



**TRABAJO DE FIN DE GRADO**

**EL DELITO DE ABUSOS SEXUALES**

**THE CRIME OF SEXUAL ABUSE**

**Autor**

**Alejandro Gómez Álvarez**

**4º Grado en Derecho**

**Julio 2021**

**Director**

**José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós**

**FACULTAD DE DERECHO**

## **RESUMEN:**

El siguiente trabajo es un análisis del delito de abusos sexuales contemplado en la ley actual, junto con la evolución del mismo y finalmente un análisis del nuevo Anteproyecto de reforma de Ley de Protección Integral del Derecho a la Libertad Sexual.

## **ABSTRACT:**

The following work is an analysis of the crime of sexual abuse contemplated in the current law, with the evolution of it, and finally an analysis of the new Draft reform of the Law of Integral Protection of the Right to Freedom Sexual.

## **PALABRAS CLAVE**

Abuso sexual, Agresión sexual, Consentimiento, Anteproyecto, Violencia Sexual, Intimidación, Violencia.

## **KEYWORDS**

Sexual Abuse, Sexual Assault, Consent, Draft Reform, Sexual Violence, Intimidation, Violence.

## ÍNDICE

<b>I. Introducción y planteamiento.....</b>	<b>4</b>
<b>II. Abusos sexuales: Concepto, Evolución y Tipos Penales</b>	
1.Concepto jurídico del delito de abusos sexuales.....	7
2.Evolución y reformas de la figura .....	10
3.Formas de comisión y agravantes.....	13
A) Tipo básico.....	13
B) Abusos sexuales no consentidos.....	13
C) Abusos de prevalimiento.....	17
D) Agravantes.....	19
4.Comparativa con el Delito de Agresiones Sexuales y Abusos y Agresiones a Menores.....	21
A) Comparativa con el delito de agresión sexual.....	21
B) Comparativa con el delito de abusos y agresiones a menores de 16 años .....	26
<b>III. Análisis de la propuesta de reforma de la nueva Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual</b>	
1. Estudio del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.....	30
A) Concepto de Violencia Sexual.....	30
B) Unificación del delito de abuso y agresión. Concepto y consecuencias.....	33
B.1) Conflicto Probatorio.....	33
B.2) Consentimiento.....	35
B.3) La victimización secundaria.....	37
C) Sumisión química.....	39
2. Análisis del informe del Consejo General del Poder Judicial.....	40
<b>IV. Conclusiones.....</b>	<b>47</b>
<b>V. Anexo bibliográfico, normativo y jurisprudencial</b>	
1. Anexo Bibliográfico.....	52
2.Anexo Jurisprudencial.....	54
3. Anexo Normativo.....	56

## I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

En el siguiente trabajo trataré el delito de abusos sexuales desde un punto estrictamente jurídico, analizando sus formas penales y características, y haciendo además una comparación con otros delitos de la misma naturaleza con el objetivo de apreciar diferencias y similitudes. Finalmente explicaré el nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de Libertad Sexual junto con el informe del Consejo General del Poder Judicial al respecto.

El concepto de este delito puede resultar conflictivo, debido a que socialmente la línea divisoria entre lo que consideramos un abuso y una agresión se está haciendo poco a poco más cuestionable; sin embargo, desde un punto de vista teórico estamos ante dos delitos diferentes, como explicaré posteriormente. El problema es el gran espacio que existe entre la teoría y la práctica.

Nuestro constante avance como sociedad nos está permitiendo disfrutar de un mayor número de libertades, y para que siga siendo así es necesaria la ayuda de la ley, que protege nuestra libertad y castiga a quien intenta coartarla. El conflicto surge cuando la población no está de acuerdo con el castigo que la ley ha decidido, por considerar que la pena no es suficientemente dura o justa. Determinar cuándo se trata de un abuso y una agresión según los condicionantes que se nos presentan en cada situación es una tarea relativamente sencilla, pero la realidad práctica es más compleja, por ello creo que debemos juzgar con lógica. Como dijo la autora y jurista Puerto Solar Calvo (2020):

*“o criticamos y, lo que es más importante, legislamos desde la razón, o si son las tripas las que mandan, nunca encontraremos castigo suficiente para las mismas y, en consecuencia, seremos incapaces de establecer la diferente gravedad que hay entre unas y otras. Todo será igual de grave y todo nos parecerá igual de poco en caso de tener que determinar su castigo”<sup>1</sup>*

El suceso que mejor ejemplifica este conflicto es el mediático y discutido caso de “La Manada”, al que haré referencia en el apartado II de este trabajo, donde hubo una gran división de opiniones sobre si se trataba de un abuso o de una agresión hacia la víctima. El gran descontento social provocado por la calificación en primera sentencia

---

<sup>1</sup> Solar Calvo, P. Abuso vs. Agresión ¿Es esto lo importante? **LegalToday**, 2020, (disponible en <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/abuso-vs-agresionbr-es-esto-lo-importante-2019-11-08/>) Consultado el día 22/4/2021

como abuso dio paso a la petición de una reforma de los delitos sexuales. Es aquí donde aparece el nuevo borrador del anteproyecto de reforma de ley conocido coloquialmente como “*La Ley del Solo Sí es Sí*”, en el que uno de los puntos que de mayor discusión, entre otros, para los juristas y para el sistema legal fue la consideración del delito de abuso sexual como una agresión.<sup>2</sup>

Esta reforma tiene por objeto, de acuerdo con su artículo primero: “*La protección integral del derecho a la libertad sexual de todas las personas mediante la prevención y la erradicación de todas las violencias sexuales, que afectan a las mujeres de manera desproporcionada, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de género*”.<sup>3</sup>

El proyecto basa su concepto de violencia sobre la mujer en el inaplicado Convenio de Estambul, que la define en su artículo 3 como los actos de violencia basados en el género, provocando daños de tipo físico, sexual, psicológico.... incluyendo también las amenazas de realizar estos actos.<sup>4</sup>

Básicamente el cambio recogido en este nuevo proyecto es poner a la misma altura el delito de abuso sexual y el de agresión sexual, con una definición de violencia que podría considerarse demasiado amplia.

Otro de los puntos más discutidos con este proyecto es el consentimiento. Según el proyecto debe darse de forma expresa<sup>5</sup>, lo que causó gran revuelo debido a su literalidad, por lo que el Consejo Fiscal sugirió modificarlo aconsejando que debía

---

<sup>2</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 28 de octubre de 2020 pp. 1-92 Exposición de motivos, pág. 15: “*se elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona*”

<sup>3</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 28 de octubre de 2020 pp1- 92 Artículo 1

<sup>4</sup> Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Boletín Oficial del Estado número 137 p. 42946 a 42976. Artículo 3 a): “*por violencia contra la mujer se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada*”

<sup>5</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 28 de Octubre de 2020 pp1- 92. Disposición Final Quinta “*Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*” Título VIII Delitos contra la Libertad sexual. Siete “*Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto.*”

manifestarse por actos exteriores, concluyentes e inequívocos ya que el consentimiento de esta forma expresa no se suele dar en situaciones prácticas.<sup>6</sup>

Lo que nuestro Código Penal actual refleja sobre estos delitos es la inexistencia del consentimiento para que se produzca el hecho punitivo<sup>7</sup>. Independientemente de la concurrencia de otros factores, si este no está presente se estará cometiendo el hecho típico (ya sea abuso o agresión), aunque quizás el mayor problema del código es no dar una definición clara de como debe ser esta voluntad (expresa o tácita). La jurisprudencia entiende que siempre que sea negativo por parte de la víctima será un hecho típico, pero que deberá expresarse de forma clara, como vemos en la STS 238/2007, de 21 de marzo de 2007: *“en estos posibles casos de ausencia de consentimiento, es preciso, de un lado, que conste con claridad la negativa de la víctima a los actos sexuales, y de otro que se produzca de forma que pueda ser adecuadamente percibida por el autor. Lo que importa es que se perciba con claridad que el consentimiento no se presta libremente, sino bajo las concretas circunstancias fácticas, que pueden ser muy variables”*.

La propuesta del proyecto resulta de muy difícil aplicación de acuerdo a la ley. En ello están de acuerdo expertos de derecho tales como Miguel Pasquau (2018) magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA) que explica lo siguiente :

*“El sí explícito es un exceso retórico, ya que en el ámbito jurídico esto se referiría a que debería de existir una voluntad por palabras o por escrito, algo que en la realidad es casi inexistente y no se puede llevar al Código Penal. Por ello, de lo que hablaríamos realmente es de que exista en la relación un consentimiento tácito, por ende determina que para llevarlo al Código se haría de tal manera que no hace falta una oposición expresa para entender la falta de consentimiento, es decir la pasividad de la persona que sufre el acto, no significa consentimiento; sin embargo esto ya es así.”<sup>8</sup>*

---

<sup>6</sup> Guede, A. “Consentimiento, protección de menores, eliminar el delito de abuso. . . Así es la ley del 'solo sí es sí' que cuestiona el CGPJ” **20 Minutos**, 2021 (disponible en <https://www.20minutos.es/noticia/4598528/0/ley-libertad-sexual-consentimiento-expreso-proteccion-menores-eliminar-delito-abuso/>) Consultado el día 22/4/2021

<sup>7</sup> Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp 33987 a 34058, Art. 181.1 *“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.”*

Si bien es cierto que una unión del delito de abuso y agresión evitaría problemas probatorios, pues ya no habría de demostrar si hubo violencia o intimidación porque la agresión se habría producido, el problema que se plantearía ahora sería el castigo del delito con una mayor severidad de la que realmente tendría.

Otro problema adherido es que al considerar el delito como uno mismo, se puede llegar a provocar un cambio en la manera de actuar de los sujetos, que a sabiendas de que de una u otra forma, la penalidad será la misma optarán por ejercer un tipo más agresivo y violento hacia la víctima.<sup>9</sup>

## II. ABUSOS SEXUALES: CONCEPTO, EVOLUCIÓN Y TIPOS PENALES

### 1. Concepto jurídico del delito de abusos sexuales

Para dar una definición lo más concreta posible de este delito, nos centraremos en la que ofrece el vigente Código Penal recogido en el Título VIII “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual” capítulo II, artículo 181. Este define al reo del delito de abuso sexual como, “*El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona...*”<sup>10</sup>

En este tipo de delitos de naturaleza sexual, el bien jurídico que se busca proteger es la indemnidad y libertad sexual de la víctima, aunque no en todos los delitos de este Título VIII es el mismo, pues tenemos otros como el acoso sexual (184 CP); o la provocación sexual (185 CP) cuya protección no es tanto la indemnidad sexual de la

---

<sup>8</sup> Borraz, M. “La propuesta del Gobierno del «Solo sí es sí» en los delitos sexuales ya está en un convenio ratificado por Mariano Rajoy en 2014” **El diario**, 2018 (disponible en [https://www.el-diario.es/sociedad/propuesta-gobierno-sexuales-ratificado-espana\\_1\\_2022431.html](https://www.el-diario.es/sociedad/propuesta-gobierno-sexuales-ratificado-espana_1_2022431.html)) Consultado el día 25/4/2021

<sup>9</sup> Martialay, A. “El CGPJ aprueba por unanimidad el informe que critica los puntos clave de la Ley Montero del “solo sí es sí”. **El mundo**, 2021 (disponible en <https://www.elmundo.es/espana/2021/02/25/60378262fc6c83545d8b45d1.html>) Consultado el día 25/4/2021

<sup>10</sup> Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, 33987 a 34058. Artículo 181.1



comportamientos llevados a cabo sean en completa libertad individual de los partícipes.<sup>16</sup>

Sobre el ánimo libidinoso es importante su presencia en el delito ya que en ocasiones actos que parecen que pueden llevar algún tipo de connotación sexual, son interpretados de manera errónea. Véase el caso de la STS 396/2018, 26 de Julio de 2018, en la cual el actor “*Al intentar coger la llave del servicio de señoras, la rozó momentáneamente en la zona del pecho y de la cintura.*”, surgiendo así el conflicto de desvelar si hay o no una connotación sexual. Como se aprecia en el caso, y de igual manera hizo el tribunal, aquí el ánimo libidinoso o sexual no se llegó a demostrar, pues se requerían dos presupuestos: “*de una parte, un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual*” y “*De otra parte, el subjetivo o tendencial que se incorpora a la sentencia con la expresión del ánimo, o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro.*” En este caso, aunque sí hubo el elemento objetivo de contacto físico con la víctima, el elemento subjetivo referente a la obtención de una satisfacción sexual no se da, por ello no podía tener la consideración de abuso sexual.

Cabe hacer una importante matización respecto al contacto físico con la víctima, y es que si bien es un presupuesto necesario<sup>17</sup>, no significa que deba ser ejecutado por el autor de forma exclusiva, pues también se incluye como medio comisivo obligar al sujeto pasivo a realizarlo sobre su propio cuerpo.<sup>18</sup> Por tanto en este caso existe un contacto físico, pero no por parte del autor, sino de la propia víctima sobre sí misma que se encuentra obligada o engañada.

2º El segundo elemento, es que exista una ausencia de consentimiento<sup>19</sup> (esto también se da en la agresión; sin embargo, no se incluye de forma expresa en el

---

<sup>16</sup> Díez Ripolles, J.L. “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual” **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 2000 2.ª Edición, núm. 6 pp69-101. Pág 69

<sup>17</sup> STS 396/2018, 26 de Julio de 2018: “*el tipo penal del abuso sexual se configura en nuestro ordenamiento enmarcado en los siguientes requisitos: de una parte, un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual. (...) De otra parte, el subjetivo o tendencial que se incorpora a la sentencia con la expresión del ánimo, o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro.*”

<sup>18</sup> Amadeo Gadea, S. Código Penal. Parte Especial. Tomo I. Artículos del 138 a 233 (1º Edición), Madrid, Factum Libri, 2020, Pág 265

<sup>19</sup> Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987 a 34058 Artículo 181.1: “*Sin violencia, ni intimidación y sin que medie consentimiento*”

Código Penal debido a que el uso de violencia o intimidación presupone la falta de consentimiento). El sujeto activo realiza sobre la víctima el acto sin que esta haya dado su voluntad para ello, o habiendo obtenido este consentimiento de forma viciada (la víctima accede por error o porque no tiene opción).

Si el consentimiento se da por la persona de forma voluntaria y en pleno uso de sus capacidades no habrá hecho punitivo, pero si es adquirido mediante engaño o manipulación, sí que se darán los presupuestos necesarios para estar ante un delito de abuso<sup>20</sup>, puesto que en este caso dicho consentimiento no se toma como válido debido a que estaría viciado, es decir, se aceptó bajo unas condiciones que no eran reales a sabiendas que en cualquier otro caso no se habría accedido. Otro factor importante es que debe mantenerse siempre, antes y durante la relación sexual, pues en caso de que la otra parte exprese de forma clara que no quiere continuar y se haga caso omiso, se incurrirá en el hecho tipificado. Véase el caso de la SAP de Soria 232/2012, 15 de octubre de 2012: *“Indicándose por parte de D<sup>a</sup> Esmeralda que parara, pues sentía dolor, cosa a la que D. Plácido hizo caso omiso continuando penetrando con su pene la vagina de D<sup>a</sup> Esmeralda”*. Como se puede apreciar aquí, la exteriorización de la negativa de consentimiento y la continuación del acto por la otra parte es presupuesto suficiente para su consideración como abuso sexual, ya que se antepone los deseos del actor a la libertad sexual de la víctima.

