previsión de la pena privativa de derechos me parece acertada, dada la gravedad de todas las formas de acoso (sexual, *mobbing*⁹³, *bullying*⁹⁴), así como, en los casos en que pueda ocurrir, la exigencia de esta responsabilidad penal de la persona jurídica, al amparo de lo dispuesto en el art. 189 ter en relación al art. 31 bis, y en la medida en que el precepto pueda cumplir una función pedagógica de reforzamiento de los protocolos de prevención del acoso, tan necesario en los

centros docentes y de trabajo⁹⁵. Pues se trata de delitos, el acoso laboral y el sexual, cometidos en el seno de empresas, Administraciones públicas, centros educativos, de prestación de servicios, de prácticas, con una mayor amplitud respecto al lugar y al sujeto activo del acoso sexual en relación al acoso laboral, que solo admite el acoso vertical descendente y en un sentido efectivo que la jurisprudencia interpreta como “que permita el despido o la existencia de órdenes de trabajo que de manera inequívoca hayan de ser acatadas”⁹⁶, y que se nutre de actos hostiles o humillantes que supongan un grave acoso a la víctima, y no solo de una mera solicitud de favores sexuales. Esto emparentaría el delito de acoso sexual con otro delito de actual incorporación al ordenamiento penal español por la ley del *solo sí es sí*, el acoso sexual denominado “callejero” o acoso “de menor intensidad” (art. 173.4), pero lo aleja de él al ubicarse este en sede sistemática dentro de los delitos contra la integridad moral, en el mismo precepto que el acoso laboral.

Cometerá este delito de acosos sexual “callejero” “quienes se dirijan a otra persona con

92 Sobre este ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Jornadas sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, 24 y 25 de noviembre de 2022. Salón de Grados de la Facultad de Ciencias del Trabajo. Universidad de Sevilla, España.

Cfr. en este sentido PIÑUEL ZABALA (2003: 88 ss. y 199 ss.). Sobre lo acertado de la previsión de la responsabilidad penal de la persona jurídica, DEL MORAL GARCÍA (2023:113). En contra ROMERO ROA, *Jornadas sobre acoso laboral*, Colegio de abogados de Lucena (Córdoba, España), 29 de junio de 2023, cit.

93 Un Informe del sindicato español Comisiones Obreras arroja en España cifras de una de cada cinco mujeres que señalan haber sufrido acoso sexual laboral y ocho de cada diez alguna forma de discriminación, en MARTÍNEZ ROMÁN, RODRÍGUEZ CASTRO y LAMEIRAS FERNÁNDEZ (2023: 54).

94 A nivel internacional y nacional una amplia horquilla entre 8 y 97% del estudiantado como víctimas de acoso sexual en el entorno académico, ibídem.

95 La solicitud de ayuda externa por parte de la víctima acosada a la empresa o centro suele desembocar en la gran mayoría de los casos en una obligación de aclimatación de esta al entorno, para que sea ella misma la que intente resolver la situación de acoso, encubierto bajo forma de conflicto interpersonal, stress o problemas psicológicos, a fin de evitar perjuicios reputacionales a la empresa o Administración, sobre ello ampliamente Iñaki PIÑUEL (2003: 88 ss. y 199 ss.), identificar los riesgos psicosociales que pueden encubrir una situación de acoso no es nunca fácil, en el llamado *mobbing* de guante blanco.

96 ROMERO ROA, ibídem.

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”, castigándose con penas alternativas de localización permanente, trabajos comunitarios o multa. El Informe del Consejo General del Poder Judicial español advertía que *“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”*⁹⁷. Conductas como tocamientos fugaces por encima de la ropa que vayan acompañadas de expresiones desafortunadas, inadecuadas e hirientes en espacios públicos, no siempre integran la gravedad de un delito contra la integridad moral si no tienen especial incidencia en la dignidad de la persona o no son reiterados (art. 173.1), pero tras su tipificación con la ley del *solo sí es sí* podrían constituir delito sin tener que quedar necesariamente absorbidas en el de agresión sexual, sobre todo excluido este cuando no se aprecie ánimo lascivo o no existan tocamientos corporales. Gestos, expresiones, proposiciones o comportamientos como los silbidos, bocinazos, seguimientos o miradas obscenas, difieren de los tocamientos obscenos constitutivos de agresión sexual, aunque a veces acompañan a estos. Otras veces

97 Informe del Consejo fiscal, propuestas de veto, Boletín Oficial de Cortes Generales. Senado, XIV legislatura, 20 de junio de 2022, p. 7.

Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ (2022: 500).

pueden consistir en comentarios desagradables con connotaciones sexuales, pero que ni implícitamente entrañan un requerimiento para un contacto sexual ni media petición de trato o acción de contenido sexual que se presente como seria e inequívoca, y que dé lugar a la comisión del delito de acoso sexual, o no tiene lugar en los términos previstos en las normas que tipifican estos delitos sexuales.

Hasta la fecha, pocas has sido las sentencias que en España se han planteado la aplicación del nuevo delito de acoso sexual “callejero”, y las que lo han hecho lo han descartado por no estar vigente a la fecha de comisión de los hechos o no concurrir en el caso concreto, condenando en algunos de ellos por abuso sexual (hoy día absorbido en la agresión) cuando mediaba algún tipo de contacto sexual: el escenario habitual suele ser el de víctimas adolescentes, por parte de distintos sujetos (monitor, profesor, compañero de banda de música), y en determinados lugares (campamento, instituto, calle o parque)⁹⁸. Pero los datos estadísticos arrojados desde distintas instancias ofrecen resultados muy reveladores sobre su frecuencia, lo que permite vislumbrar una mayor operatividad de la norma en los próximos años⁹⁹.

98 SAP de Islas Baleares 510/2022, de 2 de diciembre, JUR 2023\53534 (abuso sexual, excluyendo el delito contra la integridad moral por falta de gravedad), SAP de Las Palmas 282/2022, de 22 de julio, JUR 2022\327330 (abuso sexual), Auto de la AP de Barcelona 731/2022, de 11 de octubre, JUR 2023\187931, SAP de Álava 167/2022, de 18 de julio, JUR 2022\393914 (abuso sexual).

99 MARTÍNEZ ROMÁN, RODRÍGUEZ CASTRO y LA-MEIRAS FERNÁNDEZ (2023, 54 s.), un 49% de mujeres eu-

CONCLUSIONES

Aunque la definición del consentimiento sexual ya la dio la jurisprudencia española (STS 145/2020, de 14 de mayo), el legislador de la ley del *solo sí es sí* (ley orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual) creyó conveniente normativizarla para dejar claro que en materia sexual *quien calla, no otorga* (RAMÓN RIBAS), queriendo cumplir también en este ámbito, como ya hizo antes en otros (violencia de género), una función de pedagogía social.

Un gran desacierto de la primera versión de la ley del *solo sí es sí* fue unificar en un mismo tipo penal las clásicas tipologías de agresión y de abuso sexual. Fue necesario volver a lo anterior mediante una reforma por Ley orgánica 4/2023 que estableció tres escalones punitivos, agresión sexual mediante abuso, agresión sexual con violencia o intimidación, y agresión sexual a través de sumisión química. La vulnerabilidad química voluntaria de la víctima se situó al mismo nivel que la violencia e intimidación, cuando a mi modo de ver es más afín al abuso de la privación de sentido, y la sumisión química ascendió injustificadamente en un “desmesurado ascenso valorativo” al nivel de la violencia extrema o de la agresión grupal, lo que no se compadece bien con la proporcionalidad de la gravedad de los delitos y de las penas.

ropeas y 61% de las americanas (Fundación Jaurés, 2018), 96,51% de mujeres españolas lo sufrieron alguna vez en su vida (Informe “Que se sepa. Macroencuestas sobre violencias sexuales”, 2020), o un 25,9% que lo sufrieron dos o cuatro veces al mes (estudio Moya-Garófano).