3º- El último factor, y el más evidente, es que no medie ni violencia ni intimidación, debido a que esto puede hacer que cambie drásticamente el tipo de delito en el que nos encontramos.<sup>21</sup> En caso de que el tribunal aprecie que se llegó a producir alguna de estas dos acciones, lo que en un principio tenía la consideración de un delito de abuso sexual, pasará a un delito de agresión sexual cuyo castigo será mayor.

## **2. Evolución y reformas de la figura**

---

<sup>20</sup> Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, 33987 a 34058. Artículo 182: *“interviniendo engaño o abusando de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia sobre la víctima...”*

<sup>21</sup> Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987 a 34058 Artículo 182.1: *“Sin violencia, ni intimidación...(...)”*

El Título VIII del Código Penal actual de 1995, referente a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, ha sido objeto de 5 reformas de las cuales solo 4 son relevantes para este trabajo:

- LO 11/1999 de 30 de Abril
- LO 15/2003 de 25 de Noviembre
- LO 5/2010 de 22 de Junio
- LO 1/2015 de 30 de Marzo

El título vigente, denominado “*Delitos contra la Libertad e Indemnidad sexual*”, es relativamente nuevo, ya que si retrocedemos hasta el año 1973, este recibía el nombre de “*Delitos contra la Honestidad*”. En él encontrábamos reunido en el mismo capítulo el delito de abuso sexual; el delito de violación llamado “violación propia”, que requería el uso de la fuerza para yacer con una mujer; y el delito de “violación impropia”, en los casos en que la víctima fuera menor de 12 años o mujer privada de sentido<sup>22</sup>. Por otro lado la redacción de este delito de abusos sexuales era más pobre que la actual, no incluyéndose las agravantes de trastorno mental o prevalimiento, por ejemplo.<sup>23</sup>

No fue hasta la reforma de 1989, que el Título de “Delitos contra la Honestidad” pasó a denominarse “Delitos contra la Libertad Sexual”, pues se consideraba que este era el verdadero bien jurídico atacado.<sup>24</sup>

El código penal original de 1995 recogía el delito de abuso sexual de la siguiente manera: “1. *El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona, sera castigado como culpable de abuso sexual con la pena de multa, de doce a veinticuatro meses.*

*2. En todo caso, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten: 1.º Sobre menores de doce años. 2.º Sobre personas que se hallen privadas*

---

<sup>22</sup> Gavilán Rubio, M. Ob.cit. pág 74

<sup>23</sup> Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Boletín oficial del estado núm 297, de 12 de diciembre de 1973, pp 24004 a 24018. Artículo 430

<sup>24</sup> Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal Boletín Oficial del Estado núm. 148p. 19351 a 19358 Preámbulo: *supone sustituir la expresión «honestidad» por «libertad sexual», ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado.*

*de sentido o abusando de su trastorno mental. En estos casos, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.*

*3. Cuando el consentimiento se obtenga prevaleciéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima se impondrá la pena de multa de seis a doce meses.*"<sup>25</sup>.

Como se aprecia es una definición mucho más incompleta e incluso más rudimentaria o simple. También se contemplaba el acceso carnal y la penetración en el artículo 182, las situaciones de parentesco, vulnerabilidad, enfermedad o situación y por último un artículo 183 en el que se recogía el engaño para fines sexuales con mayores de 12 y menores de 16. En el tipo básico no se imponía la prisión para ningún caso, es a partir del acceso carnal o penetración cuando se comenzó a castigar con prisión por entenderse que adolece de una mayor gravedad.

Posteriormente con la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de Abril, se modificaron las penas, incluyendo la prisión para los delitos contemplados en el tipo básico también, y subiendo la edad de abusos a menores de 12 a 13 años. <sup>26</sup>

Después de esta reforma, llegó la LO 11/2003 de 25 de Noviembre, con la que se modificaron dos preceptos: el apartado 1 del artículo 182 en el cual se añadió que en caso de acceso carnal se valoraría como tal no solo la introducción de objetos, sino también la introducción de miembros corporales; y el apartado dos del artículo 183 que incluyó esta determinación<sup>27</sup>

Con la LO 5/2010 de 22 de Junio, se introdujeron numerosas reformas en materia de abusos sexuales. La primera fue la modificación del apartado dos del artículo 181 añadiendo el uso de fármacos y drogas que anulen la voluntad de la víctima. La segunda fue la creación de un nuevo apartado 4, que incluía el contenido del antiguo 182 referente al acceso carnal. El 182 por otro lado quedó para aquellos en los que

---

<sup>25</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado num. 281 pp 33987 a 34058 Art. 181, 182 y 183

<sup>26</sup> Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Boletín Oficial del Estado nº 104, de 1 de mayo de 1999 pp. 16099 a 16102. Art. 181

<sup>27</sup> Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado .núm. 283, de 26 de noviembre de 2003, pp. 41842 a 41875 Disposición Artículo único sexagésimo cuarto y quinto.

interviniera engaño con personas mayor de 13 y menor de 16. El 183 queda para los abusos a menores junto con el 183 bis dentro de un nuevo Capítulo II bis.<sup>28</sup>

La última reforma sobre este delito se produjo en el año 2015 con la LO 1/2015 de 30 de Marzo, en la cual aumentó en todos los delitos de menores donde se contemplaba la edad de 13 años a 16.<sup>29</sup>

### **3. Formas de comisión y agravantes**

Respecto al delito de abuso sexual el Código Penal recoge los siguientes tipos:

#### **A) Tipo Básico:**

Este tipo queda recogido en el artículo 181.1 explicado en el punto anterior. Los presupuestos son la falta de consentimiento y ausencia de violencia o intimidación sobre la víctima. Es el delito base desde el cual van a cometer los distintos tipos a continuación expuestos.

#### **B) Abusos sexuales “no consentidos”**

Para que el delito de abuso se entienda cometido debe producirse sin el consentimiento de la víctima, esto es un condicionante básico, pero los abusos sexuales no consentidos es la denominación dada para los distintos medios comisivos del delito. Entre estos tenemos, la privación de sentido de la víctima o el padecimiento de un trastorno mental del que el actor se vale para realizar el acto.<sup>30</sup> También se recogen como abusos aquellos casos en los que la voluntad de la víctima es anulada mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia, algo que como veremos a continuación, y en el informe del consejo (apartado III de este trabajo), ha sido objeto de una gran reflexión respecto a su posible consideración como agresión sexual.

<sup>28</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado núm. 152, de 23 de junio de 2010, pp 54811 a 54883 Artículo único, Cuadragésimo tercero, Cuadragésimo cuarto, Cuadragésimo quinto

<sup>29</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado. núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp 27061 a 27176 Artículo uno noventa y siete y noventa y ocho

<sup>30</sup> Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp 33987 a 34058, Artículo 181.2: *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”*

La base de la que parte este tipo no consentido es una: la víctima no debe ser consciente de lo que está ocurriendo, independientemente del motivo.

En este caso pueden ser tres motivos:

1ª- Privados de sentido

2º- Trastorno mental

3º- Anulación de la voluntad por uso de sustancias

B.1 -Respecto al primero, privación de sentido. Se considera un abuso sexual ya que aquella persona que se encuentra en esta situación no es capaz de consentir, y si lo hiciera no sería válido, incluso aunque lo hubiera prestado antes de caer en este estado. Para que se produzca la privación del sentido la víctima debe estar carente de forma momentánea de su capacidad de discernimiento o racionalización, de forma total o parcial, impidiéndole así poder tomar una decisión en el plano sexual.<sup>31</sup> Por esto se asimila a los casos de pérdida del conocimiento o anulación por uso de sustancias o de trastorno mental. La privación del sentido puede darse por causas no patológicas como puede ser el sueño, la embriaguez<sup>32</sup> o incluso casos de hipnosis o amnesia.<sup>33</sup>

B.2 -Respecto al trastorno mental. En estos casos no basta con un trastorno o enajenación mental cualquiera, es necesario que dicho trastorno anule la capacidad de decisión de la víctima<sup>34</sup> en este plano y le impida tomar decisiones coherentes sobre las acciones que se llevan a cabo. En el caso de una enajenación mental transitoria, será necesario que esta ocurra en el momento en que el delito se llevó a cabo, o que la gravedad de la enfermedad sea tal que a pesar de ser consciente no pueda resistirse ni defenderse.

---

<sup>31</sup> Amadeo Gadea, S. Ob. Cit. Pág. 267

<sup>32</sup> SAP de Santander 44/2019, 13 de marzo de 2019: *no se quiere decir con ello que la víctima se encuentre totalmente inconsciente o inerte, pues dentro de esta expresión del tipo legal se pueden integrar también aquellos supuestos en los que existe una disminución apreciable e intensa de las facultades anímicas que haga a la víctima realmente inerte a los requerimientos sexuales, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios*

<sup>33</sup> SAP de Segovia 4/2021 15 de marzo de 2021: *todos los testigos reconocen su intensa embriaguez que la sala considera se vio potenciada por la ingesta de benzodiazepinas, puesto ese a que Serafina lo ha negado, las pruebas toxicológicas que se le realizaron detectaron la ingesta de Floxetina y Lorazepam; así como cannabis*

<sup>34</sup> Benítez Ortuzár, I.F; Del Rosal Blanco B.; Morillas Cuevas L.; Olmedo Cardenete, M.; Peris Riera, J.; Sáinz-Cantero Caparrós, J.E, Ob. Cit. Pág 247

Respecto al trastorno mental grave podemos observar el ejemplo de la STS 558/2015, 30 de Septiembre de 2015 en la cual la víctima de 23 años sufría un padecimiento que hacía que su edad mental no superara los 12 y con un gran déficit mental, *“déficit que la hace una persona fácilmente sugestionable y de intensa credulidad, y que debido a su déficit intelectual no tiene capacidad para dar su consentimiento en las relaciones sexuales”*. En estos casos el actor se aprovecha del padecimiento de la víctima para abusar de dicha situación.

El trastorno mental también debe provocar que la víctima sea incapaz de defenderse. Véase por ejemplo el caso de la SAP de Navarra núm. 757/2014, 18 de Junio de 2015, donde un menor con una discapacidad psíquica superior al 33% :*“tiene disminuida su capacidad para defenderse y reaccionar adecuadamente ante situaciones problemáticas o de las que no tiene una adecuada comprensión, no teniendo un adecuado conocimiento de las conductas de naturaleza sexual”*. En este caso el sujeto activo no solo se aprovecha del trastorno mental de la víctima para engañarla, sino que se aprovecha de su incapacidad para defenderse.

Por último puede darse el caso de que el sujeto pasivo padezca un trastorno, pero que no adolezca de una gravedad que le impida ser consciente de los actos que se llevan a cabo. En este caso el delito no se dará por este trastorno, sino por factores externos. Véase por ejemplo el caso de la STS 1308/2005, 30 de Octubre de 2005, en el que una trabajadora que sufría un retraso mental leve, accedió a tener relaciones sexuales con el encargado del lugar de trabajo: *“Ninguno de estos contactos fue querido por la víctima quien sólo accedió a ellos pro diversos miedos, entre ellos que el acusado la pegara o que la despidiera del trabajo”*. Aquí tenemos una persona que es disminuida mentalmente, pero esto no perjudica su capacidad de discernimiento siendo consciente de los hechos que se están llevando a cabo; sin embargo, el fallo del tribunal es declararlo, erróneamente a mi juicio, como un abuso sexual por el hecho de que consideraban que el imputado se encontraba en una posición mentalmente superior a la de la víctima. Esto es un claro ejemplo de un problema que trataré posteriormente en este trabajo, la diferenciación del abuso con prevalimiento de situación y la agresión sexual por intimidación.

B.3- Respecto de los últimos, uso de sustancias que desinhiben la capacidad de decisión y autodeterminación, se nos presenta un tema de mayor conflicto. En caso de que las víctimas expresen su consentimiento y estén bajo la influencia grave de estas sustancias, este se entiende no prestado, pues su estado no les permite ser plenamente

capaces de consentir debido a que su situación se asemeja a los de pérdida del conocimiento. El problema surge cuando es el propio actor quien le introduce estas sustancias al sujeto pasivo con el objetivo de provocar en ella tal estado y conseguir el fin sexual. Esto recibe el nombre de “sumisión química”, y consiste en el suministro de sustancias psicoactivas con el fin de desorientar a la persona para poder manipular su voluntad quedando de esa forma a merced del autor.<sup>35</sup> El cambio que se plantea es considerar esta sumisión química como un tipo de agresión sexual más que un abuso, ya que se está suministrando un fármaco sin el consentimiento ni conocimiento de la otra parte, para que de esa forma caiga en un estado letárgico o de pasividad mental y acceda a todo lo que el suministrador desee. Se define como abuso, puesto que se asimila a los estados nombrados anteriormente (inconsciencia, embriaguez o trastorno mental) en los cuales la víctima es incapaz de consentir, pero en este caso dicho estado no es por causas naturales o un estado que ella misma se ha provocado sino que ha sido inducido por quien se pretende aprovechar de ella.<sup>36</sup>

Un caso que ejemplifica muy bien esto es el de la SAP de Valencia 71/2018, 10 de febrero de 2018, donde un grupo de chicos introducen una sustancia desconocida en la copa de una joven que produjo en ella que un estado de letargo o semi-inconsciencia, para después proceder a penetrarla vaginal y bucalmente. En este caso el fallo fue culpar a los tres chicos de un delito de abusos sexuales ya que al inducir a la chica en este estado, quedó incapacitada para consentir; sin embargo, a mi juicio, considerar esto un abuso es un error producido por una interpretación errónea y demasiado literal de la ley en la que se está asimilando los casos del artículo 181.2 a este en particular, que debería considerarse como una agravante contemplada en el artículo 180 de las agresiones sexuales o incluso una forma de comisión de la propia agresión, pues debe entenderse que el suministro contra voluntad de una sustancia química o droga es un tipo de violencia que atenta contra la vida de la persona, no solo por la introducción sin consentimiento, sino por el desconocimiento de los efectos que dicha droga puede tener sobre el organismo de la víctima, que podría en casos extremos provocarle la muerte. Esto fue una recomendación hecha en 2017 por la Comisión de Estupefacentes de la Naciones Unidas pidiendo a los Estados que

---

<sup>35</sup> Isorna Folgar, M; Rial Boubeta, A., “Drogas facilitadoras de asalto sexual y sumisión química”. *Salud y Drogas.*, 2015, núm 2, vol.15 pp 137-150. Pág 138

<sup>36</sup> Sancho de Salas M. “Sumisión química con finalidad sexual: nuevos aspectos legales” . *Revista Española de Medicina Legal*, 2012, nº38, pp 1-2. Pág 1: “... puesto que se considera responsable de abuso sexual por ausencia de consentimiento de la víctima al que se aprovecha de la privación de sentido, sin distinguir si la privación es ajena a la actuación del autor o si ha sido provocada por este con la finalidad de facilitar la consecución de su objetivo”

contemplaran estos hechos como circunstancias agravantes de una agresión sexual,<sup>37</sup> aunque todavía no se ha llevado a cabo en España.