Otras novedades de la ley fueron la ampliación del delito de acoso laboral, funcional y sexual, en especial en este la previsión de las penas privativas de derechos y la eventual responsabilidad penal de la persona jurídica, que, aunque se augura poco previsible su aplicación práctica, puede cumplir esa función didáctica de reforzamiento y de muy necesaria mejora de los protocolos de acoso en centros de trabajo y docentes.

TRABAJOS CITADOS

- ACALE SÁNCHEZ, María (2021): “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, en *IgualdadES*, 5, pp. 467-485. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/3961407-mariua-acale-nlm.html>.
- ACALE SÁNCHEZ, María (2022): “Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa”, en MARÍN DE ESPINOSA, ESQUINAS VALVERDE y MORALES HERNÁNDEZ: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales a examen: propuestas de reforma*, Navarra, Aranzadi, pp. 39-83.
- AGUSTINA SANHELLÍ, José R. (2023): “Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la “confusión típica” a la problemática discrecionalidad judicial y al desorden valorativo en el sistema de penas”, en AGUSTINA (coord.), *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, pp. 37-50.
- AGUSTINA SANLEHÍ, José, y PANYELLA-CARBÓ, María-Neus (2020): “Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas”, *Polít. Crim.* Vol. 15, N^o 30 pp. 526-581, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992020000200526.
- ALVÁREZ GARCÍA, Francisco Javier (2022): “La libertad sexual en peligro”, en IGLESIAS CANLE y BRAVO BOSCH, *Libertad sexual y violencia sexual*, Valencia, pp. 295-326.

- BUCHBINDER, Sascha (2017): "Sex ohne Gummi war Schändung", en <https://www.srf.ch/news/schweiz/sex-ohne-gummi-war-schaendung>.
- BURGARD-ARP, Nora (2018): "Stellungwechsel, Gummi ab", en <https://www.zeit.de/campus/2018-01/stealthingsexualstraftat-rechtslage-opfer-taeter>.
- CAMARENA GRAU, Salvador (2021): "Consentimiento y libertad en el Anteproyecto de Ley de garantía de la libertad sexual", en *Boletín nº 13 Comisión Penal. Jueces para la Democracia, Monográfico Anteproyecto de ley orgánica de protección integral de la libertad sexual*, pp. 39-46.
- CARUSO FONTÁN, Viviana (2023a): "Réquiem por los abusos sexuales", en GARCÍA ALVÁREZ, CARUSO FONTÁN (dir.) y RODRÍGUEZ RAMOS (coord.): *La perspectiva de género en la ley del 'solo sí es sí. Claves de la polémica*, pp. 95-113.
- CARUSO FONTÁN, Viviana (2023b): "Los delitos sexuales en la ficción: a propósito de la dificultad para hacer pivotear sobre el consentimiento la definición de las agresiones sexuales", en GARCÍA ALVÁREZ, CARUSO FONTÁN (dir.) y RODRÍGUEZ RAMOS (coord.): *La perspectiva de género en la ley del 'solo sí es sí. Claves de la polémica*, pp. 115-135.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2022): "Análisis del delito de acoso sexual, su futura reforma y el debate en torno a su ubicación sistemática", en MARÍN DE ESPINOSA, ESQUINAS VALVERDE y MORALES HERNÁNDEZ: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales a examen: propuestas de reforma*, pp. 495-546.
- DEL MORAL GARCÍA, A. (2023): "Caracterización normativa del consentimiento en la reforma de los delitos sexuales", en AGUSTINA (coord.), *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*, pp. 107-121.
- DEL PRADO ESCODA MERINO, María (2021): "Una ley necesaria, que necesita mejorar", en *Boletín nº 13 Comisión penal, Jueces para la democracia*, volumen II. *Monográfico Anteproyecto de ley orgánica de protección integral de la libertad sexual*, pp. 34-38.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2019): "Alegato contra un derecho penal sexual identitario", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-10, pp. 1-29.
- ESCUADERO GARCÍA-CALDERÓN, B. (2023): "La sumisión química en los delitos sexuales antes y después de la ley del solo sí es sí", en GARCÍA ALVÁREZ, CARUSO FONTÁN (dir.) y RODRÍGUEZ RAMOS (coord.): *La perspectiva de género en la ley del 'solo sí es sí. Claves de la polémica*, pp. 137-172.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia (2022): "El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (art. 181 CP)", en MARÍN DE ESPINOSA, ESQUINAS VALVERDE y MORALES HERNÁNDEZ: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales a examen: propuestas de reforma*, pp. 141-219.
- ESTEVE MALLENT, Lara (2021): "Consentimiento y dicotomía entre agresión y abuso en los delitos de naturaleza sexual", en *El Criminalista digital* 2ª época, nº 9, pp. 38-58.
- FACIO, Alda y FRIES, Lorena (2005): "Feminismo, género y patriarcado", en *Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3 nº 6, pp. 267 ss.
- FARALDO CABANA, Patricia (2018): "Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales", en FARALDO CABANA, Patricia, ACALE SÁNCHEZ, María, RODRÍGUEZ LÓPEZ, Silvia y FUENTES LOUREIRO, Mª Ángeles (Coord.): *La Manada, un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 31-69.
- FERRERO ROMERO, M. y LAMUEDRA GRAVÁN, M. (2018): Tratamiento periodístico sobre la violación hoy: análisis comparativo del caso de "La manada", en https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/79161/TFG_LaManada_Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y, pp. 1-54.
- GARCÍA, María Fernanda (2020): "Complejidades del "no es no": un análisis del stealthing como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 18, Nº 1, pp. 117-140.