### C) Abusos sexuales de prevalimiento

El delito de abuso con prevalimiento queda recogido en el artículo 181.3<sup>38</sup> del Código Penal. Son aquellos casos en los que la obtención del consentimiento no tiene validez debido a que el autor se ha prevalecido de una posición de superioridad moral manifiesta que ha coartado la voluntad de la víctima, sintiéndose ella obligada a la realización de este acto. Estos no quedan limitados solo a personas menores de edad sino también entre adultos en cuya relación existe una parte que se encuentra en una situación inferior respecto de la otra, teniendo restringida su capacidad de decisión y autodeterminación y siendo aprovechada por la parte activa para conseguir el fin libidinoso.<sup>39</sup> Esta situación de superioridad se suele dar cuando el actor se encuentra en una posición de supremacía o mayor jerarquía respecto de la víctima (ámbito laboral por ejemplo); sin embargo, una parte de la doctrina<sup>40</sup> considera que no es necesaria una relación de inferioridad con el sujeto pasivo, ni una situación de vulnerabilidad o indefensión, simplemente es suficiente con la situación de ascendencia del sujeto respecto a la víctima.<sup>41</sup>

Aquí también se produce un conflicto conceptual entre la relación de superioridad que provoca una posición de sometimiento a la víctima, y la intimidación propia de las agresiones sexuales. Se ha optado por resolver este conflicto en favor de la agresión sexual, siempre y cuando el autor utilice de forma consciente esta situación

<sup>37</sup> Comisión de Estupefacientes de Naciones Unidas. (2018, julio). Informe sobre el 53<sup>o</sup> período de sesiones (N.º 53). Naciones Unidas. Resolución 53/7 punto sexto: “*Reconociendo que la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefaciente, en su informe anual correspondiente a 200958, señaló a la atención de los gobiernos el uso creciente de sustancias psicoactivas para facilitar la agresión sexual y otros delitos*”

<sup>38</sup> Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987 a 34058 Artículo 181.3: “3. *La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima* “

<sup>39</sup> Amadeo Gadea, S. Ob. Cit Pág. 267

<sup>40</sup> Benítez Ortuzár, I.F; Del Rosal Blanco B; Morillas Cuevas L; Olmedo Cardenete, M; Peris Riera,J; Sáinz-Cantero Caparrós, J.E Ob. Cit. Pág 248

<sup>41</sup> STS 3590/2016 14 de Julio de 2016,: *Para el diccionario, prevalecerse es valerse o servirse de una calidad que confiere una posición de privilegio o depara alguna ventaja. En consecuencia, en el caso actual la doble circunstancia de la diferencia de edad y la relación cuasifamiliar, es la que determina el prevalimiento, sin que esta última relación deba configurar una causa autónoma de agravación genérica.*

de superioridad respecto de la víctima como forma para coartar su voluntad, pues en este caso la víctima da su consentimiento (viciado) ya sea de forma expresa o tácita. Es decir, mientras que con el prevalimiento la víctima tiene su capacidad de decisión restringida y accede a dar su voluntad, en la intimidación el miedo a un mal grave e inminente por parte del actor provoca que no tenga ninguna capacidad decisoria (véase el caso de la manada ejemplificado en el punto 2 de este apartado posteriormente).

Atendiendo a la jurisprudencia se considera que es necesaria la concurrencia de tres elementos para que se de este delito<sup>42</sup>:

1º) Situación de superioridad, que ha de ser manifiesta.

2º) Que esa situación influya, coartando la libertad de la víctima.

3º) Que el actor, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos coaccionadores sobre la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento viciado a la relación sexual.

Dentro de estos delitos podemos incluir también el recogido en el artículo 182.1, que se refiere a aquellos que mediante engaño, o abusando de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia realicen actos de carácter sexual con mayores de 16 y menores de 18. Son los llamados abusos fraudulentos.<sup>43</sup>

Como vemos en este caso tenemos dos tipos:

1º El engaño: Hacer pasar lo falso, por verdadero para conseguir el fin típico. Es necesario una acción embaucadora que provoque el error en la víctima y acceda al acto, y por supuesto dos intenciones, una de índole sexual y otra de ánimo engañoso, que debe ser determinante a la hora de realizarlo<sup>44</sup>, es decir, que gracias a él se acceda, ya que sí ambas partes querían participar en la relación y uno de ellos miente

---

<sup>42</sup> STS 1518/2001, de 14 de septiembre: *concurrieran en la obtención del consentimiento para la relación sexual las tres exigencias que el texto legal establece: 1º) situación de superioridad, que ha de ser manifiesta, 2º) que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima, y 3º) que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual.*

<sup>43</sup> Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987 a 34058 Artículo 182.1: *El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.*

dicho fraude no tendrá trascendencia para el hecho ni para la otra parte, y por tanto no se incurrirá en ningún delito. El engaño también se da en los delitos de prostitución y explotación sexual, en los que la víctima (adulto o menor) es embaucada por el actor debido principalmente a una situación de necesidad. En estos casos tenemos por lo general dos presupuestos principales que agravan la situación, la vulnerabilidad de la víctima y las condiciones abusivas<sup>45</sup> en las que se encuentra, siendo el sujeto activo quien la obliga o induce a que realice este tipo de actos.<sup>46</sup>

2º – Posición privilegiada: La anterior redacción de este artículo penaba el abuso sobre mayores de 13 años y menores de 16; sin embargo, tras la reforma de Ley Orgánica 1/2015 la edad aumento de 13 a 16 y se introdujo ya no solo el engaño sino también la llamada “Situación de abuso de posición de reconocida confianza, autoridad o influencia de la víctima”. En estos casos el actor puede cometer este delito porque se encuentra en una posición “privilegiada” respecto a la víctima, pues tiene una mayor cercanía con ella ya sea por la confianza o por la autoridad sobre ella. A diferencia del abuso por prevalimiento reflejado en el 181.3, que anula la voluntad de la víctima provocando sobre ella el consentimiento viciado o la pasividad, en este caso la víctima no se siente coaccionada a realizar el hecho, lo realiza porque quiere de plena voluntad, siendo engañada o incitada por esta persona debido a la influencia que se posee sobre ella. Es lo que se conoce por “prevalimiento sin coerción”<sup>47</sup>, es decir, sin coaccionar la voluntad de la víctima de ninguna forma, pero aprovechando la posición privilegiada sobre ella.

#### **D) Agravantes**

Para finalizar este capítulo II de los abusos sexuales hablaré de los artículo 181.4 y 181.5 del Código Penal donde se recogen las agravantes de este delito.

---

<sup>44</sup> STS 1229/2011, de 16 de Noviembre “*la determinación de la idoneidad del engaño ha de estar fijada, no con arreglo a parámetros universales, sino atendiendo a las circunstancias personales de quien presta su consentimiento para un acto sexual que, en otras circunstancias, no habría consentido. Ese engaño, pues, ha de ser determinante, en términos de causalidad jurídica, de la prestación del consentimiento.*”

<sup>45</sup> Vázquez Iruzubieta, C. Comentarios al Código Penal (Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, 30 marzo y 2/2015, 30 de marzo), 2015, Vlex, pág 463 (disponible en <https://app--vlex--com.ual.debiblio.com/#sources/12899>) Consultado el día 12/5/2021

<sup>46</sup> Vázquez Iruzubieta, C. Ibidem, Pág 464

<sup>47</sup> Benítez Ortuzár, I.F; Del Rosal Blanco B.; Morillas Cuevas L.; Olmedo Cardenete, M.; Peris Riera,J.; Sáinz-Cantero Caparrós, J.E Ob. Cit. Pág 251

- El primer artículo, el 181.4, dice así: “*En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.*”

Los casos anteriormente vistos se tratan de la realización de actos físicos de contenido sexual, pero cuando la producción de dichos actos consiste en penetraciones por cualquiera de las vías citadas, estaremos ante la agravante de acceso, pues dicha comisión es objeto de una mayor reprochabilidad que un mero tocamiento. Generalmente se entiende que es el actor el que somete a la víctima y la obliga a soportar el acto penetrando a esta, pero también puede darse el caso contrario en el cual obliga a la víctima a realizarle el acceso a él, es decir, puede existir penetración por parte de la víctima hacia el sujeto activo.<sup>48</sup> Por tanto lo que aquí se castiga es que el acto de la accesión o penetración, se realice sin el consentimiento de una de las partes.

- El segundo, recogido en el artículo 181.5 dice así: “*Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3. a o la 4. a, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código*” (es decir, especial vulnerabilidad de la víctima ya sea por edad, enfermedad discapacidad y demás; o por relación de parentesco o superioridad o afines con la víctima)<sup>49</sup>

Esta agravante basa su penalización en la vulnerabilidad de la víctima, entendiendo que el actor puede aprovecharse de esta situación de vulnerabilidad sobre ella para facilitar la comisión del acto. Se castiga el hecho de que el sujeto activo se está usando una ventaja o superioridad sobre la víctima, ya que se produce un desnivel entre ambas partes en la cual una tiene una manifiesta posición de inferioridad por la cual su capacidad de decidir libremente se encuentra restringida y es aprovechada por la otra.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> STS 2663/2018 6 de Julio de 2018 “*si hay acceso no solo cuando el sujeto activo del delito accede, sino también cuando obliga al sujeto pasivo a acceder*”

<sup>49</sup> Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987 a 34058 Artículo 181.4y 181.5

<sup>50</sup> Cabrera Martín, M. La victimización sexual de menores en el Código Penal español y en la política criminal internacional Madrid, Dykinson, 2019, pág 110

#### **4. Comparativa con el Delito de Agresiones Sexuales y Abusos y Agresiones a Menores**

En el siguiente apartado expondré las diferencias existentes entre el delito de abuso sexual con otros delitos de la misma naturaleza recogidos en el Código Penal. Estos delitos se encuentran en el Título VIII “Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales”. Aunque este Título cuenta con seis capítulos, solo trataré el Capítulo I de la Agresión Sexual y el Capítulo II Bis de los Abusos y Agresiones a menores pues son estos los que mayor conflicto en su distinción pueden causar, ya que el resto son delitos que poco o nada se asimilan con el Abuso Sexual.

##### **A) Comparativa con el delito de agresión sexual**

Respecto al delito de agresión sexual existe una gran confusión con el delito de abuso, llegando en algunos casos, a producirse error a la hora de identificar si estamos ante uno u otro. Si atendemos al concepto dado por el Código Penal en su artículo 178 encontramos la siguiente definición “*El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como reo de una agresión sexual...*”

Analizando en profundidad esta definición encontramos que los presupuestos necesarios que han de darse, a diferencia del abuso son dos: el uso de violencia, entendiéndose según la STS 584/2007, 27 de Junio de 2007 como: “*el acometimiento, coacción o imposición material, que implica una agresión real más o menos violenta sobre la víctima dirigida a vencer y doblegar por el ejercicio de la fuerza física la oposición y resistencia de la víctima*”; o intimidación, la cual según se define en la STS 1162/2004, de 15 de Octubre de 2004 que debe ser: “*de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado*” además de grave, inmediato y determinante. El consentimiento en este caso no es necesario mencionarlo, ya que al ejercer esta violencia o intimidación se presupone que no existe consentimiento por parte de la víctima.

Especial mención hay que hacer a los casos de BDSM (bondage, discipline, dominance, submission, sadomasochism) o sadomasoquismo que de acuerdo al psicólogo Rafael Ballester Arnal (2014):

*“El sadismo es una desviación sexual que consiste en encontrar placer en causar un dolor o un daño a la otra persona. En la medida en que se percibe que la otra*

*persona lo está pasando mal, el goce sexual es mayor. La persona recibe más placer cuanto más dolor y humillación sufre el otro”*<sup>51</sup> .

El principal motivo por el que estos actos no se tipifican es porque se consideran una práctica sexual voluntaria por ambas partes y por tanto no cabe ilícito salvo en casos en los que como hemos visto anteriormente, el consentimiento sea revocado por alguna de las partes antes o durante la relación, o cuando se incluyan en estas terceros, adultos o menores, que no quieran o no deban participar en el acto en cuyo caso hablaremos de una agresión sexual. Véase el caso de la STS 674/2018, 19 de diciembre de 2018, en el que un matrimonio habituado a este tipo de prácticas, las realizaban incluyendo también a sus hijos.<sup>52</sup>

Volviendo a la agresión, es la ausencia de esta violencia o intimidación lo que divide ambos delitos. El motivo es penalizar de forma más grave a aquel que sí se valga de estos elementos para llevar a cabo sus propósitos, pues el uso de violencia o intimidación facilita la comisión del delito y es considerado por el ordenamiento, de un mayor reproche y por tanto de una mayor penalización que aquellos que meramente actúen contra la libertad de la víctima<sup>53</sup>. El acceso carnal, por ejemplo, es algo que puede producirse en ambos casos y esto siempre agravará los hechos. En caso de que se produzca dicho acceso con violencia e intimidación el sujeto activo estará incurriendo en un tipo agravado, definido en el artículo 179 como delito de violación. Este acceso se puede dar por vía vaginal, anal o bucal e incluso mediante la introducción de miembros u objetos por alguna de las dos primeras vías.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Ballester Arnal R., 'Hay que permitir la libertad sexual, pero en el comportamiento humano también hay límites'/Entrevistado por Vilar M., **Levante El Mercantil Valenciano**. 2014 Disponible en (<https://app--vlex--com.ual.debiblio.com/#/search/jurisdiction:ES/Ballester+Arnal+R.+%27Hay+que+permitir+la+libertad%C2%A0sexual%2C+pero+en+el+comportamiento+humano+tambi%C3%A9n+hay+un+C3%ADmites%27/WW/vid/522490754>) Consultado el día 6/5/2021

<sup>52</sup> STS 674/2018, 19 de diciembre de 2018: *en el curso de tal relación consensuaron servirse además, de sus respectivos hijos, para procurarse una mayor satisfacción: Palmira, de 8 años de edad, nacida del matrimonio de la acusada; y Juan Carlos y Pedro Francisoc, de 3 años de edad, nacidos del matrimonio del acusado*

<sup>53</sup> STS 216/2019, 24 de abril de 2019: *mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien ésta sea violenta bien lo sea de carácter intimidatorio.*

<sup>54</sup> Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987 a 34058 Artículo 179: *Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años.*

La única similitud que podemos encontrar respecto a estos dos delitos, al menos de forma teórica, es en las agravantes contempladas en el artículo 180, que son aplicables en ambos casos tan solo en dos números: el número 3º (cuando la víctima sea especialmente vulnerable por edad, enfermedad, discapacidad o situación) y el número 4º (relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines a la víctima).<sup>55</sup>

Para poder ofrecer un punto más práctico respecto a la división conceptual entre ambos tipos de delitos analizaré la sentencia que mejor la ejemplifica, el mediático caso de “La Manada”. Este acontecimiento provocó una división de opiniones sobre la consideración de si se trataba de un delito de agresión sexual o abuso, lo que hizo que llegara al Tribunal Supremo para discernir el conflicto. Fue debido a este suceso que empezó el trámite para una reforma referente a la protección de la libertad e indemnidad sexual.

En el caso, cinco hombres fueron acusados en un primer momento de un abuso sexual con prevalimiento hacia una joven. El hecho fue grabado en vídeo, lo que se utilizó posteriormente como prueba.