- GIL GIL, Alicia y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José (2018): "A propósito de "La Manada". Análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N°. 77, (Ejemplar dedicado a: Las huellas de "La Manada"), págs. 4-15.
- GÓMEZ NAVAJAS, J. (2023): "Agresión sexual por parte del cónyuge, pareja o expareja de la víctima", en GARCÍA ALVÁREZ, CARUSO FONTÁN (dir.) y RODRÍGUEZ RAMOS (coord.): *La perspectiva de género en la ley del 'solo sí es sí'*. Claves de la polémica, pp. 173-202.
- HOVEN, Elisa y DYER, Andrew (2020): "„Only Yes means Yes“?. Aktuelle Entwicklungen im australischen Sexualstrafrecht und Folgerungen für die deutsche Diskussion", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* (132)-1, pp. 250 ss.
- IGLESIAS CANLE, Inés (2022): "Libertad sexual y violencia sexual", en IGLESIAS CANLE y BRAVO BOSCH, *Libertad sexual y violencia sexual*, Valencia, pp. 265-294.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2023): "Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento", en AGUSTINA (coord.), *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*, pp. 51-62.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2022): "Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve", en <https://almacenederecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2020): "Delitos sexuales: ¿una reforma progresista?", en <https://almacenederecho.org/delitos-sexuales-una-reforma-progresista>.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2018): "¿Qué es una violación?", en <https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/que-es-una-violacion>.
- LÓPEZ LORCA, B. (2022): "El Anteproyecto de ley orgánica de garantía de la libertad sexual. Hacia la reconfiguración del derecho penal sexual", en DE LA TORRE LASO (coord.): *Violencia sexual en grupo. Un estudio multidisciplinar*, Madrid, Wolters Kluger, pp. 101-140.
- MARTÍNEZ PERZA, Carmen (2021): "Sobre la necesidad de reforma de los delitos sexuales en el código penal", en *Boletín nº 13 Comisión penal, Jueces para la democracia*, volumen II. *Monográfico Anteproyecto de ley orgánica de protección integral de la libertad sexual*, pp. 9-18.
- MARTÍNEZ ROMÁN, R., RODRÍGUEZ CASTRO, Y. y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. (2023): "El continuum de las violencias sexuales y de género (online vs offline) que sufren las mujeres", en AGUSTINA SANHELLÍ, ISORNA FOLGAR y RIAL BOUBETA: *Sumisión química y uso de sustancias psicoactivas en las agresiones sexuales. Prevención, detección e intervención de un problema multidisciplinar*, pp. 49-62.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L. (2022): "La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley Orgánica 10/2022 y criterios interpretativos actuales", en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 138, pp. 5-66.
- MUÑOZ CONDE, F. (2023): *Derecho penal parte especial*, 25ª ed. PÉREZ DEL VALLE, Carlos (2023): "Reflexiones sobre los delitos sexuales y su reforma", en AGUSTINA (coord.): *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*, pp. 63-78.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Yolíniztli (2017): "California define qué es "consentimiento sexual"", *Sexualidad., Salud y Sociedad* (Rio J.) (25), pp. 113-133.
- PICADO VALVERDE, E. y YARREBASO MACHO, A. (2022): "Factores psicológicos en la violencia sexual en grupo y estrategias de prevención", en DE LA TORRE LASO (coord.): *Violencia sexual en grupo. Un estudio multidisciplinar*, Madrid, pp. 57-79.
- PIÑUEL, Iñaki (2003): *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Madrid, Santillana ediciones generales S.L.
- RAMÍREZ ORTIZ, José Luis (2021): "¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal?. En defensa de una ley menos «integral»", en *IgualdadES*, 5, pp. 487- 517.
- RAMÓN RIBAS, Eduardo y FARALDO CABANA, Patricia

- (2023a): “¿La libertad sexual en peligro?. ¿En serio?”, en AGUSTINA SANHELLÍ, José R. (coord.): *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*, Barcelona, Atelier, pp. 79-94.
- RAMÓN RIBAS, Eduardo (2023b): “Aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales”, en GARCÍA ALVÁREZ, CARUSO FONTÁN (dir.) y RODRÍGUEZ RAMOS (coord.): *La perspectiva de género en la ley del ‘solo sí es sí’. Claves de la polémica*, pp. 359-409.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2023): “El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento”, en AGUSTINA (coord.), *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*, pp.167-177.
- TORRES FERNÁNDEZ, M^a Elena (2019): “Suministro de drogas a otra persona para anular su voluntad con fines delictivos: ¿mito o realidad?. La llamada sumisión química en Derecho penal: especial referencia a los delitos sexuales”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, pp. 655-707, <http://dx.doi.org/10.15304/epc.39.6274>.
- TORRES FERNÁNDEZ, M^a Elena (2023): “Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual (LO 10/2022)”, en AGUSTINA (coord.): *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*, pp. 21-36.
- TORRES ROSSELL, Nuria (2023): “Análisis de tres de las modificaciones a la ley de enjuiciamiento criminal introducidas por la ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual (LO10/2022, de 6 de septiembre)”, en GARCÍA ALVÁREZ, CARUSO FONTÁN (dir.) y RODRÍGUEZ RAMOS (coord.): *La perspectiva de género en la ley del ‘solo sí es sí’. Claves de la polémica*, pp. 275-330.
- VARELA CASTEJÓN, Xerman (2021): “Notas sobre la propuesta de reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en *Boletín nº 13 Comisión penal, Jueces para la democracia*, volumen II. *Monográfico Anteproyecto de ley orgánica de protección integral de la libertad sexual*, pp. 19-33.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando (2018): “Sobre la tipificación del feminicidio en España. Algunas consideraciones críticas”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3^a Época, n.º 20 pp. 207-247.

—

Carmen Requejo Conde**Afiliación:** Profesora investigadora, Universidad de Sevilla, España.