La Audiencia Provincial de Navarra, consideraba que de lo que se trataba aquí era un abuso sexual con prevalimiento y abuso de superioridad<sup>56</sup>, con agravante por acceso carnal, dado que hubo penetración por parte de los acusados, tipificados en los artículos 181.3 y 4; sin embargo, las acusaciones pública, popular y particular consideraban que esto era un caso de delito continuado de agresión sexual (se considera continuado de acuerdo a nuestro Código Penal artículo número 74.1 “...*el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza*”)

Una de las razones por las que no se condenó en la Audiencia Provincial a los asaltantes como reos de un delito de agresión fue, en primer lugar, porque no encontraron pruebas que justificaran la existencia de violencia física, ya que según

---

<sup>55</sup> Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987 a 34058 Artículo 180

<sup>56</sup> SAP 000038/2018, Navarra, 20 de marzo de 2018 “*en este video a cuya valoración nos remitimos , evidencia caracterizadamente la situación de prevalimiento y abuso de la superioridad, sobre la denunciante por parte de los procesados ; muestra de modo palmario que aquella está sometida a la voluntad estos , quienes la utilizan como un mero objeto, para satisfacer sobre ella sus instintos sexuales.*”

dice la SAP 000038/2018 de Navarra, 20 de marzo de 2018: “.. *La jurisprudencia de esta Sala ha considerado en general que la violencia a la que se refiere el artículo 178 del Código Penal , ha de estar orientada a conseguir la ejecución de los actos de contenido sexual, (...) equivale al empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima ( STS núm. 409/2000, de 13 de marzo ) y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse según su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y tácticas concurrentes en el caso concreto, sin que sea necesario que sea irresistible desde un punto de vista objetivo, pues no es exigible a la víctima que ponga en riesgo serio su integridad física o incluso su vida en defensa de su libertad sexual*”. En este caso se consideraba que no había sido probado el empleo de un medio físico que doblegara la voluntad de la víctima.<sup>57</sup>

Por otro lado, respecto de la intimidación, tampoco se consideraba presente en el caso, pues como enunció la sentencia,<sup>58</sup> para considerar que existió intimidación debe haber una amenaza de un mal que sea grave, futuro y verosímil y que fuerce el consentimiento. Posteriormente explica lo siguiente: “*En las concretas circunstancias del caso, no apreciamos que exista intimidación a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual , como medio comisivo , que según se delimita en la constante doctrina que acabamos de reseñar, requiere que sea previa, inmediata grave y determinante*”.

Según la Audiencia Provincial el hecho de que no hubiera una violencia de suficiente gravedad para considerar que doblegó la voluntad de la víctima, y no entender que existiera intimidación pues no cumplía las condiciones para definirla así, fue el razonamiento seguido para de forma bastante arriesgada y quizás errónea culpar a estos agresores de un delito de abuso sexual con prevalimiento. La argumentación que dieron sobre el prevalimiento fue la siguiente: “*En el caso que nos ocupa, todos los procesados mediante su actuación grupal, conformaron con plena voluntad y conocimiento de lo que hacían, un escenario de opresión, que les aportó una situación de manifiesta superioridad sobre la denunciante, de la que se*

---

<sup>57</sup> SAP 000038/2018, Navarra 20 de marzo de 2018: “*Las acusaciones no han probado el empleo de un medio físico para doblegar la voluntad , que (...) implica una agresión más o menos violenta...*”

<sup>58</sup> SAP 000038/2018, Navarra 20 de marzo de 2018 “*... La jurisprudencia ha entendido que la intimidación consiste en la amenaza de un mal, que no es imprescindible que sea inmediato ( STS nº 914/2008, de 22 de diciembre ), bastando que sea grave, futuro y verosímil, ( STS nº 355/2015, de 28 de mayo ) (...). También se ha exigido en esos delitos que la intimidación sea seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado.*

*prevalieron , provocando el sometimiento y sumisión de la denunciante, impidiendo que actuara en el libre ejercicio de su autodeterminación en materia sexual, quien de esta forma no prestó su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.”*, es decir, al haber actuado de forma conjunta contra la chica, se interpretó que se encontraban en una posición de superioridad sobre ella de la que se valieron para poder ejecutar el acto. La chica, según explicó la sentencia, no estaba intimidada sino presionada por el número de actores.

El caso causó un gran revuelo mediático, pues se entendía que era una agresión sexual en toda regla, incluso parte de la doctrina ha llegado a indicar el error que cometió la Audiencia Provincial, alegando que dichos actos debieron contemplarse como violación recogida en el 179 del Código Penal, ya que si analizamos los hechos y se interpretan en el marco de una situación de superioridad de fuerzas sobre la chica, puede constituirse el elemento de la intimidación<sup>59</sup>, así que dicha sentencia fue recurrida llegando hasta el Tribunal Supremo donde la condena fue totalmente opuesta a la dictada por la Audiencia Provincial, siendo esta de 15 años de prisión para los cinco procesados, culpándolos de un delito de continuado de violación. El razonamiento seguido por el Tribunal Supremo fue el siguiente:

En primer lugar el Tribunal Supremo interpretó que la pasividad tomada por la chica tiene su origen en el miedo causado por su estado de vulnerabilidad ante los 5 miembros, lo que según explica la STS núm. 344/2019 4 de julio de 2019 : *“esta especial vulnerabilidad no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad adecuada al concreto escenario donde se desarrolla la agresión sexual”*, considerando por tanto que esta pasividad no es lo mismo que consentimiento, es decir, el aprovechamiento de esta situación de superioridad provoca conseguir el consentimiento que de otro modo no se habría dado, lo que coarta su libertad sexual<sup>60</sup>. Esto unido a los siguientes motivos: *“La presencia de los cinco acusados, previamente concertada, supone una acusada superioridad para poder llevar a cabo el plan buscado”*; *“la diferencia de edad de los agresores con la víctima, la fuerte complexión física de todos los autores, el lugar recóndito, angosto y sin salida donde tuvieron lugar los hechos, la situación de embriaguez en que se encontraba la víctima”*; *“la intervención de los cinco procesados en la violación*

---

<sup>59</sup> Acalé Sánchez M.; Faraldo Cabana P.; Rodríguez López S.; Fuentes Loureiro, M.A, “La Manada, un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España” Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, pág 20

<sup>60</sup> Acalé Sánchez M.,; Faraldo Cabana P.; Rodríguez López S.; Fuentes Loureiro M.A, *Ibidem* Pág 261

*múltiple supone, no solo una intensificación de la intimidación sufrida por la víctima, sino también, una mayor impunidad”, esto provocó en la víctima un bloqueo psicológico que hizo que no pudiera actuar.*

A ello hay que sumarle las agravantes del 180 1º y 2º de hechos especialmente vejatorios y actuación conjunta de dos o más personas, lo que no deja duda a que incluso sin modificar el relato de los hechos probados en la Audiencia Provincial, lo que aquí se trata es de una intimidación que trajo consigo una agresión sexual (violación).<sup>61</sup>

Por último la sentencia decide declarar que hubo una intimidación ambiental definida como una intimidación *“que más allá del abuso de superioridad que vicia el consentimiento, no permiten la formación de este porque anulan la capacidad de prestarlo (...) por la concurrencia de más de un sujeto activo y, por otra parte, la desigualdad o gran diferencia de edades entre la persona agresora y la persona agredida”*<sup>62</sup>

Para finalizar a modo de reprimenda hacia la Audiencia Provincial *“que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima .”*

Como vemos este caso demuestra de una manera bastante clara el conflicto existente entre este tipo de delitos de abuso y agresión sexual, en particular entre el abuso sexual con prevalimiento de situación y la agresión sexual con intimidación.

## **B) Comparativa con el delito de abusos y agresiones a menores de 16 años**

En segundo lugar tenemos el delito de abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años. Dicho delito queda recogido en el artículo 183 del Código Penal dentro de un Capítulo II bis, pues en la comisión de estos dos delitos las condiciones y características son muy similares a las del abuso y la agresión salvo por un detalle, el sujeto pasivo que sufre la acción es menor de 16 años. En los supuestos anteriores

<sup>61</sup> Acalé Sánchez M.; Faraldo Cabana P.; Rodríguez López S.; Fuentes Loureiro, M.A Ob. Cit. Pág 266

<sup>62</sup> Espuny Tomás, M. J; Vallés Muñío, D.; Velo I Fabregat, E., “La investigación en derecho con perspectiva de género”, Madrid, Dykinson, 2020. pág 314

todas las víctimas eran adultos o mayores de 16, en este caso lo que se está penando es cualquier acto de índole sexual cometido con un menor.<sup>63</sup>

En el apartado segundo del mismo artículo se explica que cuando estos actos lleven aparejados la violencia o intimidación, o se usaren estos para hacer que participe en actos de esta naturaleza con un tercero o consigo estaremos ante un delito de agresión sexual.<sup>64</sup>

Respecto al bien jurídico protegido, bien se podría entender que es la libertad sexual, pero en el caso de los menores y los incapaces se enfoca más a la indemnidad, es decir, a no sufrir daños en su desarrollo moral, psicológico y físico<sup>65</sup>, e impedir la participación precoz en actos de esta índole que le pudieran llegar a producir traumas o alterar su proceso de desarrollo.<sup>66</sup> La explicación sobre el motivo de que parte de la doctrina no incluya la libertad sexual dentro del bien jurídico de protección del menor es sencilla, el menor de 16 no tendrá consentimiento válido respecto a este tipo de actos sexuales, pues cualquier acto de esta índole (sea consentido o no) es tratado como abuso. También se habla de la libertad sexual potencial o *in fieri* refiriéndonos a aquellos menores que todavía no tienen capacidad para poder decidir de forma responsable en este tipo de actos<sup>67</sup>. En este caso los tipos penales irían más orientados a la preservación de las condiciones básicas para que en un futuro los menores pudieran conseguir un correcto y libre desarrollo en el plano sexual.<sup>68</sup>

Si analizamos este delito podemos ver que para que se produzca agresión se deben dar los mismos presupuestos que en el artículo 178, es decir, la existencia de intimidación y/o violencia; sin embargo, para el caso de que exista abuso, las bases cambian.<sup>69</sup> La explicación de esta diferencia es que mientras que en el abuso básico del 180 es necesaria la falta de consentimiento, para el del menor de 16 no es un

---

<sup>63</sup> Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987 a 34058 Art.183:*El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.*

<sup>64</sup> Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987 a 34058 Artículo 183.2

<sup>65</sup> Amadeo Gadea, S, Ob. Cit. Pág. 276

<sup>66</sup> Cabrera Martín, M. Ob. Cit. Pág 43

<sup>67</sup> Cabrera Martín, M. Ob. Cit. Pág 44

<sup>68</sup> Cabrera Martín, M. Ob. Cit. Pág 46

<sup>69</sup> Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987 a 34058 Artículo 178

presupuesto obligatorio, pues la mera realización de un hecho de esta naturaleza es condición suficiente para entender la comisión del hecho típico. Esto encuentra su justificación en la edad de consentimiento sexual definida de acuerdo a la Directiva 2011/93/UE artículo 2 b)<sup>70</sup> como: *“la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor”*. Antes de la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo<sup>71</sup>, esta edad quedaba establecida en 13 años, siendo la más baja de la Unión Europea<sup>72</sup>, pero fue en 2015 cuando se fijó en 16 años con la inclusión de un nuevo artículo 183 quater<sup>73</sup> al Código Penal cuya redacción es la siguiente: *“El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”*. Ello implica que para que el consentimiento del menor sea válido la relación deberá ser con una persona de edad similar a la del menor, y un grado de desarrollo o madurez parecido. Con esto se busca blindar la integridad del menor de forma tal, que no cualquiera podrá tener la validez de su consentimiento para mantener relaciones, sino solo otros menores de igual desarrollo. Véase el ejemplo de la sentencia, STS nº 1001/2016, de 18 de enero<sup>74</sup>, en la cual un joven de 20 años mantiene una relación con una chica de 11 años, prestando ella su consentimiento. Como vemos, el consentimiento ha sido prestado por la víctima, pero la gran diferencia de edad y desarrollo no permite que ambos puedan mantener esta relación, y declarándose un delito de abusos sexuales.

Por tanto la razón principal por la que dicho delito no se considera dentro de los delitos de abuso y agresión típicos, es que al tratarse de un menor cualquier acto sexual será siempre delito.

<sup>70</sup> Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de Diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. DOUE núm 335 páginas 1 a 14

<sup>71</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, núm.77, pp. 27061 a 27176 Preámbulo nº XII

<sup>72</sup> Doctrina de la Fiscalía General del Estado Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal. 2. La edad de consentimiento sexual

<sup>73</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, núm.77, pp. 27061 a 27176 “Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Cien”

<sup>74</sup> STS nº 1001/2016, de 18 de enero: *“la diferencia de edad se produce entre los, más o menos, veinte años y medio del acusado y los, aproximadamente, once años y ocho o nueve meses de la menor”, llegando a la misma conclusión. En ambos casos la diferencia de edad es superior a los ocho años y medio. A ello debe añadirse que se produce entre jóvenes de más de veinte años y niñas que no han alcanzado todavía los doce años cuando sucedieron los hechos, lo que desde luego influye igualmente en el grado de desarrollo y madurez alejándolo de la proximidad mencionada”*

Respecto a las formas de comisión, se nos presentan del mismo modo que en los delitos de abuso y agresión normales, es decir, por acceso carnal, o introducción de miembros corporales u objetos, pero hay también una novedad respecto de los anteriores. Esta novedad es el artículo 183 bis, en el que se castiga también a quien obligue a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual incluso si el autor no participa en ellos<sup>75</sup>. En este caso se penaliza no solo la participación del autor, sino también al tercero que forme parte del acto (dos sujetos activos). El ejemplo más claro de esto lo tenemos en los delitos de prostitución de un menor recogido en el artículo 188 del Código Penal en los cuales no se pena solo a la persona que obliga al menor a realizar el acto sino a quien solicita el acto con dicho menor.

También se castiga en el 183 ter los contactos a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra medio tecnológico, y la proposición de un encuentro para cometer uno de estos delitos. Cabe recalcar un detalle respecto a este tipo de comisión, y es que solo se entiende producido cuando haya actos serios y materiales que busquen dicho encuentro “*se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento*”. El legislador no dice cuales deben ser estos actos ni como deben de llevarse a cabo, pero se presupone la necesidad de que sean actos exteriores y serios de voluntad del actor, y que busquen el encuentro con el menor.<sup>76</sup> Este delito recibe el nombre de “*online Child Grooming*” definido por la profesora María Isabel Montserrat Sánchez-Escribano como “*un delito de preparación de determinados delitos contra la indemnidad sexual de los menores*”<sup>77</sup>

Por último para acabar la comparativa hacer una breve mención a las agravaciones del delito que se encuentran recogidas en el artículo 183.4. Dichas agravaciones se encuentran también en los anteriores delitos de abuso y agresión, aunque en este caso lo que se ha hecho ha sido compilar las agravaciones de ambos (agresión: carácter vejatorio, comisión por varias personas, especial vulnerabilidad; abuso: relación de superioridad o parentesco, escaso desarrollo intelectual), y además

---

<sup>75</sup> Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, Páginas 33987 a 34058 Artículo 183 bis

<sup>76</sup> De la Mata Barranco, N. J. “El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual.” **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 2017, núm. 19-10, pp. 1-28 . Pág 14 y 15

<sup>77</sup> Montserrat Sánchez-Escribano, M.I. “Propuesta para la interpretación de la cláusula concursal recogida en el artículo 183 ter 1 (delito de online child grooming)” **Revista Electrónica de Derecho, Empresa y Sociedad**, 2018, núm 12, pp 132-142. pág 136

añadir dos nuevos tipos; poner en peligro de forma dolosa o imprudente la vida o salud de la víctima; y la pertenencia a un grupo u organización criminal.<sup>78</sup>

### **III. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE REFORMA DE LA NUEVA LEY DE PROTECCIÓN DE LIBERTAD SEXUAL**

#### **1. Estudio del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual**

En el siguiente punto analizaré las propuestas más relevantes del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual (ALOGLS) presentado por el gobierno. En él se recogen una serie de medidas que pretenden erradicar las violencias de carácter sexual. El anteproyecto cuenta con dos versiones, pero en este punto explicaré la primera versión que fue aquella que revisó el Consejo General del Poder Judicial y de la cual se hizo un informe posterior.

El anteproyecto se divide de la siguiente manera: una exposición de motivos, donde se justifica la creación de este nuevo anteproyecto de ley; un preámbulo, donde se nos manifiesta el objetivo de este; y a continuación el contenido, donde se recoge el grueso del documento y todas las reformas en los diferentes ámbitos no solo penales sino también civiles y administrativos; finalizando con una serie de disposiciones donde se modifican o derogan otras normas de leyes, entre ellas el Código Penal

Los puntos de interés que trataré son los siguientes:

#### **A. Concepto de violencia Sexual**

El primer cambio relevante que encontramos en el ALOGLS se produce respecto a la nueva definición de violencia sexual. El nuevo concepto que da el anteproyecto es el siguiente: *“actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los demás delitos previstos en el título VIII del libro II de la Ley Orgánica*

<sup>78</sup> Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987 a 34058 Artículo 183.4

10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”<sup>79</sup>, también se consideran violencias sexuales “*la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acecho con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual.*”

Para comenzar el análisis remarcaré un detalle que puede no resultar demasiado evidente pero que es de gran importancia debido a la literalidad con la que el derecho interpreta la norma. Es la no inclusión dentro de estas violencias de la protección de la indemnidad sexual, sino tan solo la libertad sexual. Como expliqué la indemnidad es la falta de daño hacia la víctima, por tanto su supresión no resultaría beneficiosa si lo que se busca en este ALOGLS es la máxima protección contra las violencias sexuales, ya que al fin y al cabo esto supone un retroceso jurídico a los antiguos Códigos Penales donde la indemnidad de la víctima no se incluía dentro del bien jurídico.<sup>80</sup> Aún así, si examinamos atentamente el contenido de la ley podemos percatarnos que no se han hecho cambios relevantes respecto a la protección de la integridad física y psicológica de la víctima (indemnidad), entendiéndose de esta manera que se trata de un mero cambio semántico y que por tanto no afectará a la aplicación de la norma ni causará ningún efecto de desamparo hacia este bien jurídico.

Si atendemos al nuevo concepto de violencia sexual, según la reforma, la falta de consentimiento será presupuesto necesario para considerar cometido el hecho punible, por tanto en este caso ya no será un condicionante la existencia de las características vistas en el Punto I de este trabajo, que detallaba cuando se entendía cometido el hecho punible, sino tan solo una connotación sexual no deseada. La definición encuentra su inspiración en el Convenio de Estambul<sup>81</sup>, un convenio europeo cuyo objetivo es prevenir y luchar contra la violencia hacia la mujer y la violencia doméstica. El concepto que ofrece este convenio sobre la violencia se encuentra en su artículo 3 que dice así: “*forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la*

---

<sup>79</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 28 de octubre de 2020, pp 1-92 Artículo 1 Exposición de motivos

<sup>80</sup> Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. «BOE» núm. 148, de 22 de junio de 1989, pp19351 a 19358

<sup>81</sup> Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. BOE. núm. 137, de 6 de junio de 2014, pp 42946 a 42976

*privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada*”<sup>82</sup>. También encontró inspiración en otros convenios como el Convenio de Varsovia o la Convención para la Eliminación de todas las formas de Violencia hacia la mujer, pero entre estos el que más relevancia tiene por su influencia sobre el ALOGLS es el de Estambul. Con la inclusión de este concepto, el prelegislador considera que España cumplirá con las recomendaciones de las Naciones Unidas<sup>83</sup> en materia de violencia sexual que proponía ampliar el marco jurídico en este ámbito.

Si bien es cierto que la definición aquí expuesta sobre violencia sexual va a garantizar la penalización de estos actos con un fuerte castigo, la amplitud que posee dicho concepto podría causar conflictos con otros ámbitos normativos o penales creando el efecto contrario al que se busca, que es penalizar de forma menor actos que requieren un mayor castigo. Véase por ejemplo el caso del feminicidio, definido por la activista Diana Rusell en 1992<sup>84</sup> como *"el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres"*. La consideración de este delito como un tipo de violencia sexual podría tener consecuencias más negativas que positivas ya que, en este caso en particular, hablamos de un delito de asesinato, en el que el bien jurídico que se busca proteger no es la libertad sexual de la persona sino el derecho a la vida, cuya pena es mucho mayor a la de un delito de violencia sexual corriendo de esa forma el riesgo de despenalizar actos de mayor gravedad. Por otro lado tipificar como violencia sexual un sufrimiento económico, como hace el convenio de Estambul, quizás pueda resultar excesivo pues se penaliza un acto de un menor perjuicio para la víctima, como un delito que daña la libertad e indemnidad sexual.

Ampliar el campo de la violencia sexual puede ser una herramienta útil que lleve aparejado un cambio relevante, pero debe usarse con cautela y no abarcar más de lo debido, respetando los ámbitos de cada norma. Una norma demasiado amplia podría provocar conflictos normativos perjudiciales para el sistema penal, el cual se vería dañado gravemente al no poder aplicar la ley de forma correcta por considerar hechos punibles que pertenecen a una naturaleza distinta a los delitos de connotación sexual

---

<sup>82</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 28 de octubre de 2020, pp1-92 Exposición de motivos punto dos párrafo 2

<sup>83</sup> Recomendación general num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19, Comité del CEDAW, Naciones Unidas, 26 de Julio de 2017

<sup>84</sup> Peramato Martín, T. “El femicidio y el feminicidio” *LEFEBURE*. (2012). (Disponible en <https://elderecho.com/el-femicidio-y-el-feminicidio#:~:text=Russell%2C%20junto%20a%20Jane%20Caputi,de%20mujeres%20cometido%20por%20hombres%22> ) Consultado el 3/5/2021

sexual, que recordemos principalmente protegen la indemnidad y libertad sexual, como tales. Por otro lado los castigos que se impondrán no serán “justos” para aquellos que son juzgados por dichos delitos, pues sus penas serán mayores o menores de las que les corresponde, dependiendo de cada delito.

## **B. Unificación del delito de abuso y agresión. Concepto y consecuencias**

Otro cambio que ha suscitado numerosas críticas, y en el que encuentra su motivo de ser este trabajo, es la unificación del delito de abuso y agresión sexual. La reforma del ALOGLS dice así: “*Como medida relevante, se elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul.*”<sup>85</sup>.

Con la eliminación de este delito de abuso, también se suprime el Capítulo II bis, quedando tan solo como Capítulo II<sup>86</sup> “*de las agresiones a menores*”, excluyendo también el condicionante distintivo del delito de abuso, es decir, la falta de intimidación y violencia, que como recordamos era presupuesto necesario para que no se considerara una agresión. En su lugar, se ha decidido cambiar esto por una única premisa, la falta de consentimiento.

La unificación del delito de abuso y agresión traerá consigo las siguientes consecuencias:

### **B.1 Conflicto probatorio**

Uno de los objetivos que se lograría conseguir con la unificación de ambos delitos es la desaparición del conflicto probatorio, que supone discernir si estamos ante uno u otro, ya que al producirse el hecho de naturaleza sexual no deseado siempre recibirá la connotación de agresión sexual.

Algunos expertos en la materia como la profesora y autora Jericó Ojer, destacan las ventajas que podría traer dicha unificación<sup>87</sup> en el ámbito probatorio, alegando que el sistema actual en el que se contemplan ambos delitos de forma autónoma ha

<sup>85</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 28 de octubre de 2020, pp 1- 92 Exposición de motivos Pág 15

<sup>86</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 28 de octubre de 2020, pp1-92 Disposición final quinta. Once “ *Se modifica la numeración y la rúbrica del capítulo II bis del título VIII del libro II, que pasa a ser el capítulo II* “

suscitado numerosos problemas en este aspecto, refiriéndose principalmente al conflicto creado por los abuso sexuales con prevalimiento y las agresiones con intimidación, en el que no existe una diferencia clara que permita saber exactamente cuando estamos ante un tipo u otro. Otros autores como Díez Ripolles apoyan la unificación, pues considera que de esta manera se aligeraría todo el proceso probatorio y así las víctimas no estarían sometidas a situaciones que agravarían la llamada victimización secundaria<sup>88</sup>, todo esto manteniendo diferenciados los delitos a menores porque adolecen de una mayor gravedad.

En este caso me parece acertada la decisión de la unificación del delito de abuso con prevalimiento y la agresión con intimidación, ya que para la jurisprudencia llegar a una resolución objetiva y clara en atención a los hechos probados ha supuesto una labor compleja, puesto que la línea que delimita ambos delitos es muy fina. Ejemplo de ello lo da el anteriormente citado caso de “La Manada”. Por otro lado, no creo que la unificación completa de ambos delitos, que defiende tanto una parte de la doctrina como el ALOGLS, deba llevarse a cabo ya que estamos ante dos comportamientos distintos en los que la forma de actuar es diferente y al tomarlos por uno mismo, las desventajas y desprotección que tendrá serán mucho mayores. Para empezar se corre el riesgo de que se penalicen actos cuyo comportamiento merecen una menor reprochabilidad como un delito de agresión, cuya pena en comparación con el delito de abuso es mayor, provocando un menoscabo al principio de proporcionalidad. Para solucionar esto el ALOGLS ha propuesto una reforma del artículo 178 del Código Penal añadiendo un apartado tercero que queda redactado de la manera en que sigue: *“El o la juez o tribunal, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión inferior en grado o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho”*. En este caso lo que numerosos autores e incluso el Consejo General del Poder Judicial han expresado sobre esta medida es que el citado concepto de “menor entidad del hecho” adolece de falta de precisión y deja al juez un gran margen de interpretación<sup>89</sup>. Se considera que dicho término no expresa de forma concluyente en

<sup>87</sup> Peramato Martín T.; Jericó Ojer L.; Filgueira Paz P., “Comisión de Violencia de Género. Delitos Contra La Libertad Sexual. Anteproyecto de Ley Orgánica” **Juezas y Jueces para la Democracia**, 2020 Núm. 11 pág 18 Disponible en <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2020/07/BOLETIN-N-11-VdG-2020.pdf> Consultado el día 20/5/2021

<sup>88</sup> Díez Ripolles, J.L. “Alegato contra un derecho sexual Identitario” **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 2019, núm 21-10,, pp. 1-29. pág 10-11

<sup>89</sup> Consejo General Del Poder Judicial.. *Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* Certificación de acuerdo relativa a informe., Madrid, 2021. Punto 213

que casos se considera que el hecho adolece de una menor gravedad produciendo una fuerte inseguridad jurídica<sup>90</sup>. El ALOGLS explica que será cuando no concurren las agravantes del 180, pero en este caso es indiferente que situaciones se den, pues todo delito de este tipo será considerado como una agresión, no habiendo otro tipo penal más reducido al que atribuir la comisión de los hechos, por tanto es irrelevante como se produzca y los métodos que se usen, ya que será una agresión que a elección del juez se considerará de menor gravedad. La solución propuesta por el consejo,<sup>91</sup> es separar estos tipos, para saber en que caso se está produciendo esta “menor entidad del hecho” creando un tipo autónomo (es decir, como está actualmente contemplado en nuestro Código Penal distinguiendo entre abuso y agresión, salvo por el nombre del delito que en ambos casos serían agresión aunque de una menor gravedad)

Otro problema surgido por la unificación del delito es que aquel que lleva a cabo el hecho punitivo a sabiendas de que incluso realizando este de forma menos dolosa será juzgado como un delito de una gravedad superior, no le importará hacer un daño mayor a la víctima siendo consciente de que la pena será la misma, lo que a mi juicio provoca una gran desprotección hacia la víctima, que será quien realmente sufra esta consecuencia.

## **B.2 Consentimiento**

Otro punto a tratar es el consentimiento de la víctima. De acuerdo al ALOGLS, cuando la víctima no de su consentimiento se incurrirá en un delito de agresión sexual, lo que en un primer razonamiento podría simplificar la calificación en una situación determinada de ciertos hechos como delito de agresión; sin embargo, se nos plantea otro dilema, la forma en la que este consentimiento se entenderá prestado. En la reforma propuesta para el Código Penal del artículo 178<sup>92</sup> no queda claro si el consentimiento puede ser tácito o expreso, ya que mientras que en un primer momento se exige “*una manifestación libre por actos exteriores, concluyentes e inequívocos*”, al final del mismo precepto se exige “*voluntad expresa*”. Esto es una contradicción legislativa, puesto que la manifestación de actos exteriores concluyentes e inequívocos va referida a una voluntad tácita, es decir, no existe una

---

<sup>90</sup> Peramato Martín T.; Jericó Ojer L.; Filgueira Paz P., Ob.Cit. pág 20

<sup>91</sup> Consejo General Del Poder Judicial. . *Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* Certificación de acuerdo relativa a informe, Madrid, 2021 Punto 213

<sup>92</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 28 de octubre de 2020, pp 1-92 Disposición cinco Título VIII, siete: *no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado por actos exteriores, concluyentes e inequívocos su voluntad expresa.*

necesidad de acceder al acto mediante un “sí” expreso, tan sólo bastaría que demostrara su intención de participar en la relación dejando claro esto a la otra parte mediante actos inequívocos de consentimiento (algo que por cierto, ya se contempla en la actual aplicación del derecho aunque no de manera expresa en la ley); sin embargo, al incluir al final del precepto la voluntad expresa, lo que se está requiriendo es un consentimiento con un “sí”, es decir, para poder considerar la voluntad de ambas partes deberán afirmarlo, no siendo válido de este modo la manifestación libre y tácita de la que anteriormente se hablaba

Si atendemos al actual Código Penal, no se recoge en él que el consentimiento sexual deba ser dado por las partes de ninguna forma específica, por lo que el sistema y la jurisprudencia han interpretado que este consentimiento es válido cuando no se exprese negativa y sea libre y voluntario, es decir, que no adolezca de vicios; sin embargo, existen posturas que confrontan sobre esto, unas que se inclinan hacia la exigencia de este consentimiento expreso para dotarlo de validez,<sup>93</sup> y otros que lo consideran un exceso retórico e incluso un absurdo<sup>94</sup>. A mi juicio lo que pretende la ley en este caso es que la falta de una negativa no se considere como consentimiento, es decir, que la pasividad de la víctima no pueda usarse como voluntad; sin embargo, esto ya está contemplado en el Código Penal, artículo 181.3 (abusos de prevalimiento), en el que la víctima da su consentimiento adoleciendo a pesar de los vicios, lo que se podría considerar un ejemplo claro de pasividad.

Mi razonamiento ante esto es que si bien la pasividad no debe tomarse como consentimiento válido, de alguna forma debe remarcar que la víctima no quiere acceder al acto y la única solución plausible que aplicaría, sería que esta expresara por actos inequívocos su voluntad de acceder al acto, valiéndose tanto de forma expresa como tácita, y que en caso contrario se haga saber abiertamente a la otra parte su negativa de participar en la relación. Así no habrá pasividad por la víctima y se sabrá que se accedió al acto de forma voluntaria, y en caso de que no se hubiera expresado

<sup>93</sup> Themis, Asociación de Mujeres Juristas “Manifiesto sobre líneas de reforma del Código Penal en materias de delitos contra la libertad sexual”. (Disponible <https://www.mujeresjuristasthemis.org/prensa/noticias/193-manifiesto-sobre-lineas-de-reforma-del-codigo-penal-en-materias-de-delitos-contra-la-libertad-sexual>) Consultado el día 28/5/2021: “*En las relaciones sexuales el consentimiento debe ser explícito. Si no hay consentimiento hay delito contra la libertad sexual.*”

<sup>94</sup> Gil Gil, A.; Núñez Fernández, J.. “A propósito de La Manada” : Análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales, **El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho** , 2018, núm 77, pp. 4-17 pág 15: “*esta necesidad de verbalizar el consentimiento en las relaciones íntimas resulta completamente ajena a nuestros usos y costumbres. Además exigiría el absurdo de estar expresando la anuencia durante todo el encuentro sexual puesto que el silencio se interpreta como ausencia de consentimiento*”

la voluntad de ninguna forma pero tampoco negativa, deberá entenderse que no hubo consentimiento, ya que en dicho caso se podría entender que hubo indecisión por parte de la víctima, lo que implicaría que no hubo una voluntad completa y por tanto un presupuesto de hecho punible.

El fin de la medida es blindar esta protección, aunque la forma que el ALOGLS busca para lograrlo puede no resultar en la práctica útil. Es cierto que ambas partes deben consentir, el problema es que con la exigencia de un consentimiento expreso, se interpretará de forma literal que este debe darse por la víctima con un “sí”, algo que en situaciones prácticas no se suele producir, y tan solo complicaría la aplicación del derecho y la defensa tanto de la víctima como del acusado, puesto que en este caso para demostrar que hubo consentimiento se tendría que probar que la persona presuntamente atacada lo dio de forma expresa, recayendo la carga probatoria hacia el la parte acusada, que a menos que de alguna forma posea una prueba fehaciente de esto, no podrá demostrarlo y será declarado culpable por un delito de agresión sexual (recordemos que ya el abuso no existe). Por otro lado la víctima deberá demostrar que dijo “no”, algo que difícilmente podrá probar, como ya he dicho, a menos que tenga pruebas de ello o tras sufrir un fuerte interrogatorio, algo que por otro lado potenciará la llamada “victimización secundaria”<sup>95</sup>.

### **B.3 La victimización secundaria**

La victimización secundaria son aquellos efectos perjudiciales o negativos que tiene todo el proceso penal sobre la víctima. Estos perjuicios o daños son producidos principalmente por las siguientes razones, de acuerdo a la doctora en psicología social Pilar Albertín Carbó<sup>96</sup>:

1. Dar una mayor importancia a la revelación del suceso olvidando la atención a la víctima o despersonalizando su trato.
2. La falta de información para la víctima de la evolución de este proceso.
3. Falta de un entorno de intimidad y protección.
4. Exceso de tecnicismos jurídicos.

---

<sup>95</sup> Gonzalo Rodríguez, M. T. La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas para la toma de declaración y valoración judicial **Revista Jurídica de Castilla y León**, 2020, núm 51, pp 99-138 Pág 105

<sup>96</sup> Gutiérrez de Piñeres Botero, C.; Coronel, E.; Andrés Pérez, C., Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. **Liberabit** 2009, núm 15.1, pp 49-58 Pág 53

5. Lentitud del proceso judicial provocando interferencias en su proceso de recuperación.

6. El proceso del juicio oral en el que la víctima deberá narrar los hechos ocurridos llegando a ponerse en entredicho su credibilidad.

De nuevo autores como la profesora Jericó Ojer<sup>97</sup> nos dan su opinión respecto a las ventajas, que a su juicio, tendría dicha unificación para la victimización secundaria ya que en este caso, y en esto es algo con lo que no coincido ya que como expresé antes creo que tendrá el efecto contrario al que aquí explica, no cabrá la posible calificación hacia la mujer de provocadoras o mentirosas ni se les podrá exigir ciertos requisitos para adquirir la posición de auténticas víctimas, siendo cuestionada constantemente en relación a los hechos cometidos.

A mi juicio, el proceso penal y el interrogatorio que se hace hacia la víctima no tiene como fines poner en duda su credibilidad ni culpar a la víctima de ningún hecho respecto a ella. Si bien es cierto que produce una situación de incomodidad y que en algunos casos puede agravar la situación ya vivida, pasar por este proceso es necesario si realmente se pretende discernir cuales son los hechos que ocurrieron. Pensar en esto como un tipo de conducta machista no creo que sea acertado, pues al afirmar esto se busca justificar no poner nunca en duda lo que la víctima pueda alegar sobre los hechos ocurridos y dar una credibilidad absoluta a lo que afirme la parte que ha sufrido el supuesto ataque. Si verdaderamente queremos saber que paso para poder juzgar con objetividad, el interrogatorio a la víctima es una parte muy relevante, y poner en duda ciertos hechos a fin de confirmar su veracidad un mal necesario, pues su testimonio supone una prueba de tal importancia que puede dotar de una firme solidez al proceso si se usa correctamente. Por supuesto pienso que todo el proceso, incluyendo sobretodo el interrogatorio, debe hacerse con el único objetivo de poder comprobar realmente cuales fueron los hechos, evitándole en todo lo posible a la víctima situaciones incómodas o que puedan perjudicar aún más la situación en la que ya se encuentra, por ello creo que la reforma que propone el ALOGLS respecto a dotar a los tribunales de potestad para evitar hacer ciertas preguntas hacia la víctima que puedan resultar demasiado personales o impertinentes<sup>98</sup>, o la nueva forma de protección de la intimidad en el que el proceso no se hará público a menos que la

---

<sup>97</sup> Peramato Martín T.; Jericó Ojer L., Filgueira Paz P., Ob.Cit. pág 17

<sup>98</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 28 de octubre de 2020, pp 1-92 Disposición Final Primera. Tercera 709 LECrim

víctima de su consentimiento para ello<sup>99</sup> son muy necesarias y creo que resultarán de gran ayuda para poder aliviar o minimizar el daño que todo este proceso judicial pueda suponerles.

### **C. Sumisión química**

El siguiente cambio relevante que se nos presenta, es respecto a la consideración de la llamada sumisión química (anulación la voluntad de la víctima mediante el uso de drogas o sustancias químicas) como forma de comisión del delito de agresión sexual. La modificación de este delito, contemplado como forma de comisión del abuso sexual en el artículo 181.2, supone un gran avance en materia penal y una medida útil que ha sido bien recibida por el Consejo General del Poder Judicial.

Para comenzar hay que remarcar el hecho de que la víctima que lo sufre se encuentra en un estado en el que no puede consentir; sin embargo, esta imposibilidad no ha sido provocada por unas circunstancias naturales (por ejemplo un trastorno mental), sino que ha sido inducida en este estado de inconsciencia o sumisión por el sujeto activo con el objetivo de llevar a cabo los fines libidinosos propios del hecho punible, es decir, para poder realizar la relación sexual con la víctima el sujeto activo le introduce una sustancia o droga que provoca en ella este estado letárgico, lo que le facilita la comisión del delito debido a la imposibilidad que crea sobre ella para poder resistirse o negarse a dicho acto.

Tanto la doctrina como profesionales de la medicina han abogado por la inclusión de este medio comisario, contemplado en el delito de abusos sexuales, como una forma de agresión sexual ya que se ejecuta el hecho de un modo alevoso donde se pone en riesgo la integridad física de la víctima, y reduce el valor de la declaración dentro de la actividad probatoria<sup>100</sup>. A mi entendimiento la razón por la que no se contempló antes como agresión fue por la interpretación demasiado literal del derecho, que al reflejar que la víctima tenía imposibilitadas sus facultades de consentir lo identificó como abuso, pero las causas de dicha imposibilidad han sido provocadas de forma dolosa por la otra parte con el objetivo de aprovecharse de ella. Esto debería contemplarse como una forma de comisión de la agresión, al igual que lo hace la violencia o intimidación, que de igual manera facilitan la comisión al agresor

---

<sup>99</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 28 de octubre de 2020, pp 1-92 Disposición Final Primera. Segunda 681

<sup>100</sup> Monge Fernández, A.; Parrilla Vergara, J., *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2019, pág 331

coaccionando la voluntad de la víctima. Si bien es cierto que en estos casos no se anula la voluntad, pues es completamente consciente de lo que está pasando, no puede hacer uso de ella de la misma forma que quien la tiene anulada (de forma inducida), por tanto aunque no se ejerce ninguna de estas dos situaciones (intimidación o violencia), la anulación de la voluntad por parte de un sujeto exterior debería contemplarse como forma de agresión, o al menos una agravante de las recogidas en el artículo 180. A esto hay que sumarle además el desconocimiento sobre los efectos que dicha droga puede tener sobre la víctima, en los que no solo depende el tipo de droga, sino otros factores tales como, peso, edad o constitución física de la víctima, lo que podría terminar en consecuencias tan fatales como sobredosis o incluso la muerte.

El hecho de someter a una persona a este tipo de condiciones, sumado a la falta de conocimiento por la parte pasiva de la situación que se está llevando a cabo sobre ella, creo que son condiciones suficientes para considerar que se ha producido una agresión, por ello creo que esta modificación podrá resultar beneficiosa.

## **2. Análisis del Informe del Consejo General del Poder Judicial**

El informe del Consejo General tiene como objetivo analizar las reformas presentadas por el anteproyecto de ley para comprobar que se ajusta a derecho, cumple con los requisitos necesarios de legalidad y si las medidas tienen utilidad y lógica de aplicar.

El análisis del documento presentado por el prelegislador comienza en el apartado IV del informe, donde recoge las consideraciones generales respecto a las modificaciones que hace el anteproyecto sobre diferentes situaciones y leyes, derogando o modificando sus normas, entre ellas el Código Penal.

En el primer punto (punto a)) se hacen una serie de consideraciones sobre el fundamento de este proyecto y su rango normativo en las que se pone en duda que ciertos preceptos tengan carácter de ley orgánica parcial, como en las disposiciones primera, tercera, quinta, séptima, octava, novena y decimoprimeras sobre las que el consejo afirma que dicha atribución no se justifica ni por su carácter ni por su

rango.<sup>101</sup> Por último el informe explica que resultaría más correcto regular de forma separada por una ley orgánica las modificaciones de leyes que tengan el carácter orgánico y el resto en una ley ordinaria<sup>102</sup>, además de una disminución del contenido normativo cuya justificación explicaré a continuación.

De acuerdo con el punto 24 del documento, la norma que aquí se refleja, tiene el objetivo de constituir las bases del régimen jurídico de la tutela y la garantía sexual, proyectándose a otros ámbitos del ordenamiento que estén relacionados con su finalidad y buscando una protección del derecho a la libertad sexual con medidas y políticas globales y coordinadas entre las distintas administraciones para poder dar una respuesta efectiva en el caso de que este tipo de violencias llegaran a hacerse presentes; sin embargo, es al extenderse a otras normas en pos de la mejora normativa y la modificación de preceptos, que se llegan a producir solapamientos y duplicidades con leyes que ya han regulado previamente el objeto de dicho cambio.<sup>103</sup>

El informe cita todos los artículos en los que se produce este solapamiento normativo, pero debido a su extensión tan sólo nombrare algunos de los ejemplos que se nos van presentando a lo largo de todo este apartado entre los cuales tenemos: punto 29:<sup>104</sup> “*el artículo 4 del anteproyecto que habla de la, investigación y datos, se solapa con las competencias de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género*”; punto 31: “*el artículo 7 sobre la prevención y sensibilización en el ámbito educativo tiene similitudes con el artículo 83 de la ley orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales*”; punto 38 donde encontramos que los artículos 32 y 34 del proyecto, relativos a la asistencia integral especializada y accesible, tiene similitudes con numerosos artículos de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima. Este tipo de redundancias podrían provocar un menoscabo contra la seguridad jurídica al solaparse entre ellos, por ello uno de los cambios que propone el informe en su punto 41 es que se reduzca el contenido normativo de la ley y que este vaya más dirigido al tema de principal

<sup>101</sup> Consejo General Del Poder Judicial. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* Certificación de acuerdo relativa a informe. Madrid, 2021 Apartado IV a) Punto 20

<sup>102</sup> Consejo General Del Poder Judicial. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* Certificación de acuerdo relativa a informe. Madrid, 2021 Punto 23

<sup>103</sup> Consejo General Del Poder Judicial. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* Certificación de acuerdo relativa a informe. Madrid, 2021 Punto 28

<sup>104</sup> Consejo General Del Poder Judicial. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* Certificación de acuerdo relativa a informe. Madrid, 2021, Punto 29, 31 y 38

interés, es decir, la libertad y la violencia sexual, estableciendo una diferenciación con el contenido propio de las distintas leyes vigentes, trasladando las modificaciones de estas a las disposiciones finales para una mayor claridad y entendimiento de la ley.<sup>105</sup> Otro problema planteado en relación con este, es la existencia de enunciados normativos meramente descriptivos y que carecen de contenido jurídico, limitándose como dice el informe, a reproducir proposiciones o derechos ya reconocidos en otras norma sin contener un mandato distinto de los ya contemplados.<sup>106</sup>

A continuación en el apartado V del documento se procede a analizar en profundidad las consideraciones particulares, respecto a los diversos títulos de esta ley. Debido a su extensión me enfocaré en las que nos atañen por materia penal de este trabajo, es decir las que se refieren a abusos sexuales y sus modificaciones.

En este ámbito tenemos cambios en dos leyes importantes:

1º La primera referente a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim): Encontramos tres modificaciones, referentes a los artículos 112, 681.3 y 709, pero por materia solo nos interesan dos, la reforma sobre el 681.3 y el 709, pues aunque no son modificaciones directas en materia de violencia sexual, sí que afectan a su forma de penalización.

La modificación del artículo 681.3 va referida a la prohibición de la divulgación o publicación de la información relativa a la identidad de las víctimas. En el artículo 681.3 de la LECrim se prohíbe la divulgación o publicación de información relativa a víctimas menores de edad o con discapacidad severa<sup>107</sup>. Con esta nueva reforma lo que se quiere conseguir es que esta protección se extienda también a personas adultas, lo que en materia de violencia sexual tendrá una favorable acogida debido al malestar para la víctima que supone la divulgación de esta información. De esta forma la intimidad de la víctima quedará a salvo si así ella lo consiente.

Por último sobre el artículo 709 el anteproyecto añade un tercer párrafo, dirigido al interrogatorio de la víctima, que habilita al Tribunal para negar la formulación de preguntas innecesarias relativas a la vida privada de la víctima o su intimidad, cuando

<sup>105</sup> Consejo General Del Poder Judicial. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* Certificación de acuerdo relativa a informe. Madrid, 2021 Punto 41

<sup>106</sup> Consejo General Del Poder Judicial. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* Certificación de acuerdo relativa a informe. Madrid, 2021 Punto 42

<sup>107</sup> Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado nº 260 artículo 682.3

se consideren que estas no tienen relevancia para el proceso. Lo que se pretende con ello es evitar la mencionada victimización secundaria, evitándole a la interrogada la incomodidad y violación de su privacidad más allá de los límites exigidos por el propio proceso. La importancia de esto, reside en la relevancia de la declaración de la víctima, ya que es una de las pruebas principales con las que se cuenta para demostrar los hechos atribuidos a la otra parte, por ello se dirige a asegurar la credibilidad de la víctima buscando poder constituir una prueba sólida; sin embargo, dotar de solidez a la misma puede llevar en ocasiones a situaciones excesivamente duras para la parte interrogada que no tiene por qué ser concedora del procedimiento llevado a cabo provocándole un daño psicológico mayor y dificultando su proceso de recuperación.

2º- Las modificaciones respecto a materia de abusos sexuales y agresión, se compilan en las disposiciones modificativas del Código Penal, recogidas en la letra e) del informe cuya extensión va desde el punto 191 al 246.

I- El Código Penal recoge la clara distinción de ambos delitos de forma independiente, estableciendo las penas correspondientes para cada uno y las condiciones que deben darse para entenderse cometido, por ello la reforma que se pretende hacer supone un gran cambio jurídico que hay que estudiar detenidamente para asegurar su eficacia.

El bien jurídico protegido en ambos casos es el mismo, la libertad e indemnidad sexual, pero la forma de protegerlo es distinta debido a la intensidad del daño cometido hacia este bien, entendiéndose que el abuso daña con una menor gravedad la libertad e indemnidad sexual de las víctimas.

Si atendemos al ámbito europeo encontramos que no existe una regulación homogénea respecto a este delito. Véase así por ejemplo el código penal italiano, que castiga como violencia sexual aquellos que con violencia o amenaza o mediante abuso de autoridad obliguen a realizar actos de carácter sexual<sup>108</sup>; o el código penal francés<sup>109</sup> que tipifica como agresión sexual aquellas que empleen amenaza, violencia o sorpresa. Por otro lado tenemos lugares como Gran Bretaña donde se define la violación como un acceso carnal con una mujer sin su consentimiento y un abuso

---

<sup>108</sup> Codice Penale Approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. Edizione novembre 2020: Art. 609-bis. (Violenza sessuale). *Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali e' punito con la reclusione da sei a dodici anni.*

<sup>109</sup> Code pénal 1994. Dernière modification: 2021-05-01 Article 222-22 *“Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ou, dans les cas prévus par la loi, commise sur un mineur par un majeur.”*

cuando se tiene una interacción sexual sin el consentimiento<sup>110</sup>; o Alemania<sup>111</sup> que tipifica como agresión sexual cualquier acto de índole sexual contra consentimiento.

Como vemos no hay una clara homogeneidad respecto a esto siendo nuestra regulación una compilación de varios de ellos. Al igual que el italiano o el francés, para que se entienda agresión es necesario que exista violencia o intimidación; al igual que el inglés contemplamos los delitos de abuso y agresión sexual por separado, aunque nosotros también tenemos el acceso carnal dentro del abuso en lugar de considerarlo como violación. Quizás el código con la regulación más estricta respecto a este tema sea el alemán, siendo de una mayor similitud al anteproyecto presentado, pues exige la mera falta de consentimiento para tipificarlo de agresión sexual. El punto en el que convergen todos los Códigos; sin embargo es uno, la inexistencia del consentimiento por parte de la víctima.

II- Por otro lado la unión de ambos podrá traer también consecuencias ventajosas para el criminal, quien a sabiendas que la pena que se le impondrá será la misma independientemente del acto que realice no dudará en la comisión de un delito de una mayor gravedad (agresión) provocando un mayor daño hacia la víctima cuya protección recibida por parte del sistema penal será la misma. Esto podría ser corregido estableciendo una agravante para el caso de un medio comisivo más lesivo pero debería de expresarse de una forma correcta y bien definida cuales son los casos de mayor o menor gravedad. También puede darse el efecto contrario a la ventaja del actor, una penalización excesiva.

La división aquí explicada encuentra su justificación en un motivo, la gravedad del hecho cometido, pues se debe castigar con mayor dureza la comisión de la agresión, la cual se vale de la violencia y la intimidación para doblegar y someter a la víctima facilitándole la producción al sujeto activo. Uniendo ambos delitos se corre el riesgo de penalizar con una mayor severidad un delito que no adolezca de ella, por tanto debe contemplarse la posibilidad de una pena mayor o menor dependiendo de que se den una serie de características y condiciones, para lo que el consejo ha sugerido establecer una modalidad agravada de agresión sexual cuando exista un

---

<sup>110</sup> Penal Code and Subsidiary Legislation 1 st January 1990 Art 118.2 a) A man commits rape if— (a) he has unlawful sexual intercourse with a woman who at the time of the intercourse did not consent to it

<sup>111</sup> Strafgesetzbuch 15.05.1871 ,§ 177 Sexueller Übergriff: “*Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.*”

medio comisivo de especial lesividad<sup>112</sup>, es decir, la violencia o la intimidación; sin embargo, en el caso de que exista una menor gravedad tan solo se incorpora un apartado 3 a la reforma del artículo 178<sup>113</sup> que permite al juez penalizar de una forma menos grave atendiendo a la menor entidad del hecho, algo que sufre de una gran falta de precisión, y da un alto poder interpretativo al juez encargado de imponer la pena. La solución propuesta por el consejo es considerar un apartado autónomo<sup>114</sup> donde se pueda definir mejor esta situación atendiendo a esta citada menor entidad del hecho, es decir, tal y como se encuentra actualmente en el Código Penal.

III- Sobre el consentimiento, el informe analiza en su punto 214 la definición de consentimiento dada por el anteproyecto que dice así “*Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto*”.<sup>115</sup> Según considera, el consentimiento debe exteriorizarse de alguna forma que haga a la otra parte consciente de este, aunque la definición del anteproyecto puede tener unas consecuencias poco beneficiosas.

Si revisamos el convenio de Estambul, en el que recordamos encuentra inspiración esta definición, nada se dice acerca de cuales deben ser los medios necesarios para manifestar ese acto, simplemente que debe ser voluntario. Si bien es cierto que el consentimiento es algo que debería expresarse para que la otra persona sepa que el acto es consentido, todo depende de la circunstancia concreta en la que nos encontremos, pues puede ocurrir que no sea de forma expresa pero se deje claro por otros actos o sugerencias. Lo que dice nuestro código al respecto es que si no hay consentimiento el acto será punible<sup>116</sup>, pero nada dice acerca de como debe ser, lo que implica que se entiende como válido también el consentimiento tácito, y por tanto se considera que la exigencia del anteproyecto de un consentimiento

---

<sup>112</sup> Consejo General Del Poder Judicial. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* Certificación de acuerdo relativa a informe. Madrid, 2021 Punto 211

<sup>113</sup> Consejo General Del Poder Judicial. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* Certificación de acuerdo relativa a informe. Madrid, 2021 Punto 213

<sup>114</sup> Consejo General Del Poder Judicial. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* Certificación de acuerdo relativa a informe. Madrid, 2021 Punto 213

<sup>115</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 28 de octubre de 2020, .P. 92 Disposición cinco Título VIII Delitos contra la libertad sexual siete

<sup>116</sup> Consejo General Del Poder Judicial. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* Certificación de acuerdo relativa a informe. Madrid, 2021 Punto 216

expreso podría resultar innecesaria por la dificultad que podría suponer demostrar que sí se dio de esta manera<sup>117</sup>. Además otro elemento a tener en cuenta sería la inversión de la carga probatoria que ahora iría para el investigado, exigiéndole demostrar que la víctima sí le dio esta voluntad de forma explícita. Se aclara además que el consentimiento no es algo que haya resultado problemático para la jurisprudencia<sup>118</sup>, dejando claro, que una definición de consentimiento no es necesaria y que tan solo pondría trabas y complicaciones a la actual aplicación. Por último se explica que el concepto dado por el prelegislador resulta contradictorio al considerarse en un primer momento que el puede darse de forma tácita (*actos exteriores inequívocos*), y posteriormente exigir que sea expreso, no dejando claro por parte del anteproyecto si valdrían ambas formas.

IV- Otro cambio propuesto por el consejo es la consideración de una modalidad imprudente de comisión<sup>119</sup> en el que se pena la actuación del investigado cuando este no ha tomado la diligencia suficiente respecto a la voluntad de la víctima atentando así contra su libertad e indemnidad sexual. Esto se recoge en nuestro Código Penal como “comisión imprudente” o “imprudencia punible”. Nuestro código dice en su artículo 12 que este tipo de imprudencias tan solo será penadas cuando expresamente lo recoja la ley<sup>120</sup>, y es aquí donde encontramos un vacío sobre estos delitos, pues nada se recoge sobre la comisión de estos delitos por imprudencia. Por tanto el resultado que tendría sería la absolución del penado por no contemplar pena. El consejo ha dado una opinión favorable sobre esta medida pues es consciente de que aquí el ordenamiento adolece de una carencia que debería ser corregida.

VII- Por último sobre el delito de violación, este sigue quedando recogido en el artículo 179, pero con el cambio de una reducción de la pena de 4 a 10 años, incluyéndose dentro de estos también los abusos sexuales con penetración por la

---

<sup>117</sup> Gil Gil, A., Núñez Fernández, J. Ob. Cit. pág 15

<sup>118</sup> Consejo General Del Poder Judicial. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* Certificación de acuerdo relativa a informe. Madrid, 2021 Punto 218

<sup>119</sup> Consejo General Del Poder Judicial. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* Certificación de acuerdo relativa a informe. Madrid, 2021 Punto 222

<sup>120</sup> Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp 33987 a 34058 Artículo 12: “*Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.*”

unificación de los mismos<sup>121</sup> Por supuesto todas aquellas agravantes del abuso quedarían dentro de la agresión.

Para las agravantes se introducen algunas novedades de las cuales a mi juicio las de mayor relevancia serían:

1º Consideración de sumisión química como una agravante del delito de agresión sexual recibiendo una valoración favorable del consejo al considerar que la introducción de sustancias con el objetivo de conseguir un fin de índole sexual debe considerarse como un tipo de violencia y no un abuso.

2º Las mismas formas de comisión del delito de agresión serán contempladas ahora también cuando el sujeto pasivo sea menor de 16 años. Además se suprime el artículo 182 que tipifica el delito de abuso mediante engaño o prevalimiento sobre persona mayor de 16 y menor de 18 quedando como tipo básico del 178. Esto provocaría la citada desprotección hacia la víctima, pues en este caso aquella persona que se valga de estas situaciones que le proporcionan una mayor ventaja sobre el sujeto pasivo para poder ejercer la “agresión” serán castigadas con las mismas penas que cualquiera que cometa una “agresión” básica y no utilice ningún medio comisivo más reprochable.

3º También se introduce una cuarta agravante dentro de este artículo 180.1, cuando la víctima sea, o haya sido esposa, mujer o estuviera relacionado con el actor por relación análoga. Esta novedad es introducida por interpretación del Convenio de Estambul, con la única diferencia de que este convenio contempla el delito para ambos sexos, y en esta ley tan solo contra la mujer. Dicha agravante encuentra su justificación de mayor gravedad por el llamado desprecio a la comunidad de convivencia.

#### IV CONCLUSIONES

Tras el estudio realizado para la elaboración de este trabajo, he podido comprobar que en materia de violencia sexual, discriminación, y libertad todavía nos quedan

---

<sup>121</sup> Consejo General Del Poder Judicial. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* Certificación de acuerdo relativa a informe. Madrid, 2021 Punto 224

pendientes algunos cambios por realizar con el objetivo de mejorar la regulación en este ámbito.

Considero que la protección de la víctima debe ser lo primordial en estos casos, no dejando impune ningún acto que atente contra su libertad e indemnidad sexual; sin embargo, también pienso que debemos aplicar el derecho con cautela, seguros de aquellas herramientas que utilizamos, pues igual que podemos dejar impune un delito, cabe la posibilidad de penalizar una acción que no deba ser castigada.

I- Respecto al consentimiento, creo que nuestro código tiene una carencia que se debe corregir, pues a mi juicio no queda reflejado correctamente; sin embargo, una definición demasiado literal podría traer también consecuencias negativas para la aplicación del mismo. Por ello apoyo la inclusión de un concepto de consentimiento que exprese la situación real en la que este tenga una aplicación práctica, es decir, aquella definición que el consejo en su informe sobre el anteproyecto ha considerado innecesaria porque ya se aplica, pero que al quedar reflejada en la ley no dará oportunidad a dilemas, “*actos exteriores inequívocos*”. Con esta definición aquellos actos que permitan hacer saber a la otra parte que hay voluntad de participar en la relación sexual será prueba suficiente para demostrar que hubo consentimiento. Para el caso de que la otra parte no quiera ser partícipe bastará con su negativa a esto de cualquier forma, tanto expresa como tácita. Para los casos de pasividad, al no existir el requerido consentimiento expreso o tácito, se entenderá que no hubo plena voluntad y por tanto igualmente punible. De esa forma se contemplarán todas las situaciones posibles en las que se pueda entender que se ha dado el consentimiento no dejando lugar a errores.

Podría surgir por otro lado el conflicto de discernir qué actos son lo suficientemente expresivos para entender que se ha otorgado el consentimiento, pero es más fácil, a mi juicio, lograr una prueba de esto que una prueba de consentimiento expreso por parte de la víctima, ya que en la práctica los actos que representan voluntariedad y consentimiento son generalmente de gran evidencia. Por supuesto en caso de que existiera una confusión sobre los mismos la otra parte siempre puede negarse de forma expresa al acto, lo que no dará opción a dudas de si hay o no consentimiento.

II- Sobre la unificación del delito de agresión y abuso supone un tema tan problemático, que ni los distintos estados europeos han llegado a una resolución

homogénea sobre qué considerar violencia sexual. Países como Alemania solo exigen la falta de consentimiento, mientras que otros como Francia o Italia, más parecidos a España en este ámbito, exigen que el imputado se valga de una serie de herramientas como son la violencia o la intimidación para poder imputar al actor como reo de un delito de agresión sexual.

En mi opinión, mantener la legislación vigente en este punto, dividiendo ambos delitos como autónomos, sería la opción más sensata para evitar crear la ya explicada indefensión hacia la víctima. Si en un primer momento se conformaron como delitos autónomos fue porque el legislador entendió que aunque el bien jurídico que se ve afectado es el mismo, el proceso y los medios usados para dañar este son distintos y por tanto merece un menor reproche para ciertos casos y uno mayor otros. Considero que valerse de la violencia y de la intimidación, provocando a la víctima no solo el trauma que supone el acto en sí, sino además unos daños físicos y psicológicos merece un castigo muy superior a aquellos que tan solo cometieron un acto de índole sexual no deseado. Lejos de querer quitar gravedad a un delito de tal magnitud como el abuso, pretendo enfatizar y agravar el delito de agresión, pues pienso que los daños son mayores. En este caso para poder juzgar de forma correcta ambos tipos la mejor opción sería mantenerlos separados, pues también tendríamos que modular la gravedad del delito atendiendo a como se cometió la agresión, pudiendo incurrir en error y castigar con una pena que no se ajuste al propio delito, y la antes citada indefensión de la víctima al ser consciente el actor de que independientemente del medio comisivo usado la pena impuesta será la misma llegando a provocar un mayor daño.

III- Por otro lado, considero que también se debería contemplar un tipo imprudente en el Código Penal para este tipo de delitos, en el que si bien el autor afirma que no era consciente de los deseos de la víctima, era responsabilidad suya tomar las precauciones necesarias para evitar que esto llegara a ocurrir, asegurándose realmente de que la otra parte de la relación también deseaba el acto. Es cierto que por este razonamiento que acabo de hacer se puede dar una situación problemática, al entender que el posible sujeto activo no tiene por qué saber los pensamientos de la otra parte y que si no le exterioriza su voluntad de no participar no podrá ser consciente de su negativa, pero es precisamente aquí, con la exigencia de los anteriormente citados actos inequívocos de consentimiento por las partes, con la que no se podrá llegar a error. Con la exigencia de la exteriorización de estos actos el

consentimiento siempre se entenderá como dado y al existir una regulación que proteja esto no deberá existir conflicto ni imprudencia, ya que si no se reúnen las condiciones necesarias se hablará de un delito de abuso sexual; sin embargo, si el consentimiento no se da de forma expresa ni tácita (actos exteriores) entonces se entenderá no dado y en caso de que se realice el acto sexual se entenderá como abuso.

IV- Otro cambio con el que estoy de acuerdo es la unificación de las situaciones de intimidación y prevalimiento, pues al fin y al cabo en ambos casos nos aprovechamos de un miedo o sumisión de la víctima, coartando de alguna forma su voluntad e impidiendo que haga uso de ella o que lo haga de forma válida. Desde el punto de vista de un estudiante de Derecho, es posible que este razonamiento pueda desagradar a algunos expertos en la materia; sin embargo, tras el estudio realizado he podido comprobar que los problemas suscitados para la diferenciación de ambas situaciones tan solo ha traído conflictos en lugar de soluciones, y esto es debido a que en la práctica ni siquiera los tribunales son realmente capaces de resolver este dilema con nitidez. En ambos casos se puede producir el miedo en la víctima; en ambos casos la situación de diferencia entre sujeto pasivo y activo se debe a una posición de superioridad causada por un posible mal o miedo; en ambos casos la víctima no consiente por tener su voluntad coartada o anulada; en ambos casos puede no existir violencia lo que complicaría aún más la revelación del tipo. Como vemos encontrar diferencias entre los dos es casi imposible, facilitándose en mi opinión, la tarea jurídica con su unificación.

V- Respecto a la sumisión química, pienso que se cometió un error por parte del legislador desde el primer momento al considerarlo como medio de comisión del abuso; sin embargo, su modificación se ha hecho de esperar debido quizás, a la literalidad de la interpretación hecha por la ley que le atribuyó las mismas características que al abuso, y la errónea consideración de la introducción de sustancias químicas en el organismo de la víctima como una forma de comisión del abuso en lugar de una forma de agresión. Mi razonamiento sobre la caracterización de este tipo como una forma de agresión no solo radica en que se induce a la víctima en este estado para fines sexuales, sino por las posibles secuelas, físicas y mentales, que dicha sustancia pueda provocarle. Al fin y al cabo es una droga cuyo efecto sobre el organismo de la víctima, a parte de sumirla en un estado de semiinconsciencia o a merced del autor, es desconocido, pudiendo llegar a causar estados más peligrosos

que el de sufrir una agresión sexual, como una muerte por sobredosis o un shock anafiláctico

VI- Sobre la victimización secundaria, me parece una situación inevitable pero aminorable para la víctima. Es cierto que supone una posición muy desagradable para ella, pues la mayoría de personas que pasan por este proceso no son conocedoras de todo el entramado jurídico-penal que es necesario para discernir los hechos con claridad y poder llegar a una solución justa, todo esto sumado a la frialdad y deshumanización con la que en algunos casos son tratadas, ya que para el sistema jurídico son una pieza más del tablero que permite realizar correctamente el trabajo; sin embargo, es necesario que pasen por estos procesos para poder descubrir exactamente cuales fueron los hechos ocurridos y juzgar con objetividad y exactitud, debido a que el testimonio de la víctima es una prueba clave que puede dar la vuelta a la situación si se usa de forma correcta. Creo que la reducción del impacto de este tipo de actuaciones sobre la víctima es posible y pienso que la medida introducida por el anteproyecto puede llegar a tener efectos positivos para ella pues en muchos casos el interrogatorio o las preguntas pueden llegar a entrar en temas muy personales y privados de la víctima en los que poco o nada tiene que ver con la resolución de los hechos y que solo agravan el duro proceso que ya están pasando.

Como digo en esta materia todavía nos queda mucho por avanzar, pero es alentador saber que se está en la búsqueda constante de medios para mejorar nuestra legislación, ya sea aplicando ejemplos de otros países, o por la propia experiencia que se nos presenta a la hora de juzgar; sin embargo, debemos ser conscientes de que el cambio debe ajustarse de tal forma que no coarte ninguna libertad y cree el efecto contrario. Debemos regular y juzgar con la lógica.

## ANEXO BIBLIOGRÁFICO

- Abusos sexuales. (2020). Wolters kluwer. (Disponible en: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspxparams=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAA AUNDY0sDtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUtckhlQaptWmJOcSoAQcxXl TUA AAA=WKE#:~:text=Los%20abusos%20sexuales%20son%20aquellos,o %20indemnidad%20sexual%20de%20%C3%A9sta](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspxparams=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAA AUNDY0sDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUtckhlQaptWmJOcSoAQcxXl TUA AAA=WKE#:~:text=Los%20abusos%20sexuales%20son%20aquellos,o %20indemnidad%20sexual%20de%20%C3%A9sta)). Consultado el día 25/4/2021
- Acalé Sánchez M., Faraldo Cabana P., Rodríguez López S., Fuentes Loureiro, M.A “La Manada, un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España” Valencia, Tirant Lo Blanch,, 2018,
- Amadeo Gadea, S. Código Penal. Parte Especial. Tomo I. Artículos del 138 a 233 (1º Edición), Madrid, Factum Libri, 2020
- Ballester Arnal R., 'Hay que permitir la libertad sexual, pero en el comportamiento humano también hay límites'/Entrevistado por Vilar M., **Levante El Mercantil Valenciano**. 2014 (Disponible en <https://app—vlex-- com.ual. Debiblio. Com /#/ search/jurisdiction:ES/Ballester+Arnal+R.+%27Hay+que+permitir+la+libertad% C2% A0sexual%2C+pero+en+el+comportamiento+humano+tambi%C3%A9n+hay+l%C3 % ADmites%27/WW/vid/522490754>) Consultado el día 6/5/2021
- Benítez Ortuzár, I.F; Del Rosal Blanco B.; Morillas Cuevas L.; Olmedo Cardenete, M.; Peris Riera,J.; Sáinz-Cantero Caparrós, J.E (2º edición) Sistema de Derecho Penal Parte Especial ,Madrid, Dykinson S.L, 2015
- Borraz, M. “La propuesta del Gobierno del «Solo sí es sí» en los delitos sexuales ya está en un convenio ratificado por Mariano Rajoy en 2014” **El diario**, 2018 (Disponible en [https://www.eldiario.es/sociedad/propuesta-gobierno-sexuales-ratificado-espana\\_1\\_2022431.htm](https://www.eldiario.es/sociedad/propuesta-gobierno-sexuales-ratificado-espana_1_2022431.htm)) Consultado el día 25/4/2021
- Cabrera Martín, M. La victimización sexual de menores en el Código Penal español y en la política criminal internacional Madrid, Dykinson, 2019
- De la Mata Barranco, N. J. “El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual.” **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 2017, núm. 19, pp. 1-28

- Díez Ripolles, J.L. “ Alegato contra un derecho sexual Identitario” **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 2019, núm 21-10, pp. 1-29.
- Díez Ripolles, J.L. “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual” **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 2000, 2.<sup>a</sup> Edición, núm. 6 pp 69-101.
- Espuny Tomás, M. J; Vallés Muñío, D.; Velo I Fabregat, E., La investigación en derecho con perspectiva de género., Madrid, Dykinson, 2020
- Gavilán Rubio, M. “Introducción: breve reseña de la evolución legislativa de los denominados delitos sexuales.” **Revista de Empresa, Derecho y Sociedad**, 2020, nº17, pp 73-86
- Gil Gil, A., Núñez Fernández, J.: “A propósito de La Manada” : Análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales” **El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho** , 2018, nº 77, pp. 4-17
- Gonzalo Rodríguez, M. T.. La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas para la toma de declaración y valoración judicial **Revista Jurídica de Castilla y León**, 2020, Nº51, pp 99-138
- Guede, A. “Consentimiento, protección de menores, eliminar el delito de abuso. . . Así es la ley del 'solo sí es sí' que cuestiona el CGPJ” **20 Minutos.**, 2021 (Disponible en <https://www.20minutos.es/noticia/4598528/0/ley-libertad-sexual-consentimiento-expreso-proteccion-menores-eliminar-delito-abuso/>) Consultado el día 22/4/2021
- Isorna Folgar,M.; Rial Boubeta, A. “Drogas facilitadoras de asalto sexual y sumisión química”. **Salud y Drogas.**, 2015, núm 2, vol.15 pp 137-150.
- Martialay, A. “El CGPJ aprueba por unanimidad el informe que critica los puntos clave de la Ley Montero del “solo sí es sí”. **El mundo**, 2021 (Disponible en <https://www. Elmundo. es/espana /2021/02 /25/603782 62fc6c83545 d8b45d1.html>) Consultado el día 25/4/2021
- Monge Fernández, A., Parrilla Vergara, J. Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2019.

- Montserrat Sánchez-Escribano, M.I. “Propuesta para la interpretación de la cláusula concursal recogida en el artículo 183 ter 1 (delito de online child grooming)” **Revista Electrónica de Derecho, Empresa y Sociedad**, 2018, núm 12, pp 132-142.

- Peramato Martín, T. (2012). *LEFEBURE*. Elderecho.com. (Disponible e <https://elderecho.com/el-femicidio-y-el-feminicidio#:~:text=Russell%2C%20junto%20a%20Jane%20Caputi,de%20mujeres%20cometido%20por%20hombres%22>) Consulta 3/5/2021

- Peramato Martín T., Jericó Ojer L., Filgueira Paz P., “Comisión de Violencia de Género. Delitos Contra La Libertad Sexual. Anterproyecto de Ley Orgánica” **Juezas y Jueces para la Democracia**, 2020, Número 11 pp 1-35 (Disponible en <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2020/07/BOLETIN-N-11-VdG-2020.pdf>) Consulta 20/5/2021

- Sancho de Salas M. “Sumisión química con finalidad sexual: nuevos aspectos legales” **Revista Española de Medicina Legal**, 2012, nº38, pp 1-2.

- Solar Calvo, P. Abuso vs. Agresión ¿Es esto lo importante? **LegalToday**, 2020, (Disponible en <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/abuso-vs-agresion-br-es-esto-lo-importante-2019-11-08/>) Consultado el día 22/4/2021

- Themis, Asociación de Mujeres Juristas “Manifiesto sobre líneas de reforma del Código Penal en materias de delitos contra la libertad sexual”. (Disponible <https://www.mujeresjuristasthemis.org/prensa/noticias/193-manifiesto-sobre-lineas-de-reforma-del-codigo-penal-en-materias-de-delitos-contra-la-libertad-sexual>) Consultado el día 28/5/2021

- Vázquez Iruzubieta, C. Comentarios al Código Penal (Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, 30 marzo y 2/2015, 30 de marzo) 2015, Vlex (Disponible en <https://app--vlex--com.ual.debiblio.com/#sources/12899>) Consultado el día 12/5/2021

## ANEXO JURISPRUDENCIAL

- Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) Sentencia nº 1518/2001, de 14 de septiembre 2001

- Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) Sentencia nº 1162/2004, de 15 de Octubre de 2004
- Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) Sentencia nº 1308/2005, 30 de Octubre de 2005
- Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) Sentencia nº 584/2007, 27 de Junio de 2007
- Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) Sentencia nº 1229/2011, de 16 de noviembre 2011
- Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) Sentencia nº 558/2015, 30 de Septiembre de 2015
- Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) Sentencia nº 1001/2016, de 18 de enero de 2016
- Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) Sentencia nº 3590/2016 14 de Julio de 2016
- Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) Sentencia nº 2663/2018 6 de Julio de 2018
- Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) Sentencia nº 396/2018, 26 de Julio de 2018
- Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) Sentencia nº 674/2018, 19 de diciembre de 2018
- Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) Sentencia nº 216/2019, 24 de abril de 2019
- Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) Sentencia nº 344/2019, 4 de julio de 2019
- Audiencia Provincial de Santander (Sección Tercera) Sentencia nº 44/2019, 13 de marzo de 2019
- Audiencia Provincial de Segovia (Sección Primera) Sentencia nº 4/2021 15 de marzo de 2021

- Audiencia Provincial de Valencia (Sección Segunda) Sentencia nº 71/2018, 10 de febrero de 2018

- Audiencia Provincial de Navarra (Sección Segunda) Sentencia nº 000038/2018, 20 de marzo de 2018

## ANEXO NORMATIVO

-Alemania. Strafgesetzbuch 15.05.1871 ,§ 177Sexueller Übergriff

- Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 28 de octubre de 2020 pp 1-92

- Consejo General Del Poder Judicial.. *Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* Certificación de acuerdo relativa a informe., Madrid, 2021.

- Comisión de Estupefacientes de Naciones Unidas. (2018, julio). Informe sobre el 53º período de sesiones (N.º 53). Naciones Unidas.

- Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Boletín Oficial del Estado núm 297, de 12 de diciembre de 1973, pp24004 a 24018

- Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo DOUE núm.335

- Doctrina de la Fiscalía General del Estado Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal. 2. La edad de consentimiento sexual

- Francia. Code pénal 1994.Dernière modification: 2021-05-01

- Gran Bretaña. Penal Code and Subsidiary Legislation 1 st January 1990

- Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. (2014, 6 junio). BOE. núm. 137 pp 42946 a 42976

- Italia. Codice Penale Approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. Edizione novembre 2020

- Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal BOE núm. 148 pp 19351 a 19358

- Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp 33987 a 34058

- Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. BOE nº 104, de 1 de mayo de 1999 pp 16099 a 16102

- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE.núm. 283, de 26 de noviembre de 2003, pp 41842 a 41875

- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp 27061 a 27176

- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE nº 260.

- Recomendación general num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19, Comité del CEDAW, Naciones Unidas, 26 de Julio de 2017